ISSN 2674-6263

REVISTA DA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL

Vol. 3, 2019

Anafe
Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais

Revista da Advocacia Pública Federal

Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE)

CENTRO DE ESTUDOS

SHIS QL 24 Conjunto 3 Casa 1 – Lago Sul/DF
CEP: 71665-035
Telefone (61) 3326-1729
E-mail: atendimento@anafenacional.org.br

PRESIDENTE DA ANAFE
Marcelino Rodrigues Mendes Filho

VICE-PRESIDENTE
Rogério Filomeno Machado

EDITOR-CHEFE
Grégore Moreira de Moura

VICE-EDITOR
Marcelo Kokke Gomes

ASSISTENTES EDITORIAIS
Gláucia Maria Alves Pereira
Maria Rejane Beserra Evaristo Lisboa
Roberta Mrad Maciel

DIAGRAMAÇÃO/CAPA
Renan Cerqueira Nunes

REVISÃO
Rodrigo Barros Soares Walladares

341.05 Revista da Advocacia Pública Federal / Associação Nacional dos
R454 Advogados Públicos Federais. – Vol. 3, n. 3 (2019) – Brasília: ANAFE, 2019-

Anual

ISSN 2674-6263

1. Advocacia Pública Federal - Periódicos. I. Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE).

COLEGIADO DA ANAFE - GESTÃO 2018 - 2020

DIRETORIA

Presidente
Marcelino Rodrigues Mendes Filho

Vice-Presidente
Rogério Filomeno Machado

Diretora Financeira
Júlia Cardoso Rocha Saraiva Teixeira

Diretor de Assuntos Parlamentares
José Júlio Cavalcanti de Albuquerque Avelino

Diretora de Assuntos do Aposentado e Pensionista
Maria Auxiliadora Castro Camargo

Diretora de Integração Social
Sebastiana de Araújo Rosa Nascimento

Diretor de Defesa de Prerrogativas
Rosemiro Salgado Canto Filho

Diretor de Ética e Integridade
Bruno Felix de Almeida

Diretor de Assuntos e Relações Jurídicas
Ricardo Wey Rodrigues

CONSELHO FISCAL

Arilton Bonifácio Goes
Celso Luiz Pastro
José Machado Cardoso
José Galdino da Silva Filho
Vanessa Affonso Rocha

COORDENAÇÃO DAS CARREIRAS

Advogada da União
Isabel Cecilia de Oliveira Bezerra

Procuradora da Fazenda Nacional
Livia Abraão Pinheiro Guimarães

Procurador do Banco Central do Brasil
Humberto Cestaro Teixeira Mendes

Procurador Federal
Gláucia Tavares Fortaleza Tenório da Silva

COORDENAÇÃO DOS APOSENTADOS

Coordenadora da 1ª Região
Maria Santíssima Marques

Coordenadora da 2ª Região
Marcia Ribeiro Paiva

Coordenador da 3ª Região
Eliseu Pereira Gonçalves

Coordenador da 4ª Região
Eleno Coelho

Coordenador da 5ª Região
Antônio Silvino de Morais

Coordenadora do Distrito Federal
Maria Alves Rodrigues

Tiragem: 250 exemplares
Impressão: Editora D'Plácido

CONSELHO EDITORIAL

– Grégore Moreira de Moura

Editor-Chefe da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutor em Direito Constitucional na UFMG. Mestre em Ciências Penais pela UFMG (2006). Ex-Diretor Nacional da Escola da Advocacia-Geral da União (2016/2017). Ex-Diretor Regional da Escola da AGU na 1ª Região (2006/2016). Atualmente, é Procurador Federal e Presidente da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG. Professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos. Autor do livro Do Princípio da Co-Culpabilidade no Direito Penal (2014). Autor do Livro em co-autoria, Criminologia da Não Cidade, (2016). Autor de diversos artigos jurídicos e professor em vários cursos de pós-graduação e cursos jurídicos. autor do livro Direito Constitucional Fraterno da Editora D'Plácido (2018).

– Marcelo Kokke Gomes

Vice-Editor da Revista da Advocacia Pública Federal. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Professor colaborador da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE – MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. Membro da Comissão de Advocacia Pública Federal da OAB-MG

– Carlos Marden Coutinho

Pós-Doutorado em Direito na área de Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, (2015). Doutor em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG (2014). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (2007). Especialização em Direito (Processo Civil) pela Universidade Federal do Ceará. Professor da graduação, especialização e do mestrado no Centro Universitário Christus – CE.

– Carlos Mário da Silva Velloso

Filósofo, escritor, Magistrado de carreira, jurista, foi ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal. professor titular da Universidade de Brasília - UnB nos cursos de graduação e pós-graduação, regendo as cadeiras de Teoria Geral do Direito Público e Direito Constitucional. Doutor Honoris Causa pela Universidade de Craiova, Romênia (2001). Advogado.

– Cristina Silvia Alves Lourenço

Doutora em Direito Universidade Sevilha (2011). Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra (2004). Professora convidada do Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito de Vitória - FDV. Professora de Direito Penal e Criminologia da Graduação e Pós Graduação em Direito do CESUPA e da Faculdade Estácio - FAP. Advogada.

– Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutora em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa - Portugal (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito pela UFC (1993). Especialização em Direito Tributário Internacional pela Universidade de Salamanca-Espanha (2001) e pela Universidade Austral - Argentina (2004). Professora Associada IV da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará.

– Gustavo Costa Nassif

Pós-Doutorando em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Doutor em Direito Público com a distinção Magna cum laude - PUC-MG. Mestrado em Direito Público - PUC-MG. Professor titular da Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva. Professor convidado da Pós Graduação da Escola de Contas e Capacitação Professor Pedro Aleixo - TCE-MG.

– Jefferson Carús Guedes

Doutor em Direito das Relações Sociais (Processo Civil), com tese sobre a Igualdade e Desigualdade no Processo Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/PUC-SP (2008), Mestre no mesmo Programa de Direito (2001) com dissertação sobre o Princípio da Oralidade. Possui Especialização em Processo Civil pela PUC-RS (1996). Professor na Graduação, na Pós-Graduação, no Mestrado e no Doutorado do UniCEUB - Brasília. Advogado da União desde 2000, exerceu funções de Procurador-Geral da União, de Procurador-Chefe Nacional do INSS, de Consultor Jurídico do Ministério da Previdência Social, de Diretor da Escola da AGU e Vice-Presidente Jurídico dos Correios.

– José Henrique Mouta Araújo

Doutor em Direito pela Universidade Federal do Pará (2006). Estágio de pós-doutoramento na faculdade de direito da Universidade de Lisboa (2009). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará - UFPA. É professor do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA e da Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO. Procurador do Estado do Pará e advogado.

– Juarez Freitas

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Milano (2007). Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC (1994). Mestre em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUC-RS (1988). Professor de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (Mestrado e Doutorado) e da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. É Presidente do Instituto Brasileiro de Altos Estudos de Direito Público.

– Lênio Luiz Streck

Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito - UNISINOS/UNESA. Foi Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Advogado.

– Lilian Rose Rocha

Doutora em Direito e Relações Internacionais pelo UniCEUB. Doutora em Ciências e Tecnologias na Saúde pela UnB. Mestre em Desenvolvimento Sustentável pela UnB. Coordenadora Acadêmica do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC/UniCEUB, Coordenadora da Pós-Graduação Lato Sensu em Direito do UniCEUB. Professora Associada do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Relações Internacionais no UniCEUB-DF.

– Luis Cláudio Martins Araújo

Pós-Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, com período sanduíche (Visiting Scholar) na University of Cambridge (Cambridge). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ. Especialista em International Environmental Law pelo United Nations Institute for Training and Research - UNITAR com extensão em Private International Law pela Hague Academy of International Law - HAIL e em International Law pela Organization of American States/Inter-American Juridical Committee - OAS/IAJC. Membro da Carreira de Advogado da União.

– Otávio Luiz Rodrigues Júnior

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa (2011) e em Direito Privado Comparado (2012). Doutor em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (2006). Mestre em Direito (Direito e Desenvolvimento) pela Universidade Federal do Ceará (com louvor, 2001). É professor doutor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito (Largo São Francisco) da Universidade de São Paulo.

– Rodolfo Viana Pereira

Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito Constitucional pela UFMG. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG.

– Rui Magalhães Piscitelli

Mestre em Direitos Fundamentais. Especialista em Finanças e em Processo Civil. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de graduação e de pós-graduação em Direito Administrativo - IESB-DF. Professor conteudista em Direito Administrativo e Instrutor de Cursos fechados na área do Direito Público. Palestrante. Autor de diversas publicações na área do Direito Público.

– Thomas da Rosa de Bustamante

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2007), com período de investigação na University of Edinburgh, Reino Unido, como bolsista da CAPES. Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (2003). Atualmente, é Professor Adjunto da Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, onde é membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito.

– Vincenzo Demetrio Florenzano

Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003). Especialização em regulação do sistema financeiro pela George Washington University. Graduação em Economia pela Universidade de São Paulo (1987), graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1995) e tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: análise econômica do direito, regulação, empresa, mercados, contratos, obrigações, sistema financeiro, responsabilidade civil, mercado de crédito, direito bancário, defesa do consumidor e defesa da concorrência. Doutor Víctor J. Vázquez Alonso

– Víctor J. Vázquez Alonso

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla. Sus principales líneas de investigación son la justicia constitucional, los derechos fundamentales, y la teoría de la Constitución. De entre sus numerosas publicaciones en el ámbito del Derecho Público, podemos destacar: Laicidad y Constitución, 2012; La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech, Revista de Estudios Políticos, Nº 177, 2017, Libertad de expresión y religión en la cultura liberal de la moralidad cristiana al miedo post-secular, Revista Mexicana de Derecho Comparado, nº 146, mayo-agosto, 2016; Justicia constitucional, derechos y federalismo. A la luz del Obamacare, Comares, 2018; Welfare State y Judicial Review, Teoría y Realidad Constitucional, 2014. Ha realizado estancias de investigación en las universidades de Bolognia, Paris, Cardozzo Schooll of Law, Fordam, y ha sido conferenciante en numerosos centros de prestigio internacional, como la UNAM de México, el TEC de Monterrey, la Javeriana, la Corte Constitucional Dominicana, la Corte Constitucional de Colombia, el Max Plank Institute de Heildelberg, la Universidad de Pisa, La Universidad de Palermo... Así mismo ha sido profesor visitante en la Universidad de Münster y en la Universidad de El Salvador, en Buenos Aires.

PARECERISTAS

– Adriane Pinto Rodrigues da Fonseca Pires

Doutoranda em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2017). Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS (2014). Especializanda em Direito Penal Econômico Aplicado pela Universidade de Caxias do Sul/Escola Superior da Magistratura Federal - ESMAFE (2016). Especialista em Direito Público pela Faculdade Meridional/Escola Superior da Magistratura Federal/RS (2009/2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1998). Exerce o cargo de Analista Judiciário do Tribunal Regional Federal da 4ª Região desde 2001. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Ciências Criminais, atuando nos seguintes temas: Direito Constitucional, Fundamentos do Direito Penal, Teoria Geral do Delito e Direito Penal Econômico.

- Amanda Eiras Testi

Mestra em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM) na área de concentração Constitucionalismo e Democracia. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho;

– André Luiz dos Santos Nakamura

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie - aprovado com distinção e louvor - (2018), Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2012), Especialista em Direito Processual Civil pela Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo (2010) e Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2002). Atualmente é Procurador do Estado de São Paulo, Professor na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo, Professor titular na Universidade Paulista (UNIP) e Professor colaborador no Curso Ênfase. É membro do Conselho do Patrimônio Imobiliário da Secretaria de Governo do Estado de São Paulo. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional e Direito Econômico, atuando principalmente nos seguintes temas: desapropriação, gestão de bens públicos, licitações, contratos administrativos, concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas e Administração Pública Indireta.

– André Luiz Freitas Dias

Professor Doutor e pesquisador-extensionista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais, desde 2004, realiza ainda trabalhos vinculados ao Programa de Extensão e Pesquisa Social Aplicada "Polos de Cidadania" da UFMG, no qual é membro da equipe de Coordenação Geral e Acadêmica; ao Programa de Pesquisa-Ação "Cidade e Alteridade", como coordenador de pesquisas sobre processos de remoções, mobilidades forçadas e reassentamentos urbanos e rurais; e ao Núcleo de Ações e Pesquisa em Apoio Diagnóstico - NUPAD, Faculdade de Medicina, como pesquisador e avaliador de programas educativos relacionados à doença falciforme. Professor colaborador do Grupo Internacional de Investigación "Cultura, História y Estado" - GIRCHE, da Universidade de Barcelona tem como principais temas de interesse de pesquisa: A) Direitos Humanos, Cidadania e Saúde Urbana; B) Terrorismo de Estado e de Mercado; Remoções e Mobilidades Forçadas; Reassentamentos Urbanos e Rurais; C) Pesquisa-ação, Cartografia Social e Mediação de Conflitos Urbanos e Socioambientais; D) Planejamento e Avaliação de Projetos Sociais, de Educação e Extensão Universitária.

– André Luiz Silveira de Lima Júnior

Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Advogado.

– Augusto Cezar Ferreira de Baraúna

Doutor e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor da Universidade Federal do Maranhão e Universidade Estadual do Maranhão. Advogado Militante.

– Brunna Laporte Cazabonnet

Doutoranda em ciências criminais pela PUC-RS; Mestra em ciências criminais pela PUC-RS; Especialista em ciências penais pela PUC-RS. Professora de processo penal e direito penal pela URCAMP - Campus São Gabriel e Alegrete e Faculdade de Direito UNIFIN.

– Bruno Costa Marinho

Doutorando em Propriedade Intelectual e Inovação pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (2016). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2006) e em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (1999). Especialista em Gestão da Inovação pela Universidade de Linköping - Suécia (2015), em Coordenação Pedagógica pela Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (2007), em Ciências Militares pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (2007), em Direito Militar pela Universidade Castelo Branco (2009) e em Direito Ambiental pela Universidade Estácio de Sá (2015). Atuou como Assessor Jurídico do Comando Militar da Amazônia de setembro de 2008 a dezembro de 2010 e entre fevereiro de 2013 e março de 2015. Atuou como Chefe da Seção Técnica de Ensino e da Seção de Pós-Graduação da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2011 e como Chefe da Seção de Ensino à Distância da Escola de Artilharia de Costa e Antiaérea do Exército Brasileiro no ano de 2012. Atualmente, é adjunto da Seção de Gestão da Propriedade Intelectual da Agência de Gestão e Inovação Tecnológica do Exército Brasileiro.

– Carla Izolda Fiuza Costa Marshall

Doutora em Direito Econômico pela UGF, Professora Titular de Direito Empresarial, Coordenadora de Grupos de Pesquisa em Direito Econômico e Desenvolvimento Sustentável e em Direito do Petróleo, autora de diversas obras nas áreas de Direito Empresarial, Societário, do Petróleo, Constitucional Econômico e Regulatório, Procuradora Federal aposentada.

– Carmen Lucia Sarmento Pimenta

Doutoranda em Direito Ambiental Internacional pela Universidade Católica de Santos - UNISANTOS. Mestre em Direito Internacional pela UNISANTOS (2014). Pós-graduada (*Lato Sensu*) em Direito Marítimo e Portuário pela UNISANTOS (2014), em Direito Notarial e Registral pela ANOREG/UNIFAMMA (2010) e em Direito Processual Civil, pela Universidade Cândido Mendes - UCAM (2008). Possui graduação em DIREITO pela Universidade Gama Filho - UGF (2006) e em Música Sacra pelo Seminário Teológico Batista do Sul do Brasil - STBSB (1994). Professora Pesquisadora na Aix-Marseille Université - França e na Universidade Carlos III - Madri (Espanha, 2016). Pesquisadora CAPES em Direito Ambiental, Marítimo e do Mar. Co-Titular do escritório jurídico Matusalém Pimenta Advogados Associados no Rio de Janeiro e Vice-presidente da Comissão de Direito Marítimo e Portuário da 57ª Subseção da OAB/RJ. Professora de Direito Marítimo da Pós-graduação em Direito Marítimo e Portuário da *Maritime Law Academy*, UERJ, UNISANTOS, Faculdade Redentor/RJ, ESA-OAB/RJ e de Responsabilidade Civil na Pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da Estácio - Cabo Frio/RJ. Professora convidada da Universidad Carlos III de Madri (Espanha). Membro da Academia Brasileira de Direito Internacional - ABDI, da Associação Brasileira de Direito do Mar - ABDMAR - e da Associação Brasileira de Direito Marítimo - ABDM.

– Celso Jefferson Messias Paganelli

Doutor em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim (2009). Atualmente é professor de Direito na pós-graduação da Projuris-FIO em Ourinhos/SP. Tem experiência na área de Direito e Informática, com ênfase em Direito Digital e Direito Constitucional, atuando principalmente como advogado e docente. Tem vasta experiência com informática, possuindo mais de 30 certificações da Microsoft e diversos títulos, entre eles MCSE, MCSD, MCPD, MCTS, MCSA: Messaging, MCDBA e MCAD. Articulista e colunista de diversas revistas e jornais, sendo diretor e membro do Conselho Editorial da Revista de Direito do Instituto Palatino e membro do Conselho Editorial da Revista Acadêmica de Direito do Projuris.

– Ciro Di Benatti Galvão

Doutorando e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa - UL. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo - USP. Membro da Academia Barbacenense de Ciências Jurídicas - ABCJ. Conselheiro Editorial da RPGMJF.

– Clóvis Marinho de Barros Falcão

Graduação (2005), mestrado (2008) e doutorado (2013) em direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor da Universidade Federal de Sergipe (graduação e mestrado) desde 2015.

– Cristiano Aparecido Quinaia

Mestre em Direito - Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pelo Centro Universitário de Bauru, São Paulo. Advogado.

– Daniel Giotti de Paula

Doutorando em Direito (Conceito CAPES 4) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ. Mestrado em Direito (Conceito CAPES 4) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUC-Rio. Especialização em Direito Econômico e Empresarial. Universidade Federal de Juiz de Fora, UFJF. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Filosofia do Direito, Direito Financeiro, Teoria do Direito e Direito Tributário. Procurador da Fazenda Nacional em Itaboraí.

– Daniel Gustavo Falcão Pimentel dos Reis

Instituição de ensino na qual é filiado: Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e Universidade de São Paulo - USP. Advogado, Doutor, Mestre e Graduado pela Faculdade de Direito da USP. Professor da Universidade de São Paulo - FDRP/USP e do Instituto Brasiliense de Direito Público - EDB/IDP.

– Daniela Bucci

Doutora e Mestra pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professora Titular de Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional. Coordenadora do Observatório de Violação dos Direitos Humanos do Grande ABC – ODHUSCS. Professora Pesquisadora Líder do Núcleo de Estudos de Direitos Humanos - NEDH-USCS. Professora Pesquisadora do Núcleo de Estudos de Tribunais Internacionais da USP - NETI/USP.

– Eugênio Gonzalez Cação

Mestrando em direito a saúde , pós graduação lato senso em cirurgia plástica, membro titular da sociedade brasileira de cirurgia plástica, membro da Comissão Nacional para obtenção do titulo de especialista em cirurgia plástica, diretor cientifico do serviço de especialização em cirurgia plástica Dr. Osvaldo Saldanha, servidor público de Cubatão, servidor publico da cidade de Santos.

– Evinis da Silveira Talon

Fundador e Presidente do International Center for Criminal Studies (ICCS), Professor na Pós-graduação de Advocacia Criminal na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Advocacia Penal Empresarial na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação de Direito Processual Constitucional na Unisc/RS, em convênio com o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e a Escola Nacional de Advocacia. Professor na Pós-graduação em Direito Penal e Processo Penal na UniRitter/RS (campus Exclusivo). Professor na Pós-graduação em Direito Penal com ênfase em segurança pública na UniRitter/RS (campus Canoas). Professor de Direito Penal na Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal no Centro Universitário Fluminense - UNIFLU/RJ. Mestre em Direito pela UNISC/RS. Mestrando em Direito Desportivo pela Universidade de Valência (Espanha). Especialista em Filosofia, Sociologia, Direito Constitucional e Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Gama Filho/RJ. Pós-graduado em Processo Penal pela Universidade de Coimbra (Portugal). Ex-professor de Direito Penal I da Faculdade Dom Alberto/RS. Ex-Defensor Público do Estado do Rio Grande do Sul (2012-2015). Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e

da Comissão Especial de Segurança Pública e Política Criminal da OAB/RS. Secretário-Adjunto da ACRIERGS (Associação dos Advogados Criminalistas do Estado do Rio Grande do Sul). Tem experiência em Direito Público, especialmente direitos fundamentais, democracia, constitucionalismo contemporâneo e hermenêutica, assim como em Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Execução Penal. É advogado, consultor e parecerista em Porto Alegre/RS. Autor de inúmeros livros e artigos.

– Ewerton Ricardo Messias

Doutorando em Direito pela Universidade de Marília. É Mestre em Direito pela Universidade de Marília (2014). Possui graduação em Direito (2008) e especialização "*lato sensu*" em Direito e Gestão Ambiental (2010). Professor nos cursos de Direito e Administração de Empresas na Universidade de Marília; Membro da comissão de julgamento de processos administrativos em 1ª Instância e Agente de Conciliação Ambiental da Secretaria Estadual de Meio Ambiente do Estado de São Paulo; Membro titular da plenária do Comitê de Bacias Hidrográficas dos Rios Aguapeí e Peixe; Membro do Conselho Municipal do Meio Ambiente e desenvolvimento de Marília/SP. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental. É Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo, graduação obtida através do Curso de Formação de Oficiais pela Academia de Polícia Militar do Barro Branco (2003). Atualmente, é Comandante da 4ª Companhia de Polícia Militar Ambiental – Marília.

– Fábio Luiz Bragança Ferreira

Mestre e Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP. Dedica-se a pesquisar, principalmente, constitucionalismo, hermenêutica e teoria da decisão sob a perspectiva do direito constitucional e direito processual civil. É advogado militante no Distrito Federal, inscrito na OAB-DF.

– Gabriel Webber Ziero

Doutorando em Direito na Universidade Roma Tre - ITA na linha e pesquisa: Discipline giuridiche storico-filosofiche, internazionali, sovranazionali e comparate. Mestre em Direito pelo Programa em Estudos Avançados (Adv. LL.M.) em Direito Internacional Público, linha de pesquisa: Justiça, Paz e Desenvolvimento da Universidade de Leiden (reconhecido no Brasil pela Universidade Federal de Minas Gerais). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Metodista, IPA. Atualmente, é membro da Transatlantic Doctoral Academy on Business, Economics & Ethics (Universität St. Gallen), vinculado ao grupo de pesquisa *Justice globale: Développement, Droits humains et Droit de la Reconnaissance: approches critiques et renouvelées (Institut d'Études Politiques de Paris)*. Membro do corpo de rapporteurs da Oxford Database sobre Organizações Internacionais (Oxford University Press e Universidade de Manchester).

– Gustavo da Silva Santanna

Doutorando e Mestre em Direito pela UNISINOS. Especialista em Direito Ambiental Nacional e Internacional e Direito Público. Procurador do Município de Alvorada/RS. Professor da IMED e FADERGS. Professor convidado do curso de pós-graduação em Direito do Estado da UFRGS. Coordenador do Curso de Direito da Empresa SAGAH.

– Homero Chiaraba Gouveia

Doutorando no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Mestrado em Direito pelo mesmo programa; Especialização em Democracia, República e Movimentos Sociais pelo Programa Formação de Conselheiros Nacionais, vinculado ao Departamento de Ciência Política da Universidade Federal da Minas Gerais - UFMG; e em Direito Tributário, pela UFBA. Graduação em Direito, foi concluída também na UFBA. Atualmente, é professor substituto UFB, lecionando Trabalho de Conclusão de Curso I e componentes propedêuticos; e professor parcial na Faculdade 2 de Julho. Participante do "Grupo de leitura de Hans Kelsen" que conta com a participação de discentes e docentes da Faculdade 2 de Julho e da Universidade Federal da Bahia. Colaborador dos trabalhos do Observatório da Cidadania. Editor-chefe da Revista Independência, e participa do corpo editorial da Revista Jurídica. É coordenador técnico da Editora Faculdade 2 de Julho, ainda em fase de implementação. Atua como consultor de metodologia da pós do projeto de resgate do Memorial Josaphat Marinho na Faculdade 2 de Julho. Atualmente, está focado na teoria do direito e na metodologia científica, em decorrência da atuação docente. Porém, tem transitado entre os estudos da constituição, da democracia e da fiscalidade, nunca perdendo de vista a educação e a cidadania como temas transversais nos estudos.

– Icaro Demarchi Araujo Leite

Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2015) e pela Faculdade de Direito da Alma Mater Studiorum Università di Bologna (2015). Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2011). Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2006), habilitação em Direito de Empresa (Administração Empresarial e Tributária) pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2006). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Ambiental, Direito Econômico, Recuperação Judicial e Falências, Direito Comercial, Direito Internacional Público e Privado, Mercado de Capitais, Contencioso Cível e Direito Securitário.

– Juliana Diniz Fonseca Corvino

Pós-doutoranda em Direito PUC/RJ; Doutora Ciência Política UCAM/Iuperj; Mestra em Direito pela UGF; Graduação Direito UGF; Especialista Direito Médico Uerj; Graduação Letras UFV; Graduação Fisioterapia UGF; Especialista Fisioterapia Hospitalar EMESCAM.

– Júlio César de Lima Ribeiro

Doutorando em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2011). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista - UNESP (2007). Professor de Direito Civil e Processual Civil, Fundamentos Jurídicos e Direito Empresarial. Advogado militante. Possui experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil e Empresarial.

– Leonardo de Paula

Doutorando em Direito do Estado na UFPR; Mestre em Direito Público Evolução Social na UNESA-RJ; Especialista em Penal e Processo Penal, Especialista em Docência do Ensino Superior. Advogado no escritório Gamil Foppel Advogados Associados.

– Leonardo Gomes de Aquino

Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito Empresarial. Pós-graduado em Ciências Jurídico Empresariais. Pós-graduado em Ciências Jurídico Processuais. Especialização em Docência do Ensino Superior. Autor na área jurídica, Articulista em diversas revistas nacionais e internacionais. Conferencista. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente no seguinte tema: Direito Societário; Contratos Mercantis; Propriedade Intelectual, Títulos de Crédito; Falimentar; e Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem. Professor de Direito no sistema presencial e no semi-presencial (Ensino à Distância). Membro da Rede Internacional de Juristas. Colaborador na Rádio Justiça. Membro da Comissão de Direito Empresarial da OAB/DF. Presidente da Comissão Nacional de Direito Empresarial da ABA. Advogado.

– Leonardo Vizeu Figueiredo

Professor Universitário de Graduação em Direito das Faculdades Integradas Hélio Alonso, de pós- graduação da Fundação Getúlio Vargas-RJ. Membro da Advocacia-Geral da União. Presidente da Comissão de Direito Constitucional da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Membro das Comissões de Estágio, Relações Internacionais e Relações Institucionais da Seccional do Estado do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil. Notório Saber Jurídica em Direito Econômico, com ênfase em regulação de mercados e experiência profissional junto à Agência Nacional de Saúde Suplementar e Comissão de Valore Mobiliários. Ex-professor de Graduação em Direito da Universidade Federal Fluminense e Universidade Federal do Rio de Janeiro. Autor de diversas obras jurídicas, consagradas no meio acadêmico.

- Liliane Vieira Martins Leal

Doutora em Ciências Ambientais (UFG). mestre em Filosofia (UFG). Professora Adjunta, Curso de Direito, Universidade Federal de Goiás/Regional Jataí;

– Luiz Gustavo Levate

Pós-Doutor em Direito Público na Universidade de Santiago de Compostela (2018). Doutor em Direito Constitucional pela PUC-RIO (2016). Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela ESDHC (2012). Especialista em Direito Público (Unigranrio 2005) Especialista em Direito Público Municipal (IEC/PUC-Minas 2008). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (2002). Atualmente é Procurador do Município de Belo Horizonte-MG, exercendo o cargo de Procurador-Chefe do Departamento de Execuções Fiscais da PGM/BH, Professor de Processo Civil da Escola Superior Dom Helder Câmara, ESDHC, BRASIL. Membro do conselho editorial e executivo da Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte. É coautor do livro Lei de Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência (Editora Fórum). Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Processual Civil, Direito Constitucional, Direito Tributário e Direito Administrativo.

– Magno Federici Gomes

Pós-doutor em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal. Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Sustentabilidade na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Integrante dos grupos de pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável - REGA/CNPQ-BRA, Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS/FCT-PT e Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas - NEGESP.

– Marcelly Fuzaro Gullo

Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - FDUC (Portugal), Mestre em Direito na Universidade Estadual Paulista - UNESP, Graduada em Direito na Faculdade de Direito de Franca - FDF, Graduada em Relações Internacionais na Universidade Estadual Paulista - UNESP. Professora Universitária. Advogada militante.

– Marcelo Veiga Franco

Doutorando em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, com período sanduíche como visiting scholar na Universidade de Madison-Wisconsin - UW, localizada nos Estados Unidos da América (EUA). Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Especialista em Direito Público pelo Instituto para o Desenvolvimento Democrático, em parceria com o Centro de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Especialista em Direito Tributário pela PUC-MG. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Procurador do Município de Belo Horizonte/MG. Advogado. Sócio-fundador da Sociedade de Advogados Franco, Faria, Pereira & Pérez. Diretor Científico do Instituto de Direito Processual - IDPro. Parecerista do periódico Revista dos Tribunais da Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters (estrato Qualis CAPES B1). Membro do Conselho de Procuradores da PGM-BH. Associado efetivo do Instituto dos Advogados de Minas Gerais - IAMG. Ex-Diretor Técnico-Jurídico da Associação dos Procuradores Municipais de Belo Horizonte - APROM-BH.

- Matheus Farinhas Oliveira

Doutorando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Internacional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense desde 2015 (PPGDC/UFF). Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes. Membro da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional (SLADI). Pesquisas nas áreas de Filosofia do Direito, Direito Constitucional, Direito Internacional Público, História do direito, Teoria do Estado e Teoria do Direito;

– Michael César Silva

Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC-MG. Especialista em Direito de Empresa pelo IEC - PUC-MG. Professor de Direito na Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (graduação) e na Escola Superior Dom Helder Câmara (graduação convencional e curso direito integral). Advogado; Autor de livros na área do

Direito; Autor de artigos jurídicos em revistas especializadas nacionais e internacionais; Palestrante; Avaliador e Parecerista de Projetos de Pesquisa e Artigos Jurídicos; Editor de Revistas Jurídicas; Orientador de Projeto de Iniciação Científica; Líder de Pesquisa – Grupos de Pesquisa.

– Michelle Soares Garcia

Mestre em Direito Constitucional pela FDUC. Doutoranda em Direito Público pela FDUC. Pesquisadora da Universidade de Gênova. Professora do Centro Universitário São Lucas – UniSL.

– Moisés Saraiva de Luna

Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Regional do Cariri - URCA (2014). Graduado na Universidade Regional do Cariri - URCA (2012). Foi membro do Centro Acadêmico Professor Luiz de Borba Maranhão - CALUBOM na gestão "Para fazer acontecer (2010-2011)", membro das Comissões Organizadoras da XIII a XVIII Semana de Direito da URCA, do I Seminário de Estudos Jurídicos da URCA e do I ao III Encontro de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais. É professor temporário da Unidade Descentralizada de Iguatu (UDI), onde leciona disciplinas nos cursos de Direito e Enfermagem. É pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Direitos Humanos Fundamentais - GEDHUF e membro do Grupo de Estudo Retórica, Hermenêutica e Direitos Humanos (UFPB). Editor Assistente da Revista Direito e Dialogicidade, do Departamento de Direito da URCA.

– Monica Sapucaia Machado

Doutoranda e Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie,(conceito CAPES 5), possui Pós-Graduação em Administração Pública pela Fundação Getúlio Vargas (2008) e Graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (2005). Está vinculada ao Grupo de Estudos Mulher, Sociedade e Direitos Humanos da Universidade Presbiteriana Mackenzie e é membro da coordenação acadêmica do Programa de Pós-Graduação Lato Sensu da Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas-SP (GVlaw.)

– Paulo Fernando de Mello Franco

Doutorando em Direito na modalidade Sanduíche pela Universidade do Vigo - UVIGO. Doutorando em Direito e Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UNIRIO (2015). Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - Centro (2011). Ex-Procurador da Caixa Econômica Federal - CEF. Professor de Direito Civil, Processual Civil e Econômico em Cursos de Graduação e de Pós-Graduação. Professor Substituto de Direito Civil na Universidade Federal Fluminense - UFF. Tem experiência e interesse na área de Direito Público e Privado, com ênfase em Direito Administrativo, Econômico, Processual Civil e Civil.

- Paulo Fernando Soares Pereira

Doutorando em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2014), onde desenvolveu pesquisa sobre o direito ao desenvolvimento cultural, a necessidade de fortalecimento da sociedade civil local e a desburocratização das políticas patrimoniais, como forma de evitar a judicialização excessiva das questões que envolvem o patrimônio cultural imobiliário no Centro Histórico de São Luís/MA. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Roraima - UFRR (2006). É membro da Advocacia Geral da União - AGU (Procurador Federal com exercício no Estado do Maranhão) e costuma atuar em questões envolvendo a implementação de Políticas Públicas Federais, especialmente aquelas que dizem respeito aos direitos à educação (acesso, permanência e sistema de cotas), saúde (acesso ao SUS, através de hospitais universitários), cultura (defesa do patrimônio cultural edificado do Centro Histórico de São Luís/MA e outras questões culturais), ambiental, minerário, reforma agrária, infraestrutura, regulação e responsabilidade civil da Administração Pública Federal Indireta, através da atuação em processos judiciais individuais e coletivos. Professor Universitário;

– Pedro Rafael Malveira Deocleciano

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR); Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Católica de Quixadá (Unicatólica) – Advogado.

– Raphael Greco Bandeira

Parecerista em todas as disciplinas na Revista da AGU. Doutor em Democracia, Constituição e Estado - UnB. Mestre em Filosofia Ética e Política - UnB. Especialista em Direito Administrativo aplicado à Prática - Cead-EAGU/UnB. Coach pela Sociedade Brasileira de Coaching. Professor nas disciplinas de Graduação: Modelos e Paradigmas, Hermenêutica, Filosofia do Direito, Filosofia Geral e Jurídica, Direito Administrativo (Pós em matéria não jurídica), História do Direito e Sociologia Geral e Jurídica. Coordenador na Disciplina "Teoria da Argumentação e Redação Oficial" em EAD moodle pela Escola da AGU. Coordenador na edição da Revista de Constituição e Biopolítica pelas Publicações Especiais da EAGU.

– Roberto da Freiria Estevão

Professor do curso de direito (desde 1997) no Centro universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, no qual é vice-lider do grupo de pesquisa difuso (direitos fundamentais sociais); mestre em direito pelo UNIVEM (2006) e Doutor em ciências sociais pela UNESP - Marília (2017); membro do Ministério Público do estado de São Paulo - Procurador de Justiça aposentado.

- Rodrigo Araújo Ribeiro

Procurador Federal - Responsável pela Direção da Escola da AGU no Estado de MG;

– Rubén Miranda Gonçalves

Profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía. Universidad Europea de Madrid. Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales. Universidad de Santiago de Compostela. Doctorando en Derecho Administrativo. Universidad de Santiago de Compostela. Máster en Derecho Administrativo, Universidad de Santiago de Compostela. Licenciado en Derecho, con grado, sobresaliente. Universidad de Santiago de Compostela. Diplomado en Estudios de la Defensa Nacional, Universidad de Santiago de Compostela - CESEDEN.

– Ruth Maria Pereira dos Santos

Doutoranda em Direito, com especialização em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia, na Universidade de Lisboa (Portugal). Possui mestrado em Direito Internacional (2013), com ênfase em sistemas regionais de integração, no Centro Universitário de Brasília - UniCeub e graduação em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCeub - 2009. É também Pesquisadora da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal do Nível Superior - CAPES e Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade - CEDIS, no grupo de pesquisa sobre Direito, Política e Participação, como Coordenadora no subgrupo de pesquisa "Novos desafios do Direito Internacional Econômico". É ainda consultora na RMCA Consultoria Acadêmica. Tem larga experiência como advogada nas áreas cível, societária e econômica, internacional e direito do consumo.

– Serguei Aily Franco de Camargo

Pós-doutorado em Ecologia pelo NEPAM/UNICAMP (2004), pós-doutorado em Ecologia pela UNESP-IB - Rio Claro (2012) e Pós-doutorado em Agroecologia pela UERR (2017). Doutorado em Aqüicultura em Águas Continentais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (2002), mestrado em Conservação e Manejo de Recursos, área de concentração Gestão Integrada de Recursos, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1998). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (1992). Atualmente, é professor Titular I, em regime de tempo parcial, do Centro Universitário Estácio Atual (antiga Faculdade Estácio Atual - Boa Vista, RR), junto ao Curso de Graduação em Direito e professor horista das Faculdades Cathedral de Boa Vista, junto aos cursos de Direito e Psicologia. É também Assessor Jurídico de Procurador de Justiça no Ministério

Público do Estado de Roraima, atuando na área Cível. Foi Professor Visitante junto a Universidade Federal de Roraima, atuando junto ao Núcleo de Estudos Comparados da Amazônia e do Caribe - NECAR e ao Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional da Amazônia (entre 02/2013 e 05/2014), encontrando-se atualmente vinculado como Professor Colaborador (voluntário) no mesmo centro. Foi professor Adjunto I do Departamento de Direito da Universidade Nilton Lins (2009-2013) e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Aquicultura da mesma Universidade, onde exerceu o cargo de Coordenador de Pesquisa da Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação (entre 05/2012 e 10/2012). Foi professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (até dezembro de 2012, na qualidade de colaborador entre julho e dezembro do mesmo ano), onde exerceu a funcão de Coordenador (entre 07/2009 e 01/2012) acumulando, na mesma época, a função de editor da Revista Hiléia (1679-9321). Atualmente, é parecerista ad hoc dos Cadernos de Direito UNIMEP (1676-529X), Revista Acta Amazonica (0044-5967), da Revista Veredas do Direito (2179-8699), da revista Neotropical Ichthyology (1679-6225), do Journal of Scientific Research and Reports (2320/0227), (da Revista Universitas Scientiarum (0122-7483), da Revista de La Asociación Colombiana de Ictiólogos - DAHLIA (0122-9982), do Boletim do Instituto de Pesca (0046-9939/impresso e 1678-2305/virtual), da EDUSP e de diversas revistas internacionais. Tem experiência nas áreas de Direito e Ecologia, com ênfase em Direito Ambiental, atuando principalmente nos seguintes temas: direito ambiental, direito indígena, ecologia humana e Amazônia.

- Silvio Marques Garcia

Procurador Federal. Professor de Direito Tributário e Financeiro da Faculdade de Direito de Franca. Doutorando em Direito (PUC/SP). Mestre em Direito (Unesp). Especialista em Direito Público (UNB/EAGU);

– Sônia Aparecida de Carvalho

Doutoranda em Direito pela UNIVALI - SC e Doctoranda en Derecho pela Universidad de Alicante, na Espanha, com período sanduíche e dupla titulação pela Universidad de Alicante, na Espanha. Mestra em Direito pela UNISC - RS. Especialista em Direito Ambiental, Direito Previdenciário e Direito do Trabalho pela UNOPAR - PR. Graduada em Direito pela UPF - RS. Professora e Pesquisadora na UPF.

– Tanise Zago Thomasi

Doutoranda em direito pelo UNICEUB; Mestre em direito pela UCS; graduada em direito pela UCPEL; Professora universitária na UNIT.

- Tayane Rogéria Lino

Professora no Centro Universitário UNA e doutoranda pelo Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade Federal de Minas Gerais (2015). Possui graduação em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2011) e mestrado em Psicologia pela Universidade Federal de Minas Gerais (2014). É integrante do Núcleo de Ensino, Pesquisa e Extensão Conexões de Saberes/FAFICH/UFMG. Compõe o colegiado gestor da regional Minas Gerais da Associação Brasileira de Psicologia Social (2018). Foi vice-coordenadora do Instituto Mineiro de Saúde mental e Social - Instituto ALBAM. Tem experiência na área de Psicologia, com ênfase em Psicologia Social e Política. Tem experiência na área de Direitos Humanos, educação, metodologias inovadoras, questoes de gênero, raça e sexualidade.

– Tédney Moreira da Silva

Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília - UnB. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie e em Filosofia pela Universidade São Judas Tadeu. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal, atuando principalmente nos seguintes temas: criminologia, dogmática penal e execução penal. Desenvolve, também, pesquisas na temática indígena, com especial relevo à consolidação de direitos étnicos. Membro do Grupo de Pesquisas de Direitos Étnicos Moitará e do Grupo de Pesquisas em Teoria do Delito e Cidadania Modernas Tendências da Teoria do Delito, cadastrados ambos no CNPq.

– Thiago Santos Aguiar de Pádua

Doutorando e mestre pelo UNICEUB; Foi assessor de Ministro do STF; Advogado. Professor de direito civil e Constitucional.

– Valdirene Ribeiro de Souza Falcão

Doutora pela Universidade de São Paulo (2014). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Especialização em Direito Público (1999/2000), pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/Escola da Magistratura da 3ª Região. Membro do Conselho Consultivo da Revista do Conselho de Estudos Judiciários/Conselho da Justiça Federal; Membro do Instituto Pimenta Bueno; da Associação Brasileira dos Constitucionalistas; Membro revisor *ad hoc* da Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro; Parecerista da Revista da AGU. Tem experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Constitucional. Professora assistente da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie em Campinas; Juíza Federal na 3ª Região - Tribunal Regional Federal, São Paulo – SP.

– Wagner Wilson Deiró Gundim

Doutorando em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor de Direito Penal, Processo Penal e Prática Penal da Faculdade de Direito da Universidade Anhembi Morumbi. Foi Líder da Comissão de Eventos da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente, é advogado com experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público (Constitucional, administrativo e penal) e Direito Privado. Professor da Universidade Anhembi Morumbi nas disciplinas de Direito Penal, Processo Penal, Prática Penal e Prática Civil.

– Wassila Caleiro Abbud

Doutoranda e Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP; Graduada em Direito pela UNESP, com habilitação em Direito, Estado e Sociedade. Membro efetiva da Comissão de Estudos de Combate à Corrupção e Improbidade Administrativa do Conselho Seccional da OAB/SP. Revisora de periódicos (parecerista ad hoc). Advogada na área de Direito Público.

– Inês Alves de Sousa

Mestre em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA (2015), Especialiação em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal do Piauí - UFPI (2009), Graduação em Direito pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI (2006) e Secretariado Executivo pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia IFPI. Auditora Fiscal na Prefeitura de Paço do Lumiar.

– Marcílio da Silva Ferreira Filho

Doutorando pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Mestre em direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Graduado em direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Membro Pesquisador no grupo de pesquisa ?Conflituosidade, consensualidade e políticas públicas: mediação, conciliação e arbitragem e outros mecanismos consensuais na administração pública". Ocupante do cargo público de Procurador do Estado de Goiás. Advogado privado, com foco em direito público, atuando especialmente em direito administrativo-regulatório. Professor de Direito e palestrante em cursos de pós-graduação e preparatórios, bem como titulado como Master Coach pelo Instituto Brasileiro de Coaching (IBC). Autor de obras e artigos jurídicos.

– Iago de Farias Lora

Consultor. Certificado pela Universidade de Stanford, Palo Alto/CA no Programa Internacional: U.S. Intellectual Property Law; - Stanford Law School (SLS) Mestrando em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia pela Universidade de Brasília (UNB/PROFNIT) e MBA em Gerenciamento de Projetos pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC). Escolhido pela Chambers and Partners International como profissional brasileiro para liderar a área de Direito Autoral na seção de Prática Jurídica (Law and Practice) da edição de 2019 do Chambers and Partners Global Guide. Membro da Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI); da Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ); do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais (CBEC); e do Núcleo de Tecnologia Assistiva, Acessibilidade e Inovação (NTAAI).

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues Mendes Filho 23

EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura 25

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

El Protocolo N. 16 Al CEDH: ¿Refuerzo U Obstáculo Al Ya Complicado "Dialogo Entre Tribunales" Para La Protección De Los Derechos?

Silvia Romboli 28

Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español. Reflexiones Al Hilo De La STC 26/2014

Ana Carmona Contreras 47

ARTIGO TRADUZIDO

Etnografia Constitucional: Uma Introdução

Kim Lane Scheppele 60

ARTIGOS

A Autocomposição Como Forma de Resolução de Conflitos no Setor Público

Self-Mediation as a Mean of Conflict Resolution in the Government Sector

Leonardo Pereira Rezende e Mônia Aparecida de Araújo Paiva 78

A Dicotomia Entre os Prazos de Operação do Instituto da Prescrição em Ações Indenizatórias Propostas no Âmbito da Fazenda Pública em Juízo
The Dichotomy Between the Periods of Operation of the Institute of Prescription in Lawsuits Filed in the Scope of the Judicial Treasury
Raquel de Bastos Rezende Ribeiro Freire 92

A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente em Face da Fazenda Pública
The Stabilization of the Emergency Provisional Guardianship Required in Advanced in Face to the Public Administration
Cassiana Vitória Guedes Oliveira da Silva 108

Ativismo Judicial e Separação de Poderes: análise do papel da advocacia geral da união em casos que versam sobre concessão de vagas de financiamento estudantil – FIES
Judicial Activism and Separation of Powers: an Analysis of the Role of the Union Attorney General in Cases Relating to Concession of Student Loan (FIES)
Lia Carolina Vasconcelos Camurça, Sarah Linhares Ferreira Gomes e Francisca Karine Lima Torres Damasceno 148

Compliance e Combate à Corrupção: apontamentos sobre o PL 367/2019 do estado de Minas Gerais.
Compliance and Fight Against Corruption: Notes on the PL 367/2019 of the State of Minas Gerais
Carolina Angelo Montolli 171

Defesa da Probidade na Advocacia Pública Federal: As Ações de Improbidade Administrativa. O Caso da Procuradoria Geral Federal
Defense of Probity in the Federal Public Advocacy: The Actions of Administrative Improbity and the Case of the Federal General Attorney
Bruno Félix de Almeida e Rafael Moreira Nogueira 192

Ética e Direito: a modernidade e o problema da fundamentação do agir
Ethics and Law: Modernity and the Problem of the Basis of Action
José Rezende Silveira 209

Neorrepublicanismo e corrupção: elementos para a governança da ética pública no Brasil
New Republicanism and Corruption: Elements for the Governance of Public Ethics in Brazil
Farlei Martins Riccio de Oliveira 225

O Ativismo Judicial Incentivado Pelo Executivo: Uma Visão Maquiavélica
The Judicial Activism Encouraged by the Execitive: a Machiavellian View
Carlos Eduardo da Silva Galante 247

O Reflexo dos Direitos Fundamentais Previstos da Constituição Federal de 1988 do Instituto Processual Penal da Condução Coercitiva

The Reflection of Fundamental Rights Established in the Federal Constitution of 1988 in the Criminal Conduct Penal Institute

Joseanne Monique Borges de Carvalho 269

O Tribunal de Contas e as Carreiras de Estado como Fatores de Transformação da Sociedade Brasileira: Conjuntura e Tendência

The Court of Accounts and the State Careers As Transforming Factors of the Brazilian Society: Conjuncture and Trends

Adriano Antonio Sousa 295

Reclamação como Ferramenta de Superação de Precedente Formado em Controle Concentrado de Constitucionalidade

Claim as a Tool to Overrule Precedent Established in Concentrated Control of Constitutionality

José dos Santos Carvalho Filho e Marco Alexandre de Oliveira Archanjo 315

PARECERES

Parecer Nº 00027/2018/CGC/PFE-INCRA-SEDE/PGF/AGU

INCRA 344

Parecer-Plenário Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU

MPDG, Ministério da Saúde e Ministério da Fazenda 367

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RE 657.718/RG-MG (TEMA 500) – Dever do Estado de Fornecer Medicamento não Registrado pela Anvisa

Cynthia Pereira de Araújo e Silvana Regina Santos Junqueira 409

APRESENTAÇÃO

Marcelino Rodrigues
Presidente da ANAFE

Na qualidade de presidente da Associação Nacional dos Advogados Públicos Federais (ANAFE), venho apresentar aos leitores a terceira edição da Revista da Advocacia Pública Federal.

Por meio desta publicação anual, a Entidade busca fortalecer o compromisso com o desenvolvimento acadêmico dos Advogados Públicos Federais, pois é sabido que o aperfeiçoamento acadêmico e profissional é fundamental para o amadurecimento e crescimento que almejamos e que a sociedade espera para nossa instituição.

Por meio desta Revista, são apresentados aos leitores artigos científicos inéditos, resultantes de pesquisas e estudos relacionados à Advocacia Pública Federal e à sua atuação.

Em tempo, agradeço e parabenizo a todos os valorosos colaboradores, que fizeram parte da editoração desta Revista. Reiteramos, ainda, nossos agradecimentos aos integrantes do Centro de Estudos da ANAFE e do Conselho Editorial da Publicação.

Boa leitura e vida longa à Revista da Advocacia Pública Federal

EDITORIAL

Grégore Moreira de Moura
Editor-chefe

Prezado leitor,

É com satisfação que a Revista da Advocacia Pública Federal lhe oferece a leitura de mais uma edição, que, com o propósito de atualizar o conhecimento sobre Direito e Gestão Pública, apresenta artigos que expõem a qualidade e variedade de assuntos resultantes de estudos e pesquisas que contribuem para atender às expectativas dos operadores do direito e de toda comunidade jurídica.

O nosso periódico reflete o compromisso da ANAFE com a capacitação e o compromisso com o desenvolvimento acadêmico dos membros da Advocacia-Geral da União (AGU), além de propiciar a disseminação do conhecimento, com o intuito de promover o debate e incentivar a análise crítica, através dos artigos ora publicados.

Desta forma, a Revista da Advocacia Pública Federal, nesta 3ª Edição, contempla artigos, pareceres e jurisprudência comentada com temas diversos das áreas do direito, ética e filosofia, proporcionando uma vasta gama de matérias, abaixo discriminadas.

Em primeiro lugar, oferecemos ao leitor, dois notáveis artigos internacionais de duas autoras convidadas. O primeiro é de autoria da professora Silvia Romboli, da Universidad Ramon Llull – Barcelona, intitulado "*El Protocolo N. 16 Al CEDH: ¿Refuerzo U Obstáculo Al Ya Complicado "Dialogo Entre Tribunales" Para La Protección De Los Derechos?*". O segundo é de autoria da Catedrática da Universidad de Sevilla, Ana Carmona Contreras, intitulado "*Los Derechos Fundamentales De La Unión Europea En La Jurisprudencia Del Tribunal Constitucional Español. Reflexiones Al Hilo De La STC 26/2014*".

Em seguida, temos a tradução da obra da professora Kim Lane Scheppele, da Universidade de Princeton, Estados Unidos, intitulada: "*Ethnography:an Introduction*", feita pelo professor Thiago Santos Aguiar de Pádua como: "*Etnografia Constitucional: uma introdução*".

Dos trabalhos submetidos para esta edição, 12 (doze) foram aprovados por nossos revisores, em avaliação cega, que são: "A Autocomposição Como Forma de Resolução de Conflitos do Setor Público"; "A Dicotomia Entre os Prazos de Operação do Instituto da Prescri-

ção em Ações Indenizatórias Propostas no Âmbito da Fazenda Pública em Juízo"; "A Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada Requerida em Caráter Antecedente em Face da Fazenda Pública"; "Ativismo Judicial e Separação de Poderes: análise do papel da advocacia geral da união em casos que versam sobre concessão de vagas de financiamento estudantil – FIES"; "Compliance e Combate à Corrupção: apontamentos sobre o PL 367/2019 do estado de Minas Gerais"; "Defesa Da Probidade Na Advocacia Pública Federal: As Ações De Improbidade Administrativa. O Caso Da Procuradoria Geral Federal"; "Ética e Direito: a modernidade e o problema da fundamentação do agir"; "Neorrepublicanismo e corrupção: elementos para a governança da ética pública no Brasil"; "O Ativismo Judicial Incentivado Pelo Executivo: Uma Visão Maquiavélica"; "O Reflexo dos Direitos Fundamentais Previstos da Constituição Federal de 1988 do Instituto Processual Penal da Condução Coercitiva"; "O Tribunal de Contas e as Carreiras de Estado como Fatores de Transformação da Sociedade Brasileira: Conjuntura e Tendência" e "Reclamação Como Ferramenta De Superação De Precedente Formado Em Controle Concentrado De Constitucionalidade".

Apresentamos, ainda, neste número, dois importantes Pareceres. O Parecer nº 00027/2018/CGC/PFE-INCRA-SEDE/PGF/AGU, de autoria dos Procuradores Federais Maria Rita Reis e Felipe Dutra Gurgel Cavalcanti, versa sobre "*Juros Compensatórios e Honorários Advocatícios nas Ações de Desapropriação*", bem como o PARECER-PLENÁRIO nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, de autoria do Advogado da União Victor Ximenes Nogueira, cujo tema é "Compatibilidade de Horários para Acumulação de Cargos Públicos".

Finalizamos esta edição com a Jurisprudência Comentada: "*Dever do Estado de Fornecer Medicamento Não Registrado Pela Anvisa*", das autoras Cynthia Pereira de Araújo e Silvana Regina Santos Junqueira.

Nossos agradecimentos, aos pareceristas, aos autores contemplados, às autoras convidadas e a todos que colaboraram de maneira direta e indireta para a publicação desta 3ª Edição.

Destaco, por fim, que a versão digital do Periódico encontra-se no sistema Eletrônico de Editoração de Revistas e que nossa revista é anual, com fluxo contínuo de recebimento de trabalhos para as futuras edições. Portanto, os artigos podem ser submetidos a qualquer tempo. Aproveito para convidar o leitor a participar com o envio de trabalhos, acessando o link: http://anafenacional.org.br/seer.

Com os votos de boa leitura e de ótimas reflexões!

ARTIGOS DE AUTORES CONVIDADOS

EL PROTOCOLO N. 16 AL CEDH: ¿REFUERZO U OBSTÁCULO AL YA COMPLICADO "DIALOGO ENTRE TRIBUNALES" PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS?

Silvia Romboli[1]

SUMÁRIO: Introducción. 1. El análisis del instrumento consultivo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. 1.1. Los sujetos legitimados. 1.2. El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento. 1.3. El objeto. 1.4. El contradictorio y el rol de las partes en el juicio *a quo* y ante el Tribunal de Estrasburgo. 1.5. La decisión y sus efectos. 2. Conclusiones. Referencias.

1 - Profesora de Derecho Constitucional. ESADE – Universidad Ramon Llull – Barcelona.

INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos fundamentales, que se consideraba, hasta cierto momento, una actividad de exclusiva competencia estatal, en las últimas décadas se ha convertido, a todas luces, en una tutela "multinivel"[2]

Las experiencias totalitarias, a las que con tanta evidencia se contraponen las Constituciones de la segunda posguerra, entre otros efectos y consecuencias acarrearon una cierta apertura de los ordenamientos nacionales hacia el exterior y hacia ámbitos y autoridades supranacionales. La finalidad patente de ese movimiento procuraba garantizar el respeto de aquellos derechos humanos que habían sido negados por los gobiernos dictatoriales, cuyos indeseables resultados y secuelas todavía estaban bien presentes en la memoria de los Constituyentes. Ese plano o ámbito supraestatal, así pues, simbolizaba un garante "externo" que podía intervenir en el caso de que las garantías "internas" no funcionasen apropiadamente.

Por lo que concierne a la tutela de los derechos, el nivel supranacional se desarrolla de manera principal a través de la aprobación de Cartas de derechos y por medio de la identificación de un Juez con la específica competencia de garantizar su respeto y observancia. Se trataría, parece evidente, más allá de su denominación y de su eficacia jurídico-formal, de textos caracterizados por su inequívoca naturaleza constitucional y por un contenido muchas veces análogo al de las Normas Fundamentales nacionales[3].

Por estas razones, la doctrina no ha obviado evidenciar la necesidad de encontrar una conexión en los mecanismos de tutela y en las relaciones entre las distintas jurisdicciones (en particular, las europeas con las estatales).

Considerando que la previsión y, señaladamente, la tutela de los derechos fundamentales no puede entenderse como una competencia específica asignada a un juez o a otro, sino, más bien, como una finalidad general que persigue alcanzar el nivel máximo de realización posible, el criterio que ha prevalecido ha sido el de la necesaria colaboración y cooperación entre todos los diferentes niveles de tutela, tanto en el ámbito nacional como en los distintos ámbitos supranacionales[4].

---

2 - La doctrina sobre esta materia es muy abundante. Pueden verse, entre otros: CARTABIA, M. *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (Coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004; SORRENTINO, F., *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 365 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, en *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, p. 317 y ss.; GAMBINO, S., *Vantaggi e limiti della protezione* multilevel *dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en *www.forumcostituzionale.it*, 2015; MALFATTI, E., *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015; CONTI, R., *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en Questione Giustizia, fasc. 4/2016, p. 89 y ss.; MONTESINOS PADILLA, C., *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, 2017.

3 - Algunos autores han revelado sus inquietudes respecto del nacimiento de una pluralidad de sistemas de protección de los derechos fundamentales en el ámbito supra e internacional, dotados muchas veces de marcos competenciales que coinciden, cada uno con su propia normativa y sus propios órganos como garantes del nuevo sistema; v. en relación con esto CRUZ VILLALÓN, P. *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King's College London, 2012, p. 1-20.

4 - Por estas razones, y para obviar a los problemas que pueden derivar de la presencia de una multiplicidad de Cartas de Derechos (muchas veces con el reconocimiento de derechos coincidentes, como apuntábamos en la nota anterior) y de Jueces para su protección, LÓPEZ GUERRA, L. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 12) evidencia la necesidad de instaurar medidas de coordinación entre estas normativas y estos órganos que "*aseguren un funcionamiento armónico y sin contradicciones de los mecanismos de protección de los derechos humanos*".

Se ha empezado a hablar, así, de "diálogo entre jueces"[5], esto es, de la creación de unos espacios de intercambio y colaboración entre las distintas jurisdicciones y las distintas jurisprudencias.

A tenor de lo expuesto, se desvela en toda su evidencia la importancia del estudio de los mecanismos que permiten el buen funcionamiento y el constante crecimiento de este diálogo.

Por esta razón, he decidido dedicar esta contribución al análisis del "último" (desde el punto de vista temporal) entre los mecanismos de diálogo entre tribunales, un instrumento todavía poco conocido y aún por "estrenar": la posibilidad que determinadas autoridades judiciales estatales pidan una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) según lo previsto en el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derecho Humanos (CEDH). En la doctrina se ha sostenido que este instrumento ha sido plasmado, no obstante las numerosas diferencias, mirando a la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia, definido por esta razón como el "*hermano mayor*"[6].

Procediendo con este análisis introductorio, el Protocolo n. 16 al CEDH[7], articula, como

5 - Sobre la temática del "diálogo entre tribunales", entre otros, pueden verse: D'ANDREA, L.; MOSCHELLA, G.; RUGGERI A.; SAITTA, A. *Crisi dello stato nazionale, dialogo intergiurisprudenziale, tutela dei diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2015; LÓPEZ GUERRA, L.M., *El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Españoles. Coincidencias y divergencias*, en GIMENO SENDRA, V., REGUEIRO GARCÍA, M.T. (Coord.), *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, Universitas, Madrid, 2015, p. 21-43; SÁIZ ARNAIZ, A., *Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo*, en LÓPEZ GUERRA, L.M., SÁIZ ARNAIZ, A. (directores), *Los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos: una introducción desde la perspectiva del diálogo entre tribunales*, Palestra, Lima, 2015, p. 153-185; SAIZ ARNAIZ, A. *La interacción entre los tribunales que garantizan derechos humanos: razones para el diálogo*, en *Lo Stato*, 2015; GIOVANNETTI, T., PASSAGLIA, P. *La Corte ed i rapporti tra diritto interno e diritto sovranazionale*, en ROMBOLI, R. (Coord.), *Aggiornamenti in tema di processo costituzionale (2011-2013)*, Giappichelli, Torino, 2014; Dani, M., *Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti*, Cedam, Padova, 2013; DE VERGOTTINI, G., *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010; TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (Coord.), Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en: http://caspur-ciberpublishing.it/; SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 y ss; GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004; SORRENTINO, F., *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, pp. 1355 y ss.; CASTELLÁ ANDREU, J.M., *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, en APARICIO, M.A. (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 141-164; CARTABIA, M.; WEILER, J.H.H. *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Administración Pública*, nº. 137, 1995, p. 7-30.

6 - CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014, p. 6.
También en opinión de LÓPEZ GUERRA, L.M. (*Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 14 y 22) el mecanismo previsto en el Protocolo n. 16 es evidentemente inspirado por el procedimiento de la cuestión prejudicial ante el TJUE, aunque puedan evidenciarse "*notables diferencias*", como veremos también en estas páginas.

7 - Sobre el Protocolo n. 16 al Convenio, pueden verse, entre otros: BARNABO', M., *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en Federalismi.it, 2013, n. 4; ASTA, G. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en La Comunità internazionale, 2013, 4, p. 773 y ss.; el ya citado trabajo de LÓPEZ GUERRA, L. M. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 11-29; RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, en Riv. AIC, 7 de febrero de 2014; POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en Forumcostituzionale, 2 aprile 2014; CONTI, R., *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu e il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014; CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014; SICILIANOS, L.-A. *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, p. 9-29; MARCHINI, M. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en Eurojus.it, 13 de noviembre de 2014; CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte Corti introdotto dal protocollo n. 16 annesso alla Cedu si affianca al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue*, en Europeanrights.eu; LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea per*

he subrayado más atrás, un nuevo procedimiento que permite a los tribunales nacionales solicitar del Tribunal Europeo opiniones consultivas sobre la aplicación e interpretación del Convenio Europeo. Hasta hace pocos meses (1 de agosto de 2018) no había entrado aún en vigor, pues no se habían alcanzado la ratificación del número mínimo de Estados miembros del Consejo de Europa que resulta necesario.

Esta competencia "consultiva" se suma así a aquella otra, escasamente utilizada, prevista en los arts. 47-49 CEDH[88].

Como se dirá más adelante, las opiniones, que tienen que motivarse y pueden contener opiniones disidentes[9], no cuentan, sin embargo, con eficacia vinculante para el Estado solicitante ni, como es obvio, para ningún otro sujeto.

La aprobación de esta nueva competencia "consultiva" ha sido recibida positivamente, incluso con entusiasmo, por parte de la doctrina, aunque no hayan faltado voces que han mostrado reservas y preocupaciones[10].

Entre los autores que sostienen la primera postura, se ha hablado de una verdadera "*revolución copernicana*" para los ordenamientos de los Estados miembros[11] y de la posibilidad de que pueda crearse un beneficioso circulo virtuoso, pues el Tribunal Europeo conocerá de una forma más completa las particularidades de cada supuesto específico y será posible una provechosa relación entre el Juez constitucional y la Corte Europea[12]. Llega a afirmarse que este instrumento

la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali: luci e ombre, en www.cortedicassazione.it, 23 de octubre de 2014); LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015; ODDI, A., *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en Eius, 4 luglio 2016; RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en Studi sull'integrazione europea, 2016, 455; PIRRONE, P., *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017.

8 - Se trata del parecer que el Comité de Ministros puede solicitar del TEDH sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus protocolos, que sin embargo no puede concernir al contenido o la eficacia de los derechos y libertades ahí contenidos. La "opinión" tiene que motivarse y se prevé la posibilidad de que los Jueces de Estrasburgo emitan opiniones disidentes.

9 - Esta circunstancia representa una de las diferencia entre este mecanismo y la prejudicial ante el TJUE. En efecto, los Jueces de Luxemburgo no pueden expresar votos particulares de ningún tipo. Se trata, del otro lado, de una característica común respecto de las decisiones del Tribunal Constitucional español.

10 - RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en *Studi sull'integrazione europea*, 2016, p. 455 y ss., evidencia algunas contradicciones en el mecanismo del parecer prejudicial y prevé una difícil aplicación del mismo, pues faltarían instrumentos aptos para garantizar su activación (y eficacia) a nivel nacional y su racionalización a nivel europeo; ONIDA, V., *Introduzione*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. IX, considera que la reforma del Protocolo n 16 no se fundaría en una lógica muy clara y evidente, pues el Tribunal Europeo intervendría, con su opinión, en un proceso todavía en curso y en el momento de la última instancia; MARCHETTI, B. *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 68 y ss., observa que, en el momento actual, la presencia contemporánea de un mecanismo de consulta al Tribunal Europeo y de una cuestión prejudicial ante la Corte de Luxemburgo se presenta poco conciliable; ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani: vera o falsa sussidiarietà*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 95), prevé que las peticiones de opiniones al Tribunal de Estrasburgo serán muy pocas y que el instrumento no tendrá el éxito deseado; SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali? L'introduzione della nuova funzione consultiva della Corte di Strasburgo da parte del Prot. 16 Cedu*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri* cit., p. 145 y ss., llama la atención sobre el riesgo que la práctica de las opiniones consultivas pueda conllevar, transformándose en una suerte de "réplica" (*doppione*) del recurso individual.

11 - CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea*, cit.

12 - CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione*, cit., 4, hablan de "*dirompente novità per l'ordinamento convenzionale*".

puede convertirse en el elemento central (la "*chiave di volta*" en italiano) de todo el sistema europeo de derechos humanos[13].

En efecto, se ha subrayado la trascendencia de la articulación – de manera distinta respecto de lo que en muchas ocasiones ha sucedido utilizando la prejudicial constitucional y aquella europea – de un diálogo directo entre los jueces nacionales y el Tribunal de Estrasburgo, con efectos favorables desde distintas perspectivas. En primer lugar, por la eventual reducción del contencioso ante el Tribunal Europeo[14], gracias a la superación de las dificultades que acarrea para los jueces nacionales obtener principios y reglas generales de una jurisprudencia casuística y la mayoría de las veces sujeta al supuesto concreto, favoreciéndose así, de un lado, una mayor difusión de la cultura y de los contenidos del Convenio y, de otro, que la tutela de los derechos contenidos en el mismo se cumpla principalmente a nivel "local", convirtiéndose en excepcional el recurso a la Corte de Estrasburgo[15].

Esta misma experimentaría así una importante e inevitable transformación, pasando de ser el juez del caso concreto a ocuparse de problemas más genéricos, fijando los principios generales que posteriormente fundarán la decisión del juez al que le toque resolver la controversia determinada[16].

Al Tribunal Europeo se le asignaría entonces una nueva competencia que le acercaría a las Cortes constitucionales nacionales, por lo menos por lo que concierne a aquellas funciones desarrolladas a través de las tipologías de decisiones que, sin declarar necesariamente la inconstitucionalidad de la norma enjuiciada, proporcionan un principio (más o menos general y genérico, según la circunstancia) al que la actividad del legislador y del juez tiene que atenerse.

El Protocolo n. 16 ha sido denominado, en razón de las características ahora descritas, el "*protocolo del diálogo*"[17]; no obstante, que sea de ese modo dependerá claramente de su aplicación práctica y del rol y de la posición del CEDH en el sistema de fuentes del Derecho de cada ordenamiento nacional.

1. EL ÁNALISIS DEL INSTRUMENTO CONSULTIVO PREVISTO EN EL PROTOCOLO N. 16 AL CONVENIO EDH

Con la finalidad de presentar este nuevo instrumento y las problemáticas que su introducción ha planteado respecto del "dialogo entre Tribunales" para la protección multinivel de los derechos, me centraré en el análisis de los elementos esenciales del mencionado procedimiento ante el TEDH.

13 - ASTA, G., *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 788.

14 - LÓPEZ GUERRA, L.M. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 21 y 28.

15 - Entre otros, PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., pp. 3 y ss.; SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali*, cit., p. 145 y ss.

16 - En este sentido POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex protocollo 16?*, en Forumquadernicostituzionali, 2 de abril de 2014; CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 8 y ss., que afirman que la nueva competencia determinará una modificiación de la fisionomía de la Corte Europea, que podrá intervenir *ex ante* y no solo *ex post* como hasta ahora, realizando una verdadera función nomofiláctica en el contexto europeo y creando un punto de equilibrio entre las distintas jurisdicciones; DE SENA, P. *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu nel prisma dell'esperienza del sistema interamericano di protezione dei diritti dell'uomo*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri*, cit., p. 1 y ss.

17 - Esta definición es del propio Presidente del Tribunal de Estrasburgo don Dean Spielmann, pronunciada en ocasión de la 123ª Sesión del Comité de Ministros de 16 de Mayo de 2013 (www.echr.coe.int).

1.1 Los sujetos legitimados

El Protocolo n. 16 establece en su art. 1 que están legitimadas para solicitar la opinión consultiva las "más Altas Jurisdicciones" de aquellos Estados que hayan procedido a la ratificación, así como que éstas (indicadas luego con la expresión "autoridades judiciales") sean como tales reconocidas por cada país en el momento de la firma o del depósito sucesivo a la aprobación del instrumento de ratificación.

En este caso, los términos empleados en el acto normativo terminan por no tener mucha importancia. En efecto, la selección de las autoridades judiciales legitimadas para elevar una duda sobre la interpretación del Convenio tendrá que proceder de una elección política, que quizás lleve a la previsión de un elenco taxativo de sujetos, eliminando el espacio de la interpretación jurisprudencial.

Evidencia aún más la naturaleza política y discrecional de la elección la previsión del Protocolo según la cual la declaración en la que se indican las autoridades judiciales legitimadas "*puede modificarse en cualquier momento*" (art. 10), generando dudas en orden a la independencia de estas autoridades[18]. Sobre este particular, ha habido autores que se han preguntado si podrían establecerse límites a dicha discrecionalidad y ejercerse unos controles "desde el exterior", en los casos en los que, por ejemplo, se adviertan abusos o instrumentalizaciones (como la exclusión de las Cortes constitucionales en aquellos Países en los que estas hayan demostrado su trascendencia para las transiciones democráticas)[19].

La "Memoria explicativa" precisa las razones que sustentan la previsión del Protocolo n. 16: la expresión "las más Altas Jurisdicciones" estaría dirigida a evitar complicaciones potenciales, permitiendo al mismo tiempo una cierta libertad de elección. La misma se refiere a las autoridades jurisdiccionales que se encuentran en la cúspide del sistema judicial nacional y la utilización del "plural" permitiría la inclusión de aquellos órganos judiciales que, no obstante se encuentren en un escalón jerárquico inferior al Tribunal Supremo o al Constitucional, ostentan una posición de especial relevancia en el ordenamiento, por ser, por ejemplo, las "más altas" en una determinada categoría de pleitos.

Sin duda, otra circunstancia que no hay que olvidar y que fundamenta esta elección es el consecuente efecto limitativo sobre el número de peticiones de opiniones a la Corte de Estrasburgo, que podría convertirse en excesivo si se hubiera dejado esta facultad a todas las jurisdicciones nacionales[20].

La doctrina ha llevado a cabo unas "previsiones" sobre este punto. Habitualmente no se excluye de este listado, por lo menos en Italia, la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el

18 - POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale"* cit., afirma que esta previsión puede convertirse en una peligrosa "espada de Damocle" sobre todo para los Jueces constitucionales de aquellos Estados que todavía no han terminado su proceso democrático. ROMBOLI, R., *Corte di Giustizia* cit., p. 33, sostiene que el enunciado podría provocar que los sujetos reconocidos como "Altas jurisdicciones" se encuentren en una situación de constante chantaje por parte del legislador, que podría modificar el listado según el comportamento de cada uno de ellos.

19 - RIVERA, I. *Il Protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo* cit., p. 460.
Sobre el rol de las Cortes constitucionales en los procesos de transición democrática, puede consultarse el ya citado texto de BIAGI, F., *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

20 - PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 7 y ss. De la misma opinión también LÓPEZ GUERRA, L.M. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., p. 23, que afirma que la limitación a los "más altos tribunales" de los Estados busca sin duda evitar una "*proliferación de peticiones*" que podrían llevar a complicar el sistema de tutela del Convenio.

Tribunal de Cuentas cuando actúa con poderes jurisdiccionales, la Corte única militar de Roma y el Tribunal superior de las aguas[21].

Por lo que concierne al Juez constitucional, en la "Memoria explicativa" del Protocolo n. 16 se precisa que "*una más Alta Jurisdicción no tiene necesariamente que ser una autoridad a la que presentar un recurso para satisfacer el requisito del agotamiento de las vías de recursos internos, ex art. 35.1 CEDH*". Esta puntualización parece querer responder a exigencias y realidades como la italiana, donde no está previsto un recurso directo del ciudadano ante la Corte constitucional y, por ello, el juicio ante esta no se considera un procedimiento necesario para agotar los medios de apelación a nivel nacional (según el principio de subsidiariedad)[22].

Las opiniones expresadas hasta la fecha por la doctrina reconocen de manera casi unánime la inclusión de la Corte constitucional dentro de las "más Altas Jurisdicciones" legitimadas para pedir la opinión consultiva al Tribunal de Estrasburgo[23]. Uno de los argumentos que fundamentan esta postura ha sido, evidentemente, el hecho de que la jurisprudencia constitucional italiana ha terminado por incluir el Convenio entre las normas que constituyen el parámetro de la constitucionalidad en los juicios de legitimidad constitucional de las leyes (aunque todavía como "*norma interposta*"); sería, entonces, una paradoja excluir ahora la Corte constitucional de los sujetos legitimados para entablar un diálogo directo con la Corte de Estrasburgo[24].

Siempre con respecto a este tema, otros autores han llegado a afirmar que la legitimación de la Corte constitucional se manifiesta "*como la única hipótesis en el que la opinión podría alcanzar una significación 'en abstracto'*"[25].

No obstante las opiniones de la doctrina, el legislador italiano ha seguido otra orientación y en el proyecto de ley para la ratificación del Protocolo n. 16 ha enunciado como autoridades legitimadas solo la Corte de Casación, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo de justicia administrativa de la región Sicilia, excluyéndose por lo tanto a la Corte constitucional[26]. Se trata sin duda de una elección difícil de comprender, y ciertamente contra-

21 - PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 4 y ss.; CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea* cit.
CENTAMORE, G., AGOSTINI, B., *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 4, sostienen, sin embargo, que sería preferible limitar la legitimación a la Corte constitucional y a las Secciones Unidas de la Corte de casación. MARCHETTI, B., *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., p. 74, considera que también el Consejo de Estado en el ámbito del recurso extraordinario al Jefe de Estado debería incluirse entre las "Altas Jurisdicciones".

22 - Sobre este tema, véase la reciente Sentencia del TEDH de 27 de agosto de 2015, asunto Parrillo c. Italia, y en particular el voto particular expresado por la minoría del colegio. En doctrina puede verse RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sent, n. 49 del 2015)*, en Diritti umani e diritto internazionale, 2015, pp. 617 y ss.
La respuesta de la Corte constitucional italiana a esta doctrina proporcionada por el Tribunal Europeo se encuentra en la Sentencia de la Corte constitucional de 26 de marzo de 2015, n. 49, en *Foro italiano*, 2016, I, p. 1623; en doctrina v. SORRENTI, G. *Sul triplice rilievo di Corte cost. sent. 49/2015, che ridefinisce i rapporti tra ordinamento nazionale e Cedu e sulle prime reazioni di Strasburgo*, en Forumquadernicostituzionali, 2015.

23 - Entre otros, PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 4 y ss.; POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale"* cit.; RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 12; LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; CANNIZZARO, E. *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria nella tutela dei diritti fondamentali* cit., p. 82 y ss.

24 - CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea* cit.

25 - "*Come l'unica ipotesi in cui il parere potrebbe rivestire un rilievo 'in astratto'*", v. ONIDA, V., *Introduzione* cit., p. X, que observa como en estos casos se justificarìa menos el caracter no vinculante del dictamen.

26 - *Disegno di legge recante "Ratifica ed esecuzione dei Protocolli n. 15 e n. 16 recanti emendamenti alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, fatti, rispettivamente, a Strasburgo il 24 giugno 2013 e il 2 ottobre 2013".*

ria al espíritu que fundamenta el Protocolo n. 16, dirigido a incrementar el diálogo justo entre las "más Altas Jurisdicciones" (de las que es arduo obviar el Constitucional). Diálogo alentado por el carácter facultativo de la consulta y por la eficacia no vinculante de la opinión.

Muchos comentaristas y la más autorizada doctrina confían en un replanteamiento por parte del legislador italiano; en caso contrario, las posibilidades de una integración sucesiva del listado de sujetos legitimados a pedir opiniones consultivas al TEDH utilizando los instrumentos de la interpretación y la actividad jurisprudencial parecen remotas (aunque algunos autores sostengan esta última teoría[27]).

Merece la pena entonces, para concluir, evidenciar como esta disciplina puede crear una situación en la que en un ordenamiento jurídico se le reconozca al Juez constitucional la legitimación para plantear cuestiones de inconstitucionalidad ante sí mismo y cuestiones prejudiciales ante la Corte de Luxemburgo, pero al mismo tiempo el máximo intérprete de la Constitución quede fuera de este listado por elección del legislador nacional, como en el caso italiano.

1.2 El carácter obligatorio o facultativo del planteamiento

El segundo aspecto que tenemos que analizar atañe a la naturaleza obligatoria o facultativa de las solicitudes de intervención del TEDH a través del mecanismo *ex* Protocolo n. 16.

En este procedimiento, los "Altos Tribunales" (o "Altas Jurisdicciones", según la traducción que se haga) que hayan sido elegidos como sujetos legitimados en el momento de la ratificación, tienen la facultad de solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo, pero nunca una obligación. En la "Memoria explicativa" se afirma, en efecto, que dichas autoridades "pueden" pedir el parecer al Tribunal: "*la solicitud es facultativa y en ningún caso obligatoria*". E incluso que "*A este propósito es importante también evidenciar que la autoridad jurisdiccional que presente la petición puede renunciar en cualquier momento*"[28].

Las razones de esta elección, que diferencia la prejudicial europea de aquellas constitucional y eurounitaria, según algunos comentaristas, se averiguan en la distinta tipología de las normas objeto de estos instrumentos. En el caso del Derecho de la Unión Europea, por ejemplo, se trata de una regulación muy específica que necesita una interpretación uniforme para todos los Estados miembros; las normas del Convenio Europeo, sin embargo, se caracterizan por un contenido más amplio e imponen, en la mayoría de los casos, obligaciones sobre el "resultado", y no averiguar una solución igual para todos. Por el contrario, siempre que lleguen a aquel resultado, se permiten soluciones diferentes, reconociendo un "margen de apreciación" a los Estados miembros[29].

27 - En este sentido se ha expresado RIVERA, I. *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 470.

28 - Introducción a la Memoria (o Relación) explicativa al Protocolo n. 16 al CEDH, n. 7.

29 - Entre otros, v. PIRRONE, P. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., p. 3 y ss.; DE SENA, P. *Caratteri e prospettive del prot. 16 Cedu* cit., p. 7-8. Sobre el tema del margen de apreciación estatal en el contexto del Consejo de Europa, pueden verse: GARCÍA ROCA, J. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derecho Humanos : soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2010; GARCÍA ROCA, J. *Soberanía estatal versus integración europea mediante unos derechos fundamentales comunes : ¿cuál es el margen de apreciación nacional?*, en GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales : de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009; GARCÍA ROCA, J. *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos : soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 117-143.

En este sistema de prejudicial europea, el juez "no seleccionado" entre los legitimados en el momento de la ratificación del Protocolo n. 16, no tendrá ninguna posibilidad de pedir opiniones interpretativas a la Corte de Estrasburgo. Las únicas posibilidades para los órganos judiciales "inferiores" serían entonces esperar que a través del sistema de recursos la "más alta" jurisdicción se demuestre sensible ante la misma duda, de un lado, o, de otro, plantear al Juez constitucional una cuestión de constitucionalidad y solicitarle la petición de la opinión consultiva al TEDH, creando una suerte de vinculo virtuoso entre la prejudicial constitucional y la europea.

Sin embargo, en situaciones como la italiana en la que, por lo menos hasta ahora, la Corte constitucional no ha sido incluida entre los "Altos Tribunales" habilitados a solicitar el parecer del Juez Europeo, no se ofrece esta segunda opción a los jueces ordinarios[30].

Puede ser oportuno evidenciar que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, la labor de realización y difusión de los principios y valores fundamentales confiada a las autoridades jurisdiccionales legitimadas para activar este mecanismo se cumple probablemente en medida insuficiente. En efecto, el instrumento previsto en el Protocolo n. 16 al CEDH se convertiría en un instrumento orientado más bien a un diálogo entre autoridades judiciales en la cumbre de los ordenamientos jurídicos que deja aislados a la mayor parte de los jueces nacionales, además de quedar en la disposición de las fuerzas políticas el acceso (o una futura privación del mismo) a su planteamiento, probablemente con un excesivo grado de precisión.

1.3 El objeto

Por lo que concierne al objeto de la consulta prejudicial que estoy analizando, el art. 1.1 del Protocolo n. 16 afirma que serán las "*cuestiones de principio relativas a la interpretación o aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus protocolos*". La "Memoria explicativa" se limita a precisar que "*el Tribunal interpretará la definición en el momento de decidir si admitir o no la solicitud de una opinión consultiva*"[31].

Un procedimiento en el que un Tribunal, cuya intervención es requerida por otro órgano jurisdiccional para poder cumplir con su tarea, se pronuncia en abstracto sobre "cuestiones de principio", pero con fundamento en un caso concreto que tiene que ser especificado ante ese Tribunal y que constituye la *occasio* para la expedición de la opinión, evoca en cierta medida la cuestión incidental de constitucionalidad. Una petición, en definitiva, que se refiere a un caso específico aunque concierna a situaciones y problemáticas más generales, que se concretan en el supuesto del proceso *a quo*.

30 - Merece una mención la reflexión de CHIARLONI, S., *Il Prot. 16 Cedu. Un passo ulteriore verso il governo dei giudici?*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo* cit., p. 45, que sostiene que de todas formas si el juez ordinario no encontrara una interpretación conforme a Constitución de la norma sobre la que tiene también una duda interpretativa en relación con el Convenio, de nada serviría la respuesta de Estrasburgo, pues el órgano judicial debería sucesivamente plantear de todos modos la cuestión de legitimidad constitucional ante la Corte constitucional, dado que no tiene la facultad de inaplicar la normativa nacional que contraste con el CEDH.

31 - Ya he evidenciado en las páginas anteriores el amplio margen de discrecionalidad que esta regulación deja en las manos del Tribunal Europeo.

Desde otro ángulo, el referirse a la interpretación solo de la regulación de derechos y libertades incluidos en el CEDH (y no entonces de la normativa nacional), el mecanismo europeo recuerda el sistema de reenvío prejudicial del ordenamiento eurounitario y, justo con fundamento en aquella experiencia, nos hace pensar que en la praxis también el parecer de la Corte de Estrasburgo terminará por extenderse a la conformidad de las normas internas con el Convenio.

La circunstancia que levanta más dudas es la posibilidad que el Tribunal Europeo tenga la capacidad de atender a un ámbito interpretativo exclusivamente abstracto, cuando hasta ahora ha desempeñado sus funciones decidiendo sobre casos concretos[32].

De un lado, entonces, la opinión no puede pedirse para encontrar la solución del caso concreto, dado que de esta forma no se respetaría la naturaleza subsidiaria de la intervención del TEDH en la protección de los derechos; de otro, sin embrago, el parecer no puede ser completamente "abstracto", pues encuentra su origen en un caso concreto. Por estas razones se ha afirmado que la Corte europea tendrá que proporcionar indicaciones de principio al juez nacional, siendo luego tarea de este último deducir las consideraciones y las consecuencias oportunas para adaptar el principio al caso específico y llegara a su solución[33].

1.4 El contradictorio y el rol de las partes en el juicio a quo y ante el Tribunal de Estrasburgo

Me centraré ahora en el rol de las partes y en la posibilidad de que se cree un contradictorio ante el TEDH en ocasión del planteamiento de una opinión consultiva prevista en el Protocolo n. 16.

Sobre ese particular, se ha optado generalmente por interpretar que la solicitud de opinión consultiva puede ser planteada de oficio por la "Alta Jurisdicción" pero también, aunque existe silencio en el Protocolo n. 16 sobre este punto[34], que pueda surgir a instancia de parte.

Por lo que concierne al contradictorio ante la Corte Europea, el art. 3 del Protocolo indica algunos sujetos a los que se les reconoce el "*derecho de presentar observaciones por escrito y de participar en las vistas*": el Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa y el Estado al que pertenece la jurisdicción que ha planteado la petición de parecer.

El mismo artículo prevé la posibilidad para el Presidente del Tribunal Europeo de invitar "*otras partes contrayentes o personas a presentar observaciones por escrito o a participar en las vistas*". Se trata, por tanto, de una mera posibilidad, dejada a la discrecionalidad del Presidente, que decidirá (verosímilmente) en razón del contenido de la opinión solicitada y de sus consecuencias y efectos en el juicio nacional en el que se originó la prejudicial[35].

32 - CENTAMORE, G.; AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione* cit., p. 6; CANNIZZARO, E. *Pareri consultivi e altre forme di cooperazione giudiziaria* cit., p. 84.

33 - SORRENTI, G. *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali* cit., p. 159.

34 - Art. 1.1: "*Las más Altas Jurisdicciones de una Alta parte contrayente, designadas conforme al art. 10, pueden presentar al Tribunal solicitudes de opiniones consultivas [...]*".

35 - En sentido crítico v. ODDI, A. *La nuova funzione consultiva della Corte europea* cit., p. 4, que afirma que también a las partes del juicio principal se habría tenido que reconocer el derecho a presentar observaciones escritas y a participar en las vistas.

Es casi cierto que los sujetos a los que se les solicite participar estarán presentes como *amici curiae*[36], pues se especifica en la normativa que la decisión del Presidente se tomará "*en consideración de una buena administración de la justicia*".

La alusión a unas "personas" sin más especificaciones puede sin duda incluir, aunque no de forma exclusiva y excluyente para otras, las partes del juicio *a quo*; en el "*Rapport explicatif*", párrafo n. 20, se lee a este respecto: "*podemos esperarnos que las partes involucradas en el proceso en cuyo ámbito se ha solicitado la opinión consultiva serán invitadas a participar en el procedimiento*".

El Tribunal de Estrasburgo ha precisado además que, para garantizar el respeto del principio de igualdad, se propone añadir una disposición específica en su reglamento que establezca que las partes del juicio *a quo* se inviten de oficio a personarse ante ella misma en ocasión del proceso consultivo-prejudicial[37].

1.5 La decisión y sus efectos

Sobre los efectos de las decisiones que terminan el procedimiento ante la Corte de Estrasburgo *ex* Protocolo n. 16, merece la pena analizar, aunque sea sólo sumariamente, el procedimiento establecido en el mismo para la fase ante el Tribunal Europeo, es decir una vez que la solicitud de opinión consultiva haya llegado a Estrasburgo.

Esta se compone de dos momentos diferentes que se cierran con dos resoluciones distintas: una fase que se podría denominar de admisibilidad de la solicitud y una segunda, cuando la primera haya concluido en sentido positivo, relativa propiamente a la emisión de la opinión consultiva sobre cuestiones de principio referentes al contenido del Convenio.

La primera fase se confía a cinco jueces de la Gran Sala, que tendrán que emitir una decisión motivada sobre el respeto de las condiciones previstas en el Protocolo n. 16. En realidad, como se extrae de la lectura de este documento, los requisitos de admisibilidad de la solicitud no están fijados con precisión. Se puede presumir que la inadmisión pueda ser decretada principalmente por razones procesales, como, por ejemplo, la falta de legitimación del sujeto que pide el parecer, la insuficiencia de la motivación o la falta de alegaciones sobre el contexto jurídico y fáctico (ambos requeridos *ex* art. 1.3 del Protocolo), etc.

Se puede pensar también – en analogía con lo que sucede en las prejudiciales constitucional y ante el TJUE – en una inadmisibilidad por razones que conciernen al fondo. Me refiero al caso de la falta manifiesta de fundamento, en aquellos supuestos en los que el Tribunal Europeo haya ya sentado doctrina a través de un caso similar o idéntico, o cuando la duda tenga una solución clara (*acte clair* y *acte eclarê*).

36 - ASTA, G. *Il protocollo n. 16 alla Cedu* cit., p. 781.

37 - *Avis de la Cour sur le projet d protocole n. 16 à la Convention élargissant la competence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétacion de la Convention*, párrafo n. 11.

Una vez superado el filtro de admisibilidad, la Corte de Estrasburgo dictará su opinión motivada; el art. 4.2 del Protocolo establece que, si no hubiera unanimidad de pareceres, cada Juez tiene el derecho de expresar su opinión "separada"[38].

Un antiguo y muy renombrado Juez del Tribunal Europeo ha observado como este, muy probablemente, utilizará en sus respuestas a las consultas fórmulas genéricas, de manera que se permita al juez nacional llevar a cabo las consideraciones oportunas para adaptar la interpretación proporcionada a las circunstancias del caso concreto y, añadiríamos, del específico ordenamiento jurídico[39].

Huelga repetir que las opiniones consultivas del Tribunal Europeo no tienen efectos vinculantes para el juez remitente, ni para el país al que este pertenece, según lo establecido en el art. 5 del Protocolo n. 16[40].

En la "Memoria explicativa" del Protocolo se afirma que las opiniones se insertan en un contexto de diálogo entre el TEDH y las autoridades jurisdiccionales nacionales y que "*el órgano remitente decide sobre los efectos de la opinión consultiva en el procedimiento nacional*".

Se precisa, asimismo, que – y nos parece consecuente y más que congruente con lo que acabamos de mencionar – las opiniones no surtirán efectos en los eventuales recursos de apelaciones sucesivos; sin embargo, sí "*formarán parte de la jurisprudencia del Tribunal Europeo, junto con las sentencias y las decisiones. La interpretación del Convenio y de sus protocolos contenida en dichas opiniones consultivas tendrá los mismos efectos que los principios interpretativos establecidos por el Tribunal en las sentencias y en las decisiones*".

Estas afirmaciones, consideradas conjuntamente con la jurisprudencia constitucional italiana y española que impone a los jueces ordinarios entender los contenidos del Convenio según la interpretación proporcionada por el Tribunal Europeo en sus decisiones, otorgan un valor diferente de la simple naturaleza "no vinculante" a la eficacia de las opiniones consultivas[41].

Ciertamente la "interpretación conforme" que provenga de Estrasburgo no puede llegar a tener los efectos de la de Luxemburgo; es decir: no podrá claramente consentir al juez nacional inaplicar, con fundamento en una opinión consultiva, el Derecho interno. No obstante, la lectura proporcionada por el Tribunal Europeo podrá sin duda orientar una interpretación del juez ordinario conforme al Convenio o inducir al mismo a plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Constitucional denunciando la violación de las obligaciones internacionales.

38 - Sobre este particular, ZAGREBELSKY, V. (*Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani* cit., p. 95) recuerda que hasta la fecha en los casos en los que se ha utilizado el instrumento de consulta *ex* art. 47 CEDH, la praxis ha sido de no emitir opiniones disidentes, para proporcionar una única y unitaria respuesta al remitente.

39 - ZAGREBELSKY, V. *Parere consultivo della Corte europea dei diritti umani*, cit., p. 96.

40 - Sobre las razones de fondo de esta elección, puede verse, entre otros: SORRENTI, G., *Un'altra cerniera tra giurisdizioni statali e Corti sovranazionali?* cit., pp. 156 y ss., que afirma que estos efectos son consecuencia lógica del carácter genérico propio de las opiniones de principio proporcionadas por el TEDH.

41 - Pueden encontrarse algunas consideraciones sobre este aspecto en PIRRONE, P., *Il protocollo n. 16 alla Convenzione* cit., 5, que considera que, en el caso en el que el juez ordinario quiera descostarse de la interpretación del TEDH, estará obligado a motivar su decisión.

Sea como fuere, la doctrina no ha tardado en evidenciar como la taxatividad de la afirmación de la falta de eficacia vinculante de los pareceres puede reducirse ulteriormente en razón de otro factor[42]. A saber: es la Gran Sala quien responde a la consulta. La parte del juicio nacional interesada en el respeto del contenido de la interpretación proporcionada por el TEDH, en el caso en el que el juez ordinario no lo haga, puede recurrir, en vía contenciosa, a la misma Corte de Estrasburgo[43], que, en aquel caso, se "quitará el traje" de simple órgano consultivo para ponerse el de órgano decisorio. Y, dado que quien viste estos distintos trajes es la misma institución, es muy alta la probabilidad que la segunda decisión vaya en la misma línea que la primera.

2. CONCLUSIONES

La introducción del instrumento analizado en esta breve intervención supone, a todas luces, el incremento de los mecanismos propio del "dialogo entre Tribunales" en materia de protección de derechos fundamentales.

Además de las breves conclusiones a las que me he referido en los comentarios a los distintos epígrafes, merece la pena a este punto preguntarse si la posibilidad de pedir opiniones consultiva, según las características evidenciadas en las paginas anteriores, potencia y realiza un refuerzo en dicho diálogo o si, antes bien, se trata de añadir un procedimiento que termina por entorpecer esa cooperación internacional.

En efecto, si es verdad que, entre los diferentes instrumentos empleados para la realización práctica del "diálogo", a la doctrina no ha pasado desapercibida la especial relevancia que ha adquirido el mecanismo de la prejudicialidad[44], no hay certezas sobre la utilidad de predisponer tantos procedimientos distintos para logran una tutela eficaz de los derechos.

Los mecanismos prejudiciales, como es notorio, han logrado un rol de preeminencia tanto a nivel interno, a saber, con la utilización constante del control incidental de constitucionalidad de las leyes, que ha instaurado una relación virtuosa entre el juez ordinario y las Cortes constitucionales, como en ámbito supranacional, respecto de las relaciones entre los jueces nacionales y el Tribunal de Justicia, en aplicación del art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Y hoy en día, tenemos al centro del debate el Protocolo n. 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prevé esa nueva posibilidad de un reenvío prejudicial a la Corte de Estrasburgo para obtener unas directrices de interpretación del CEDH.

42 - Entre otros: LANA, A.G. *Il protocollo n. 16 alla Convenzione europea* cit., p. 5; RIVERA, I. *Il protocollo n. 16 Cedu* cit., pp. 468 y ss.; MARCHETTI, B., I*l Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa* cit., pp. 61 y ss.; RUGGERI, A., *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti* cit., p. 10. Algunos autores (RIVERA, I., *Il Protocollo n. 16 Cedu* cit., p. 460.

43 - En la "Relación explicativa" del Protocolo n. 16 se declara que la emisión de una opinión consultiva "*no impide que una de las partes pueda ejercitar posteriormente su derecho a un recurso individual [...] ante el Tribunal. No obstante, si el recurso se propone después de la emisión de una opinión consultiva del Tribunal que se haya respetado, se considera que los elementos del recurso que conciernan a las cuestiones abarcadas en la opinión consultiva tienen que declararse inadmisibles [...]*".

44 - Entre otros: REALE, M.C.; BORRACCETTI, M. *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008; ROMBOLI, R. *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, p. 431 y ss.

La progresiva afirmación del método del diálogo ha producido consecuencias en las modalidades de actuación del juez nacional, ordinario y constitucional, en su papel de "garante" de la protección de los derechos fundamentales. Entre otras cuestiones relevantes, una es por ejemplo la relación entre la utilización de estos mecanismos supranacionales y el control, siempre prejudicial, de las leyes en vía incidental al que acabo de referirme. Baste pensar en todo el debate que ha suscitado la denominada "doble prejudicialidad", a saber, la necesidad de elegir un orden de prioridad entre las cuestiones de inconstitucionalidad nacionales y las cuestiones prejudiciales ente el Tribunal de Luxemburgo cuando sobre una misma norma el juez tenga dudas de conformidad con la Constitución y con el Derecho de la UE[45].

El diálogo entre aplicadores e intérpretes que operan en distintos niveles de tutela y a través de diferentes cauces procesales ha producido, en efecto, una consecuencia que algunos autores han descrito como una sensación de confusión, de desorientación del juez nacional en su rol de protección de los derechos[46], pues este sujeto tiene que llevar a cabo actuaciones distintas según tenga que verificar la relación (y sobre todo las posibles contradicciones) entre la ley nacional y la Constitución de su País, entre la misma ley y el CEDH, o entre la ley y el Derecho eurounitario.

En cada uno de estos supuestos, el juez nacional deberá actuar según unas precisas reglas procesales y recurriendo ante un determinado Tribunal. La sensación de "desorientación" a la que se ha aludido, puede conducirle a elegir plantear un tipo de recurso propio de una de las tres relaciones ahora indicadas, cuando sin embargo habría tenido que actuar de conformidad con los procedimientos previstos para otra.

Estas reflexiones han actualizado en algunos autores una nueva concepción y clasificación de los modelos de justicia constitucional o, más en general, de protección de los derechos, dado que estos se originaron según las necesidades concretas de momentos históricos que hoy podemos, en muchos casos, considerar superados[47].

A pesar de todo ello, el balance del "diálogo" puede valorarse en sentido muy positivo. Así, por ejemplo, se advierte la trascendencia que ha tenido el Convenio (y la jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo), de un lado, al servir de norma "interpuesta" para proponer cuestiones de inconstitucionalidad fundadas en la presunta violación del mismo y, de otro, cuando se ha procurado proporcionar una interpretación de la ley nacional conforme a la Constitución y al CEDH por parte de los jueces ordinarios. Asimismo, no puede olvidarse que los Tribunales constitucionales del entorno europeo utilizan constantemente la jurisprudencia del TEDH y las interpre-

45 - CARTABIA, M. *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, en *Foro italiano*, 1997, V, p. 222 y ss.; GHERA, F. *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 y ss. Más recientemente, en la doctrina española, CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L. *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, p. 173-194; COMELLA, V., *El problema del "doble vicio" en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, p. 57-61.

46 - GALLO, F. *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.

47 - ROMBOLI, R. *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, en Rassegna n. 3/2014, pp. 1 y ss., que propone la introducción de una organización de tipo enteramente difuso o de una dual, parecida al modelo peruano, en el que se prevé de forma paralela tanto un sistema concentrado como uno difuso.

taciones del contenido de los derechos del Convenio proporcionadas por aquel para fundar sus decisiones en materia de violación de los derechos fundamentales, en algunos casos por expresa previsión constitucional (como en España, *ex* art. 10.2 CE).

Por todo lo expuesto, la introducción de un instrumento a través del cual la Corte de Estrasburgo pueda aclarar la interpretación del contenido del CEDH, en un dialogo directo con las Altas jurisdicciones nacionales, no puede que recibirse con entusiasmo.

REFERENCIAS

AGOSTINI, B. *Protocollo XVI alla Convenzione europea dei diritti umani: osservazioni generali*, en *Diritto penale contemporaneo*, 2014.

ASTA, G. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: chiave di volta del sistema europeo di tutela dei diritti umani?*, en La Comunità internazionale, 2013, 4, p. 773 y ss.

BARNABO', M. *La nuova competenza consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo alla luce del Protocollo n. 16 alla Convenzione dei diritti dell'uomo*, en Federalismi.it, 2013, n. 4.

BIAGI, F. *Corti costituzionali e transizioni democratiche. Tre generazioni a confronto*, Il Mulino, Bologna, 2016.

CARTABIA, M. *Considerazioni sulla posizione del giudice comune di fronte a casi di «doppia pregiudizialità», comunitaria e costituzionale*, en *Foro italiano*, 1997, V, p. 222 y ss.

CARTABIA, M. *The multilevel protection of fundamental rights in Europe: the European pluralism and the need for a judicial dialogue*, en CASONATO, C. (Coord.), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Università degli Studi di Trento, Trento, 2004.

CARTABIA, M.; WEILER, J.H.H. *L'Italia in Europa*, Il Mulino, Bologna, 2000.

CASTELLÁ ANDREU, J.M. *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, en APARICIO, M.A. (coord.), *Derechos constitucionales y formas políticas*, Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico, CEDES, Estudios Constitucionales y Políticos, Madrid, 2001, p. 141-164.

COMELLA, V. *El problema del "doble vicio" en que pueden incurrir las leyes nacionales: infracción de la Constitución e infracción del Derecho de la Unión Europea. A propósito del caso Melki*, en *Foro de actualidad*, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, n. 28, 2011, p. 57-61.

CONTI, R. *Il sistema di tutela multilivello e l'interazione tra ordinamento interno e fonti sovranazionali*, en Questione Giustizia, fasc. 4/2016, p. 89 y ss.

CONTI, R. *La richiesta di "parere consultivo" alla Corte europea delle Alte corti introdotto dal Protocollo n. 16 annesso alla Cedu ed il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia Ue. Prove d'orchestra per una nomofilachia europea*, en Consultaonline, 2014, p. 6.

CRUZ VILLALÓN, P. *Rights in Europe: The Crowded House*, Centre of European Law, Working Papers in European Law, Working Paper 01/2012, King's College London, 2012, p. 1-20.

CRUZ VILLALÓN, P. y REQUEJO PAGÉS, J. L. *La relación entre la cuestión prejudicial y la cuestión de inconstitucionalidad*, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n. 50, enero-abril, 2015, p. 173-194.

DANI, M. Il diritto pubblico europeo nella prospettiva dei conflitti, Cedam, Padova, 2013.

DE VERGOTTINI, G. *Oltre il dialogo tra le Corti*, Il Mulino, Bologna, 2010.

GALLO, F. *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu*, Bruxelles 24 de mayo de 2012, en www.cortecostituzionale.it/relazioniinternazionali.it.

GAMBINO, S. *Vantaggi e limiti della protezione* multilevel *dei diritti e delle libertà fondamentali, fra diritto dell'Unione, convenzioni internazionali e costituzioni nazionali*, en *www.forumcostituzionale.it*, 2015.

GARCÍA ROCA, J. *La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, en *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, 2007, p. 117-143.

GARCÍA ROCA, J.; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A. (Coords.), *Integración europea a través de derechos fundamentales : de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2009.

GHERA, F. *Pregiudiziale comunitaria, pregiudiziale costituzionale e valore di precedente delle sentenze interpretative della Corte di giustizia*, en *Giur. cost.*, 2000, p. 1193 y ss.

GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2015.

LÓPEZ GUERRA, L. *Los Protocolos de reforma n. 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *Revista Española de Derecho europeo*, n. 49, enero-marzo, 2014, p. 12.

MALFATTI, E. *I "livelli" di tutela dei diritti fondamentali nella dimensione europea*, Giappichelli, Torino, 2015.

MARCHETTI, B. *Il Prot. 16 Cedu e la giurisdizione amministrativa*, en LAMARQUE, E. (Coord.), *La richiesta di pareri consultivi alla Corte di Strasburgo da parte delle più alte giurisdizioni nazionali. Prime riflessioni in vista della ratifica del Protocollo 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, p. 68 y ss.

MARCHINI, M. *Il Protocollo n. 16 alla Cedu: affinità e divergenze con il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, en Eurojus.it, 13 de noviembre de 2014.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. *La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos*, en *Revista de Administración Pública*, nº. 137, 1995, p. 7-30.

MONTESINOS PADILLA, C. *La tutela multinivel de los derechos desde una perspectiva jurídico procesal*, Tirant lo Blanch, 2017.

ODDI, A. *La nuova funzione consultiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (appunti introduttivi)*, en Eius, 4 luglio 2016.

PIRRONE, P. *Il Protocollo n. 16 alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: i pareri pregiudiziali della Corte di Strasburgo*, en *Leggi d'Italia Legale*, 2017.

POLLICINO, O. *La Corte costituzionale è una "alta giurisdizione nazionale" ai fini della richiesta di parere alla Corte Edu ex Protocollo 16?*, en Forumcostituzionale, 2 aprile 2014.

RANDAZZO, B., *Sussidiarietà della tutela convenzionale e nuove prove di dialogo tra le Corti. Parrillo c. Italia: novità in tela di accessibilità del giudizio costituzionale dopo le 'sentenze gemelle' (e la sent. n. 49 del 2015)*, en Diritti umani e diritto internazionale, 2015, p. 617 y ss.

REALE, M.C.; BORRACCETTI, M. *Da giudice a giudice. Il dialogo fra giudice italiano e Corte di giustizia delle comunità europee*, Milano, Giuffrè, 2008; ROMBOLI, R. *Corte di giustizia e giudici nazionali: il rinvio pregiudiziale come strumento di dialogo*, en CIANCIO (Coord.), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, p. 431 y ss.

RIVERA, I., *Il protocollo n. 16 Cedu e la richiesta di parere consultivo ovvero una forma di "rinvio convenzionale" alla Corte di Strasburgo: alcune considerazioni a tre anni dall'adozione*, en Studi sull'integrazione europea, 2016, 455.

ROMBOLI, R. *I differenti livelli di protezione dei diritti: un invito a ripensare i modelli*, en *Forum di Quaderni costituzionali*, en Rassegna n. 3/2014, p. 1 y ss.

RUGGERI, A. *Ragionando sui possibili sviluppi dei rapporti tra le Corti europee e i giudici nazionali (con specifico riguardo all'adesione dell'Unione alla Cedu e all'entrata in vigore del prot. 16)*, en Riv. AIC, 7 de febrero de 2014.

SICILIANOS, L.A. *L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, en *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, n. 97, 2014, p. 9-29.

SORRENTINO, F. *La tutela multilivello dei diritti*, en *Riv. it. dir. pub. com.*, 2005, p. 365 y ss.; RUGGERI, A., *La tutela «multilivello» dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, en *Politica del diritto*, fasc. 3, 2007, p. 317 y ss.

SORRENTINO, F. *Nuovi profili costituzionali dei rapporti tra diritto interno e diritto internazionale e comunitario*, en *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2002, p. 1355 y ss.

SPERTI, A., *Il dialogo tra le corti costituzionali ed il ricorso alla comparazione nell'esperienza più recente*, en *Rivista di diritto costituzionale*, 2006, p. 125 y ss.

TESAURO, G., *Il dialogo tra giudice italiano e corti europee*, en BALDUCCI, C., SERRANO, M. L. (Coord.), Atti del Convegno Nuovi assetti delle fonti del diritto del lavoro, CASPUR-CIBER Publishing - Pubblicazioni Ecosostenibili. Disponibile en: http://caspur-ciberpublishing.it/.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL. REFLEXIONES AL HILO DE LA STC 26/2014[1]

Ana Carmona Contreras[2]

SUMÁRIO: Introducción; 1. La proyección externa de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y su problemática inserción en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia; 2. El Tribunal Constitucional ante el espejo de los contralímites: Un exceso prescindible; 3. La incorporación de la vertiente europea de los derechos fundamentales a través del artículo 10.2 CE: Una insuficiencia perfectible; 4. Reflexiones finales; Referencias.

1 - Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación I+D, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad "Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales" (DER2017-83779-P).

2 - Catedrática de Derecho Constitucional. Universidad de Sevilla.

INTRODUCCIÓN

La sentencia 26/2014, objeto del presente trabajo ofrece una valiosa oportunidad para analizar cómo afronta el Tribunal Constitucional (TC) la tarea de ajustar su comprensión del derecho a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 CE) del condenado en rebeldía ante una orden europea de entrega formulada por el poder judicial de un Estado miembro, acomodándola a las exigencias contenidas en la decisión adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el asunto Melloni.

Y es que el recurso de amparo resuelto por nuestro Alto Tribunal dando cumplimiento a dicha sentencia concita en torno a sí una serie de elementos que merecen ser objeto de atención: Empezando por el hecho de que la sentencia del TJUE ejecutada por el TC ve la luz en el contexto del Tratado de Lisboa, donde el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia (EELSJ) ha abandonado su originario perfil intergubernamental para insertarse en el campo de la integración y en el que, además, los derechos fundamentales proclamados por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión (concernidos por el asunto tratado) han alcanzado la mayoría de edad jurídica, por efecto de lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado de la Unión. A la novedad de ese transformado escenario jurídico europeo debe sumarse otra circunstancia, ésta de cuño interno, igualmente novedosa, a saber: La sentencia que resuelve el recurso de amparo trae causa de la primera cuestión prejudicial planteada por el Tribunal ante sus colegas de Luxemburgo. Atendiendo a las respuestas recibidas a sus preguntas, nuestro Alto Tribunal queda constreñido a realizar un giro radical en su jurisprudencia precedente en la materia y procede a acoger las pautas configuradoras acuñadas en sede europea. Va a ser precisamente en la actitud adoptada por el TC a la hora de asumir dicho entendimiento en donde se encuentran los aspectos de la sentencia que serán objeto de atención preferente en nuestro análisis. Me refiero a la concurrencia de déficits y excesos interpretativos que ponen de manifiesto un cierto desenfoque argumental a cargo del TC en el desempeño de su tarea. Desenfoque que, como se verá, concentra su virtualidad en el *modus operandi* utilizado y no tanto en el resultado final obtenido: la aceptación por el TC de la doctrina formulada por el TJUE.

1. LA PROYECCIÓN EXTERNA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU PROBLEMÁTICA INSERCIÓN EN EL ESPACIO EUROPEO DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

A modo de encuadre previo que permite ubicar el caso comentado en su contexto general de referencia es preciso recordar que en la resolución de un recurso de amparo en el que se discutía sobre el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías recogido en el artículo 24.2 de la Constitución, la Sentencia 91/2000 del Tribunal Constitucional introdujo en nuestro ordenamiento la denominada doctrina de la vulneración indirecta del contenido absoluto de los derechos fundamentales. Mostrando una clara intención de extender la tutela de los mismos más allá de las fronteras nacionales, el máximo interprete de la Constitución argumentó que en el supuesto de que un juez español procediera a extraditar a un condenado *in absentia* por delitos muy graves sin condicionar expresamente dicha entrega a la celebración de un nuevo juicio (esta vez, en presencia del sujeto en cuestión) ante los tribunales del país requirente ello generaría una lesión del contenido absoluto del referido derecho fundamental.

El criterio argumental básico sobre el que pivota tal consideración apunta a la necesidad irrenunciable de preservar la dignidad humana que forma parte del referido contenido absoluto del derecho a un proceso justo también *ad extra*. De esta forma, la aplicación de los derechos fundamentales en lo atinente a dicho núcleo basilar no ve limitado su radio de acción exclusivamente al ámbito nacional resultando exigibles, asimismo, frente a poderes públicos no españoles.

Ahora bien, ya desde el momento de su formulación la vis expansiva inherente a este planteamiento fue objeto de controversia en el Tribunal Constitucional[3], en cuyo seno se alzaron voces discrepantes apuntando la problemática que el mismo traía aparejada. En tal sentido, el voto particular suscrito por el (entonces) presidente, P. Cruz Villalón a la STC 91/2000 vino a enfatizar de modo muy certero que la doctrina del contenido absoluto y la vulneración indirecta de los derechos fundamentales carecía en gran medida de justificación objetiva, tornándose innecesaria en el marco de la comunidad integrada de derechos y libertades creada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Una comunidad que aparece sustentada sobre la base de un sustrato común, de una cultura compartida de derechos fundamentales en la que el estándar de protección resulta equivalente para todos los Estados que la componen y de cuya tutela se encarga, en última instancia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) con sede en Estrasburgo. Un espacio compartido en el que, por lo tanto, un Estado no puede imponer a los demás su propio parámetro de protección de los derechos fundamentales.

Por su parte, la creación por el Tratado de Ámsterdam del Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia basado en los principios de confianza recíproca y reconocimiento mutuo de sentencias entre los Estados miembros de la Unión no generó cambio alguno, constatándose la existencia de una línea esencialmente continuista por parte de la jurisprudencia del TC. Por más que, como pusiera de manifiesto el magistrado P. Pérez Tremps en su voto particular a la STC 199/2009, dicha línea quedaba desprovista de apoyo a la luz de la posición asumida por el TEDH a partir de su sentencia en el asunto Bosphorus (2005) en la que procedió a aplicar la doctrina de la "protección equivalente" y de la "presunción de convencionalidad" al derecho de la Unión Europea.

Es en este contexto de inmovilismo interpretativo en el que se produjo la aprobación de la Decisión Marco 2002/258/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002 que regula la Orden Europea de Detención y Entrega y en la que se vino a introducirse un mecanismo prácticamente automático de extradición entre los Estados miembros: la Euroorden. Como elemento relevante a reseñar ha de recordarse que en dicha normativa aparecía recogida como causa facultativa de excepción de la obligación judicial de entrega la hipótesis de la condena producida en rebeldia (artículo 5[4]), ya que ello permitió sortear el conflicto latente en términos formales, evitando el choque interpretativo entre la previsión europea y la solución ofrecida por la jurisprudencia es-

3 - Ni tampoco de la doctrina constitucional, entre la que se alzaron múltiples voces discrepantes señalando las aristas problemáticas de tal interpretación. En tal sentido, vid. REY MARTÍNEZ, Fernando. «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, p. 289-335.

4 - Artículo 5: "La ejecución de la orden de detención europea por parte de la autoridad judicial de ejecución podrá supeditarse, con arreglo al Derecho del Estado miembro de ejecución, a una de las condiciones siguientes:1) cuando la orden de detención europea se hubiere dictado a efectos de ejecutar una pena o una medida de seguridad privativas de libertad impuestas mediante resolución dictada en rebeldía, y si la persona afectada no ha sido citada personalmente o informada de otra manera de la fecha y el lugar de la audiencia que llevó a la resolución dictada en rebeldía, la entrega estará sujeta a la condición de que la autoridad judicial emisora dé garantías que se consideren suficientes para asegurar a la persona que sea objeto de la orden de detención europea que tendrá la posibilidad de pedir un nuevo proceso que salvaguarde los derechos de la defensa en el Estado miembro emisor y estar presente en la vista;"

pañola. Una solución que, sin embargo, no encontraba acomodo en sede normativa, puesto que la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, por la que se procedía a la transposición de la Decisión Marco en el ordenamiento español no recogía entre las causas de denegación de la entrega los casos de condena en rebeldía. La constatación de tal silencio legislativo, sin embargo, no fue óbice para que el TC siguiera aplicando su doctrina de la vulneración indirecta del contenido absoluto del derecho a un proceso justo, lo cual volvió a generar discrepancias en el seno del TC, según se desprende expresamente de los votos particulares formulados por los magistrados Pérez Tremps y Rodríguez-Zapata a la STC 199/2009.

Se trataba, empero, del aplazamiento de un choque que estaba llamado a producirse a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, dado que en esta nueva etapa del derecho de la Unión el EELSJ queda despojado del carácter intergubernamental[5] que mostraba originariamente y, asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión obtiene carta de naturaleza constitucional al atribuírsele el mismo valor que a los tratados (artículo 6.1 TUE). Estamos, pues, en un contexto jurídico profundamente transformado en el que la doctrina de las vulneraciones indirectas acuñada por el TC encaraba su recta final al no encontrar acomodo en el marco de la nueva configuración del EELSJ. Mucho más obvia se tornó esta percepción tras la modificación de la Decisión Marco acaecida en 2009[6], puesto que a través de la misma quedo eliminada la originaria potestad judicial de entrega facultativa pasando a establecer (artículo 4 bis) la entrega necesaria de aquellos condenados en rebeldía que (1) renunciaron a estar presentes en el juicio aun habiendo tenido conocimiento del mismo con suficiente antelación; (2) que contaron con asistencia letrada y que (3) notificada la resolución judicial declinaron su derecho a impugnarla.

A la luz de tales previsiones, la cuenta atrás quedaba activada. Fue en 2011[7] cuando se produjo el punto de inflexión decisivo, dado que el TC hubo de enfrentarse a la resolución del recurso de amparo interpuesto por el Stefano Melloni contra el Auto de la Audiencia Nacional que ordenaba su entrega al Tribunal de apelación de Bolonia para el cumplimiento de una condena impuesta en rebeldía. Alegaba el recurrente la inconstitucionalidad de la orden de entrega recurrida, al producir la vulneración indirecta del contenido absoluto de su derecho fundamental a un proceso justo según queda establecido en el artículo 24.2 CE.

Llegados a este punto, ante la concurrencia del renovado escenario jurídico europeo ya apuntado, desprovisto del más mínimo asidero normativo en la regulación del derecho derivado y consciente del deber de cumplimiento de las previsiones recogidas en el mismo (primacía obliga) al TC español sólo le cabían dos opciones: (1) Tomar nota de la situación jurídica europea y

5 - El artículo 3.2 TUE dispone: "La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia". Por su parte, el artículo 67 TFUE dispone que "La Unión constituye un espacio de libertad, seguridad y justicia dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros" (inciso 1). En concordancia con tal afirmación, se prevé los siguiente (inciso 3): "La Unión se esforzará por garantizar un nivel elevado de seguridad mediante medidas de prevención de la delincuencia, el racismo y la xenofobia y de lucha en contra de ellos, medidas de coordinación y cooperación entre autoridades policiales y judiciales y otras autoridades competentes, así como mediante el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia penal y, si es necesario, mediante la aproximación de las legislaciones penales".

6 - DM 2009/299/JAI, del Consejo, de 26 de febrero.

7 - Ya en la STC 199/2009 se alude a la existencia de la nueva regulación introducida en la Decisión Marco tras la reforma de 2009 si bien se excluyó su aplicación en el caso tratado al no haber sido todavía incorporada al derecho interno. Asimismo, se apela a la circunstancia de que la orden europea de entrega emitida por el juez rumano se produjo estando vigente todavía la DM en su versión originaria.

abandonar por su propia iniciativa la doctrina de las vulneraciones indirectas en el ámbito de la Euroorden o, por el contrario, (2) jugarse la carta del diálogo judicial e interpelar al TJUE. Como es sabido, se siguió esta segunda vía y nuestro Alto Tribunal, superando su tradicional reluctancia a dirigirse a la Corte de Luxemburgo y reconociéndose como "órgano jurisdiccional" a los efectos del artículo 267 TUE vino a presentar su primera cuestión prejudicial ante la jurisdicción de Luxemburgo (Auto 86/2011)[8].

Las preguntas formuladas por el TC ante la instancia judicial europea fueron las siguientes: (1) Si bien es obvio que no cabe denegar la entrega, ¿permite la nueva previsión de la Decisión Marco condicionar la entrega del condenado en rebeldía a la celebración de un nuevo juicio?; (2) En caso de que no se permita supeditar la entrega, ¿tal previsión no lesiona los derechos de defensa y a un juicio justo recogidos por los artículos 47[9] y 48.2[10] CDFUE?; (3) Si la respuesta a la anterior duda fuera de signo negativo, entonces, ¿no sería posible una interpretación del artículo 53 CDFUE[11] que permita a los Estados miembros mantener un estándar más elevado de protección frente a lo dispuesto en sede europea?

Ninguna de las opciones sugeridas fue acogida en sede judicial europea, la cual en su sentencia de 16 de febrero de 2013 (Gran Sala), C-399/2011, Asunto Melloni no sólo procedió a rechazarlas de forma contundente[12] sino que, además, hizo gala de una escasa y criticable deferencia institucional hacia nuestro Alto Tribunal[13]. La apelación al espíritu inspirador de la reforma de la Decisión Marco en 2009, así como la voluntad de superar las distorsiones que en el avance de la construcción de un Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia se derivan de la facultad potestativa de denegación de la entrega reconocida a los jueces nacionales servirán como argumentos determinantes que cierran el paso a la admisión de la hipótesis del condicionamiento de la entrega sugerida por el órgano judicial interpelante.

8 - El magistrado P. Pérez Tremps formuló un voto particular contra la decisión de plantear la cuestión prejudicial al considerar que "en el presente caso los criterios que la doctrina del propio Tribunal Constitucional determina como integrantes del parámetro de enjuiciamiento interno que en su día deberá realizar hace innecesario suscitar cuestión alguna, ni de validez ni de interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

9 - "Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo".

10 - "Se garantiza a todo acusado el respeto de los derechos de la defensa".

11 - "Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros".

12 - En este sentido, vid. las consideraciones críticas manifestadas por KOMAREK, Jiric, «The place of Constitutional Courts in the European Union», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. 9, 2013, p. 433, considerando que ante una cuestión prejudicial planteada por un TC que exige una respuesta completa, el TJUE debe responder de forma adecuada. Lo cual, sin embargo, como sigue razonando el autor, no se constata en la Sentencia Melloni, en donde la Corte de Luxemburgo opta por un «estilo cartesiano» (utilizando la expresión acuñada por Weiler) que aplica un razonamiento jurídico que trae consigo la inevitabilidad de una serie de resultados y que, como contrapartida, «deja muchas preguntas sin resolver».

13 - Entre nosotros, DÍAZ-HOCHLEITNER, Javier. «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión Europea?», *Papeles de derecho europeo e integración regional*, *WP IDEIR*, núm.17, 2013, p. 28 y 36, así lo pone de manifiesto. En opinión de dicho autor, la parquedad del TJUE en su argumentación, así como la falta de respuestas ante las diversas opciones interpretativas sugeridas por el TC en relación al artículo 53 de la Carta "no son de recibo". Por su parte, MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni (C-399/11)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, p. 34, sostiene una valoración todavía más crítica cuando al referirse a la escasa empatía institucional demostrada por el TJUE la considera "similar, efectivamente, a la de un tubérculo".

Por su parte, la referencia a la jurisprudencia del TEDH en relación con los requisitos que han de cumplir las condenas dictadas en rebeldía para considerar garantizado el derecho a un proceso equitativo (artículo 6 CEDH) opera como punto esencial de referencia que valida la nueva regulación europea. Una regulación que si bien supone una clara rebaja en el estándar de tutela con respecto a la precedente de 2002, no merece la reprobación del TJUE al ajustarse y respetar ese insoslayable umbral mínimo de protección que supone el Convenio (artículo 52.3 CDFUE[14]). En lo que al artículo 53 de la Carta se refiere, éste recibe una lectura interpretativa que viene a situar en primer término la necesidad de preservar la "primacía, unidad y efectividad" de las previsiones europeas por parte de los Estados miembros cuando éstos se mueven dentro del ámbito de aplicación de aquéllas. Consecuentemente, las disposiciones internas que acuñan un nivel más amplio de protección quedan irremisiblemente desplazadas sin que puedan ser aplicadas por los jueces nacionales. En el caso de regulación europea armonizada, esto es, aquella que veta cualquier resquicio a la discrecionalidad de los Estados miembros en las tareas de implementación y aplicación, la solución indicada se deduce de forma automática (es el caso de la Euroorden) e independientemente del rango de la norma nacional más garantista. Por el contrario, cuando la previsión UE aparezca despojada de tal cualidad armonizadora, los ordenamientos internos quedan habilitados para introducir elementos diferenciales que garanticen un mayor grado de tutela. Eso sí, este plus añadido de protección interna viene condicionado siempre y en todo caso por el deber (incuestionable) de respetar la primacía, efectividad y unidad (Asunto Akerberg Fransson[15]).

El tenor argumental utilizado por el TJUE en el asunto Melloni eliminó definitivamente cualquier resquicio de duda en torno a la viabilidad de la doctrina del contenido absoluto y las violaciones indirectas patrocinadas por el TC español en el ámbito de las entregas de los condenados en rebeldía. El momento de la verdad europea había llegado y con él debía procederse en consecuencia: Así se hizo y la STC 26/2014 dando aplicación a dicha resolución, procede a revocar su anterior doctrina y, por lo tanto, deniega al señor Melloni el recurso de amparo impetrado.

Sucintamente planteados los elementos centrales en los que se ubica el caso de referencia, a continuación dedicaremos nuestra atención a analizar y valorar la contribución realizada por la STC 26/2014 a la construcción de un espacio integrado de derechos en el ordenamiento español. Una resolución que, como se verá manifiesta una actitud desenfocada ante la inserción de los derechos fundamentales UE en el espacio jurídico interno, la cual se deriva de una aproximación que pone de manifiesto notables deficiencias argumentales. De esta forma, aunque el resultado final alcanzado cumple con las directrices marcadas en la STJUE Melloni (la doctrina de las vulneraciones indirectas queda revocada) no logra ocultar lo discutible que resulta el iter discursivo que conduce al mismo.

14 - "En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa".

15 - STUE de 26 de febrero de 2013 (Gran Sala), C-617/10, Asunto Akerberg Fransson. En este caso, a diferencia de lo que sucedía en Melloni, la falta de normas armonizadoras en relación con la materia concernida por el Derecho de la Unión es utilizado por el TJUE para permitir que las autoridades nacionales puedan aplicar un estándar más elevado de protección siempre, claro está, que ello no suponga un menoscabo de la primacía, unidad y efectividad de aquél.

2. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL ESPEJO DE LOS CONTRALÍMITES: UN EXCESO PRESCINDIBLE

En la sentencia 26/2014 el TC sitúa en primer término la doctrina de los contralímites elaborada en su Decisión 1/2004 que, como se recordará se produjo en relación el Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa[16]. A tal efecto, dicha doctrina va a ser utilizada como herramienta argumental que permitirá "completar la respuesta" ofrecida por el TJUE a la cuestión prejudicial planteada (FJ 3). Ya de entrada, debe ponerse de manifiesto la perplejidad que causa el hecho de que el TC considere que la sentencia adoptada por la Corte de Luxemburgo requiera ser completada, dado que nada hay en la misma que esté necesitado de complemento. Antes bien, la única actividad que dicha resolución impone es su correcta aplicación en el ordenamiento interno, cumpliendo efectivamente sus previsiones[17]. Por otra parte, y aplicando una perspectiva más amplia, aun cuando se aceptase la necesidad del referido complemento no se alcanza a entender en qué contribuye o qué concreto servicio presta la doctrina de los contralímites a la resolución del caso tratado. Y es que, como es sabido, a través de dicha construcción teórica las jurisdicciones constitucionales nacionales proceden a individualizar una serie de espacios materiales recogidos en sede constitucional que resultan inaccesibles al proceso de integración. Los contralímites actúan, pues, como reducto inmune a la cesión de soberanía a favor de la Unión[18].

En el caso de España, el TC consideró que cabe deducir dichos espacios del artículo 93 de la Constitución, si bien con carácter implícito dado que en su texto no figuran de forma expresa. Sobre la base de tal constatación de partida[19], los diques resistentes a la integración se identifican con "el respeto de la soberanía del Estado, de nuestras estructuras constitucionales básicas y del sistema de valores y principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución, en el que los derechos fundamentales adquieren sustantividad propia" (DT 1/20014, FJ 2).

A partir de tal recordatorio, el TC va a desarrollar su razonamiento afirmando que la primacía en la que se fundamenta el derecho de la Unión ha de respetar las referidas estructuras básicas, incluidos los derechos fundamentales. Para el caso en que se produjera un supuesto de colisión entre ambos vectores, hipótesis que el mismo tribunal considera "difícilmente concebible", su superación deberá llevarse a cabo aplicando la hoja de ruta establecida a tal efecto, a saber: Habría que acudir en primer lugar a los cauces previstos por el ordenamiento de la Unión (sic. impetrar cuestiones prejudiciales), dando la palabra sobre la validez de las normas europeas al Tri-

16 - Los comentarios doctrinales que analizan el contenido de la referida decisión son abundantes. Para un completo análisis se recomienda especialmente LÓPEZ CASTILLO, Antonio. «La Unión Europea "en Constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, de 2004», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 2004, *in toto.*

17 - En un sentido similar se pronuncia SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro. «La Constitución española y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un análisis desde la jurisprudencia constitucional», en PENDÁS, Benigno (director), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018, p. 2137, señalando justamente que "la sentencia del Tribunal de Justicia no es solo de utilidad, antes bien, es vinculante para el TC".

18 - Sobre el entendimiento originario de la cláusula de los contralímites por parte de sus dos valedores principales, el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht*) y la Corte Constitucional italiana, vid. VECCHIO, Fausto. *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades nacionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, BOE, Madrid, 2015, p. 45-68.

19 - Que supone incorporar a la tradicional dimensión orgánico-procedimental del artículo 93 CE una nueva vertiente de naturaleza material o sustantiva.

bunal de Luxemburgo. Sólo si este primer circuito de tutela no funcionase mostrándose incapaz de eludir el "choque inconciliable", quedaría expedita la vía para que el TC aborde la cuestión "a través de los procedimientos constitucionales pertinentes" en aras de garantizar "la conservación de la soberanía del Estado español" (DTC 1/2004, FJ 4).

Teniendo presente la construcción de los contralímites diseñada por el TC hemos de insistir una vez más en la idea de que su aplicación en el caso presente no resulta pertinente. No desde una perspectiva sustancial, ciertamente, puesto que no se ha constatado la existencia del requerido choque inconciliable entre ordenamientos. Más bien sucede lo contrario, puesto que la respuesta del TJUE solventa la disparidad jurídica preexistente. Aplicando una perspectiva procedimental la conclusión que emerge es igualmente crítica, puesto que lejos de apreciar que los mecanismos de resolución de conflicto existentes en la Unión no hayan funcionado se constata precisamente lo contrario: Buena prueba de ello es el planteamiento por el TC de la cuestión prejudicial al TJUE. La no concurrencia de los requisitos formulados por el TC para su activación despojan la apelación a los contralímites de base. Habiendo actuado de tal manera, coincidimos con la valoración crítica que mantiene la Magistrada A. Asúa en su voto particular concurrente, cuando afirma que estamos ante una referencia "fuera de lugar" e "injustificada" de la que la mayoría debería haber prescindido, ya con la misma se evidencia una "posición defensiva" frente a la decisión del TJUE que a la postre denota una "implícita resistencia" a acogerla (VP, punto 2).

3. LA INCORPORACIÓN DE LA VERTIENTE EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A TRAVÉS DEL ARTÍCULO 10.2 CE: UNA INSUFICIENCIA PERFECTIBLE

Un segundo núcleo argumental de la STC 26/2014 merecedor de crítica nos sitúa ante el reducido valor jurídico atribuido a la resolución del TJUE[20]. Y para confirmarlo así se desprende ya desde la afirmación inicial del TC en la que se le atribuye "gran utilidad" de cara a "determinar el contenido a un proceso con todas las garantías también en casos de extradición" (FJ 2). Una utilidad que, por lo que a eficacia jurídica se refiere, se concreta en su consideración como mero canon hermenéutico, esto es, como parámetro indirecto de constitucionalidad al que acude el TC.

La base normativa en la que descansa dicha consideración es el artículo 10.2 CE, que alberga un expreso mandato interpretativo de los derechos fundamentales atendiendo a los tratados internacionales en la materia suscritos por España. Sobre la base de tal aproximación el Tribunal procederá a revisar su doctrina de las vulneraciones indirectas, tomando en consideración que las previsiones del CEDH y la CDFUE, en tanto que disposiciones de derecho internacional concernidas, se articulan "como elementos esenciales a la hora de interpretar el contenido absoluto del derecho fundamental a un proceso con las debidas garantías" proporcionado "criterios hermenéuticos" que permiten su delimitación (FJ 4).

Queda claro, pues, que para el Tribunal la discusión jurídica planteada no discurre por los cauces marcados por la cesión de competencias (artículo 93 CE) en un ámbito temá-

20 - En un sentido contrario se pronuncia MATIA PORTILLA, Francisco Javier. Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, p. 507, considerando que "el Tribunal Constitucional ha jugado de forma muy inteligente sus cartas".

tico que, como la ejecución de la Euroorden, entra de lleno en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y en el que, por lo tanto, se impone la primacía. Asimismo, en una nueva manifestación de percepción desenfocada del tema no va a considerar el TC que la CDFUE es una norma de derecho europeo sino, antes bien, un tratado de internacional en la línea del CEDH y a su misma altura jurídica[21]. El círculo argumental vendrá a cerrarse enlazando con la idea inicial de partida y procediendo a estimar que la sentencia del TJUE, como las del TEDH (ambas en un nivel similar), no tiene aplicación directa en nuestro ordenamiento –desplazando la norma contraria (en este caso, la jurisprudencia) que se opone a la previsión europea- sino que, por el contrario, reduce su eficacia a la de herramienta hermenéutica (artículo 10.2 CE)[22].

Hemos de reiterar que este modo de razonar no nos parece adecuado, tanto porque ignora las exigencias que se derivan de la integración europea (atribución de primacía a los derechos fundamentales UE en su ámbito de aplicación[23]) como también y sobre todo porque se aparta de lo establecido por la Constitución española (cesión del ejercicio competencias soberanas[24]). Así lo ponen de manifiesto los votos particulares concurrentes suscritos por las magistradas A. Asúa y E. Roca. Centrándonos específicamente en el voto de esta última, compartimos la idea de que ante la existencia de un claro entrecruzamiento de competencias en materia de derechos fundamentales entre el TC y el TJUE, aquél opta por no reconocer claramente las de éste. Precisamente, tal incapacidad es la que va a permitirle soslayar intencionadamente que el cambio de doctrina producido "es consecuencia inmediata de la STJUE que resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por el TC" (VP, punto 2). Al socaire de tal planteamiento, sigue razonando la magistrada discrepante, queda expedita la vía para no "aplicar abiertamente el estándar común marcado por el TJUE" y acudir al expediente jurídicamente erróneo de considerar a la CDFUE como un tratado internacional (VP, punto 3). Nada más lejos de la realidad, puesto que la Carta es derecho europeo y afirma su valor de norma primaria dentro del ámbito de competencias cedidas por los Estados miembros. Desde tal perspectiva, la interpretación de la Eurooden emanada del TJUE no puede ser considerada canon hermenéutico o parámetro indirecto de constitucionalidad sino criterio vinculante dotado de eficacia inmediata para los poderes internos, incluido el TC. Al no aplicar abiertamente el estándar común establecido en sede judicial europea el Alto Tribunal niega la relevancia constitucional de la tutela interna de

21 - En este punto el TC sigue su jurisprudencia precedente, elaborada en la etapa previa a la entrada en vigor de la Carta y en la que los derechos fundamentales de la Unión eran fruto directo de la elaboración pretoriana del TJUE y se configuraban como principios generales del derecho procedentes de las tradiciones constitucionales comunes. En dicha fase, el TC se acogió a la cláusula interpretativa del artículo 10.2 CE para incorporarlos a nuestro ordenamiento. En tal sentido, vid. las STC 28 y 64/1991, 130/1995. También, vid. la STC 292/2000, en la que antes de la proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales por el Tratado de Niza, se encuentra una referencia a la misma y a su valor interpretativo.

22 - Coincidimos con la apreciación formulada por UGARTEMENDIA, Juan Ignacio y RIPOL, Santiago. *El TC en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, Oñati, IVAP, 2017, p. 75, subrayando que "este entendimiento, válido sin duda cuando la CDFUE carecía de fuerza vinculante, no parece ya suficiente porque ahora, cuando nos hallemos en el ámbito de aplicación del Derecho de la UE, los jueces nacionales, en tanto que jueces comunitarios, quedan obligados directamente por la CDFUE".

23 - Así se desprende del juego combinado entre los artículos 6.1 TUE y 51 CDFUE.

24 - En un sentido coincidente, RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, Miryam. «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 136, afirma que "el TC se opone a asumir que hay una atribución de competencias en materia de derechos fundamentales y que esta otorga a las disposiciones de la Carta, y a la interpretación del TJUE, un carácter imperativo no solo, y esta es la cuestión crucial, de cara a su aplicación por parte de los jueces y tribunales, sino también en lo que se refiere a la su propia labor de tutela individual de derechos fundamentales".

los derechos fundamentales de la Unión[25], operando bajo la ficción de considerar que únicamente se plantea la necesidad de tutelar un derecho fundamental recogido en sede constitucional interna[26].

4. REFLEXIONES FINALES

Concluido el recorrido analítico de la STC 26/2014 resulta necesario llevar a cabo algunas consideraciones conclusivas sobre la percepción que mantiene el TC en relación con la inserción de los derechos fundamentales UE en nuestro ordenamiento. En primer lugar, vaya por delante una vez más que el valor vinculante de la CDFUE dentro de su ámbito de aplicación, así como la interpretación realizada por el TJUE no es susceptible de ser exceptuada por los órganos jurisdiccionales internos, incluidos los Tribunales Constitucionales[27]. La STJUE en el caso Melloni afirma de forma explícita que una vez cedida la competencia en materia de derechos fundamentales, el principio de primacía está llamado a activarse sin que quepa ser cuestionado. Esto impide oponer desde la instancia nacional una excepción basada en la existencia de un estándar mayor de protección si actuando de tal manera se pone en peligro la triada "primacía-unidad-efectividad" que acompaña al derecho de la Unión.

Tal constatación, sin embargo, como afirma el propio TJUE debe ser objeto de una atenta consideración, circunscribiendo sus efectos únicamente al terreno de las competencias cedidas y al ámbito de aplicación y no como una proclamación de desistimiento general. Porque por lo que respecta a aquellas parcelas relativas a los derechos fundamentales no cubiertas por la acción del derecho europeo, los Estados siguen manteniendo el radio de acción delimitado por sus Constituciones internas. Consecuentemente, la competencia de la justicia constitucional en tales supuestos se mantiene inalterada. Teniendo presente este planteamiento, el TC vuelve a sorprender cuando, apartándose de lo que dictaría la lógica, no se limita a circunscribir los efectos de la revocación de su doctrina al ámbito de aplicación del derecho europeo sino que haciendo gala de un injustificado exceso interpretativo, los extiende *tout court*[28]. Consecuentemente, se estima que no se produce la vulneración indirecta del contenido absoluto del derecho a un

25 - MATIA PORTILLA, Francisco Javier. «Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional», *ob. cit.*, p. 517 considera adecuada tal situación, puesto que "el Tribunal Constitucional no está dispensando amparo alguno en relación con derechos recogidos en la Carta de la Unión, sino de un derecho fundamental recogido la Constitución española, de la que es su supremo intérprete, y siendo también el máximo responsable de que se haya tutelado dicho derecho fundamental en el caso concreto que enjuicia. Y es que el Tribunal, en puridad, no está sometido sino a la Constitución y a la Ley Orgánica que regula su funcionamiento (arts. 123.1 CE y 1 LOTC)".

26 - Actuando de tal manera se produce el fenómeno que UGARTEMENDIA, Juan Ignacio y RIPOL, Santiago. *El TC en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales, ob. cit.*, p. 84, denominan "negación de la doble personalidad iusfundamental del juez nacional" (vinculación al derecho europeo y a las prescripciones constitucionales). Negación que se deriva del hecho de que "el Tribunal no se plantea el problema de que el Juez nacional debe tutelar el DFUE a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías según es entendido en el Derecho europeo".

27 - ROCA, Encarna y GARCÍA COUSO, Susana. «¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017, p. 543.

28 - Coincidimos con la apreciación de SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro. «La Constitución española y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un análisis desde la jurisprudencia constitucional», *ob.cit.*, p. 2130 apuntando que es precisamente en supuestos de esta índole, en los que la actuación del Estado no aparece ubicada dentro del ámbito de aplicación del derecho de la Unión (sic. en los que la primacía no se activa), cuando resultaría pertinente el recurso al valor hermenéutico de la Carta dentro de nuestro ordenamiento.

proceso con las debidas garantías cuando se atiendan las peticiones de extradición de personas condenadas en rebeldía procedentes de países no integrantes de la Unión sin condicionarlas a la celebración de un nuevo juicio. Lo injustificado de tal planteamiento será objeto de crítica por parte de los votos particulares concurrentes formulados tanto por la magistrada E. Roca y como por el magistrado A. Ollero.

Volviendo al terreno del derecho de la Unión, objeto central que nos ocupa, consideramos imprescindible que el Tribunal Constitucional se muestre capaz de adaptar su *modus operandi* a las exigencias derivadas del proceso de construcción de un espacio integrado de derechos fundamentales. El planteamiento de la cuestión prejudicial en 2011 ante el TJUE supuso un importante punto de inflexión, poniendo de manifiesto una dinámica europeizadota también en relación con la jurisdicción constitucional que, de este modo, acepta la existencia de una pluralidad de jurisdicciones en la tutela de los derechos que operan en el espacio europeo. Abierta la vía del diálogo, sin embargo, la actitud defensiva asumida por el TC proyecta importantes sombras sobre el resultado final alcanzado. Parafraseando las palabras del magistrado A. Ollero en su voto particular concurrente no "parece que la mejor manera de inaugurar lo que se vislumbra como un laborioso diálogo de tribunales entre el constitucional español y el de justicia de la Unión Europea sea prestarle innecesariamente aires de monólogo con obligado asentimiento" (VP, punto 2). Máxime cuando dicho asentimiento se produce al albur de vías indirectas y subterfugios argumentales que no se corresponden con la lógica de la cesión de competencias que también opera en la esfera de los derechos fundamentales. Y mucho menos, cuando el Tribunal recurre a un argumento de trascendencia excepcional como es la apelación a la doctrina de los contralímites. No resulta discutible que ante la existencia de una norma europea que vulnerase los valores fundamentales o las estructuras básicas de nuestro sistema constitucional que no fuese objeto de depuración por el TJUE, la jurisdicción constitucional estaría llamada a activar ese último reducto de protección frente a la integración[29]. Pero sin llegar a dicho extremo, apelar a dicha competencia supone más un signo de debilidad que de fortaleza institucional.

REFERENCIAS

CASTILLO, Antonio. «La Unión Europea "en Constitución" y la Constitución estatal en (espera de) reformas. A propósito de la DTC 1/2004, de 13 de diciembre, de 2004», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 15, 2004.

DÍAZ-HOCHLEITNER, Javier. «El derecho a la última palabra: ¿Tribunales Constitucionales o Tribunal de Justicia de la Unión Europea?», *Papeles de derecho europeo e integración regional*, *WP IDEIR*, núm.17, 2013, p. 28 y 36.

KOMAREK, Jiric, «The place of Constitutional Courts in the European Union», *European Constitutional Law Review*, núm. 3, vol. 9, 2013, p. 433.

29 - UGARTEMENDIA, Juan Ignacio y RIPOL, Santiago. El TC en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales, ob. cit., p. 188-189.

MARTÍN RODRÍGUEZ, Pablo. «Crónica de una muerte anunciada: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 26 de febrero de 2013, Stefano Melloni (C-399/11)», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 30, 2013, p. 34.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier. Primacía del derecho de la Unión y derechos constitucionales. En defensa del Tribunal Constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 2016, p. 507.

REY MARTÍNEZ, Fernando. «El problema constitucional de la extradición de condenados en contumacia. Comentario de la STC 91/2000 y concordantes», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 5, 2000, p. 289-335.

ROCA, Encarna y GARCÍA COUSO, Susana. «¿Es real el diálogo entre tribunales? Cuestión prejudicial y control de constitucionalidad por vulneración de derechos y libertades fundamentales», *Teoría y realidad constitucional*, núm. 39, 2017, p. 543.

RODRÍGUEZ-IZQUIERDO, Miryam. «Pluralidad de jurisdicciones y tutela de derechos: los efectos de la integración europea sobre la relación entre el juez ordinario y el Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 107, 2016, p. 136.

SÁIZ ARNÁIZ, Alejandro. «La Constitución española y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: Un análisis desde la jurisprudencia constitucional», en PENDÁS, Benigno (director), *España constitucional (1978-2018). Trayectorias y perspectivas III*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2018.

UGARTEMENDIA, Juan Ignacio y RIPOL, Santiago. *El TC en la encrucijada europea de los Derechos Fundamentales*, Oñati, IVAP, 2017.

VECCHIO, Fausto. *Primacía del derecho europeo y salvaguarda de las identidades nacionales. Consecuencias asimétricas de la europeización de los contralímites*, BOE, Madrid, 2015.

ARTIGO TRADUZIDO

ETNOGRAFIA CONSTITUCIONAL: UMA INTRODUÇÃO[1]

Kim Lane Scheppele[2]

(Tradução de Thiago Pádua)[3]

1 - Publicação original: SCHEPPELE, Kim Lane. Constitutional Ethnography: An Introduction. *Law & Society Review*, vol. 38, n. 3, 2004. Utiliza-se, nesta Tradução, o paradigma da contextualização, ao invés da tradução literal, a partir da influência de Gregory Rabassa sobre estilos e traduções, em seu famoso livro: *If Tis Be treason:* translation and Its Dyscontents.

2 - PhD em Sociologia pela Universidade de Chicago. Professora de Sociologia e Relações Internacionais no Centro Universitário para Valores Humanos e no Woodrow Wilson School, em Princeton.

3 - Pesquisador e membro do CBEC – Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais. Doutorando e Mestre em Direito. Professor de Direito Constitucional (UDF). Advogado.

Quando o famoso paleontólogo Stephen Jay Gould foi diagnosticado com uma forma rara de câncer, ele foi informado por seu médico de que tinha oito meses para viver. Mas, sendo um cientista que compreendia estatísticas, ele percebeu que o médico estava lhe dizendo a tendência central de uma distribuição, ao invés de uma previsão individualizada da trajetória de sua vida individual. Ele, como ser humano, não se importava com taxas agregadas de mortalidade, mas com o que iria acontecer a *ele*. Queria saber o que poderia fazer concretamente para aumentar sua probabilidade de viver mais. Para isso, as estatísticas gerais não foram particularmente úteis, porque indicaram apenas uma simples correlação entre a data do diagnóstico e a data da morte. Elas não disseram nada sobre todos os demais fatores que permitiriam que algum caso específico aparecesse na longa linha de distribuição da mortalidade, que é onde um indivíduo em particular gostaria de estar. Assim, Gould começou a tentar desagregar as estatísticas, observando:

> A variação é a dura realidade, e não um conjunto de medidas imperfeitas para uma tendência central. Meios e medianas são as abstrações... Eu tive que me colocar no meio da variação. (GOULD, 1991: 476)

Coisas imprevisíveis ocorreram, melhorando seu prognóstico. Novos tratamentos de câncer tornaram-se disponíveis; ele também notou que ter uma boa atitude ajuda. Tendo sido diagnosticado com menos de um ano de vida, Gould conseguiu prosperar outros 20 anos antes de sucumbir a uma forma completamente diferente de câncer (DUNN, 2002).

A lição de Gould também se aplica aos regimes constitucionais. Tipicamente, o acadêmico, o cidadão e o político se importam com ordenamentos constitucionais, um de cada vez, como indivíduos que se importam com suas próprias trajetórias de vida. E, às vezes, o inesperado e o contingente importam mais do que os padrões gerais na determinação sobre o que ocorre em casos individuais. É limitada a perspectiva, portanto, de se dizer que a expectativa de vida de um regime com representação proporcional no legislativo seria maior do que a expectativa de vida de um regime com distritos eleitorais em que os vencedores levam tudo. Ou que certos mecanismos de seleção judiciária estão correlacionados com um tipo particular de ativismo judicial. O que a maioria das pessoas quer saber sobre as Constituições é se Alemanha, Taiwan ou Nigéria se sairiam melhor se suas constituições contivessem essas características, e não apenas se os regimes, de uma maneira geral, funcionariam melhor com um tipo de desenho em vez de outro. Ou, alternativamente, pode-se querer saber quais são os diferentes problemas inerentes a determinados arranjos constitucionais (por exemplo, a instabilidade que pode ser causada por descontrolados votos de desconfiança ou os perigos que se seguem quando o executivo, sozinho, pode declarar um estado de defesa) para que se possa proteger contra patologias constitucionais. Para isso, saber como as regras constitucionais se comportam a partir de um punhado de variáveis, abstraídas de seu contexto, pode dizer muito pouco. Novos conhecimentos podem surgir ao longo de uma trajetória constitucional; características particulares do estado individual ajudam ou prejudicam de maneiras que não podem ser correlacionadas em nenhum modelo.

A questão urgente nos estudos constitucionais é, tipicamente, saber se as experiências de alguns contextos constitucionais são úteis para o entendimento de outros, e que dependerão da similaridade com outros sistemas, se eles lidaram com os mesmos tipos de problemas históricos, se eles desenharam suas ideias constitucionais a partir da mesma fonte. Naturalmente, pode-se

chegar mais perto de ser útil desta maneira, simplesmente por se possuir um modelo com mais variáveis. Em geral, no entanto, o estudo de políticas individuais chega perto e, em detalhe, é quase sempre mais útil para aqueles que estão mais preocupados com as fraquezas e destinos de regimes constitucionais particulares do que com modelos multivariados ambiciosos nesse campo, dado que o número de países relevantes é tipicamente menor do que o número de variáveis relevantes que se deseja levar em consideração.

Quanto mais alguém se interessa por dilemas constitucionais particulares e pelo conhecimento que pode ser usado para compreendê-los, mais esse alguém pode ser atraído pela etnografia constitucional. A etnografia constitucional não pergunta sobre as grandes correlações entre as especificidades da engenharia constitucional e a eficácia de instituições específicas, mas, em vez disso, olha para as lógicas de contextos particulares como uma forma de iluminar inter-relações complexas entre os elementos políticos, jurídicos, históricos, sociais, econômicos e culturais. O objetivo da etnografia constitucional é entender melhor como os sistemas constitucionais operam, identificando os *mecanismos* por meio dos quais a governança é realizada e as *estratégias* pelas quais a governança é tentada, experimentada, resistida e revisada, tomada em profundidade histórica e contexto cultural. Embora qualquer configuração constitucional específica tenha características distintas e não generalizáveis, cada contexto constitucional também possui *lógicas* que ligam várias características específicas encontradas no caso particular em padrões cujos traços também podem ser visíveis em outros locais com diferentes manifestações específicas.

Embora a etnografia constitucional enfatize o particular, ela possui ambição teórica. A teoria é "um precursor, meio e resultado do estudo e da escrita da etnografia" (WILLIS & TRONDMAN, 2000: 7). A construção de teorias, nesse sentido, não vem, portanto, do teste de hipóteses, mas, em vez disso, da observação de relações complexas em um ambiente e, em seguida, de ver até que ponto outras configurações podem ser entendidas nesses mesmos termos. Tais comparações inevitavelmente produzem modificações que resultam da consideração do próximo caso, que pode então ser usado na análise de outros casos, e assim por diante. No final, o que se tem não é uma teoria universal de "tamanho único" ou um modelo elegante que abstrai o repertório distintivo, mas sim um conjunto de *repertórios* que podem ser encontrados em casos reais e que fornecem informações sobre como operam os regimes constitucionais. Aprendendo-se o conjunto de repertórios que a etnografia constitucional revela, pode-se ver mais profundamente os casos particulares. Além disso, temos uma noção do que esperar no futuro, embora, dada a contingência histórica de cenários particulares, não é possível realizar previsões em sentido estrito. A etnografia constitucional tem como objetivo, portanto, não predizer, mas compreender, não explicar a variação, mas a *tematização*.

Nesta edição da revista *Law & Society*, são abordados muitos países, questões e metodologias. Por causa do enfoque etnográfico deste número da revista, cada artigo inclui uma quantidade razoável de detalhes concretos sobre lugares específicos, atividades e ideias. Mas é importante compreender por que seria crucial para os leitores em geral – mesmo os leitores com uma tendência estatística –o envolvimento com alguns dos assuntos mais especializados que são abordados nos artigos desta edição: direito ao idioma estoniano ou canadense, federalismo russo, partidos políticos turcos, redação das constituições da Europa Central, direito social europeu, russos processando o estado. Cada um desses artigos toma um tópico específico em um lugar específico, identificando um mecanismo geral que pode ser extraído do estudo específico a ser adi-

cionado ao nosso catálogo de repertórios constitucionais. Além disso, cada artigo – enquanto foca um local específico – adota uma visão comparativa básica. Como resultado, cada autor contribui para uma teoria mais geral do funcionamento constitucional, não apenas fornecendo detalhes e contexto, mas também evitando o nacionalismo constitucional.

Nacionalismo constitucional? No extremo oposto do espectro dos estudos constitucionais, da abordagem do modelo multivariado, encontram-se o direito constitucional nacionalista, a história constitucional e a teoria constitucional, que tendem a prevalecer nos estudos de países isolados. Os pressupostos de uma percepção coletiva nacional comum ("nós") na audiência, para um determinado trabalho, permeiam a literatura. Geralmente, encontram-se nos estudos constitucionais de um único país, que os estudiosos tomam como certo que sua própria constituição seria o ponto de partida teórico do mundo jurídico, não pensando realmente que sua constituição nacional pode ser distintiva de maneiras relevantes para suas explicações ou similar a outras constituições, de maneiras que podem ajudá-los a ver melhor o que está acontecendo em suas políticas domésticas. Assim, uma descoberta que é retratada como constitutiva de um lugar como único e especial pode, ao invés disso, ser um indicador de que o país está sujeito a tendências visíveis em outros lugares. O aumento do ativismo judicial da Suprema Corte dos EUA nos últimos anos, por exemplo, é mais do que compensado pelo crescente ativismo dos tribunais em outras democracias constitucionais.[4] A explicação para tal ativismo nos Estados Unidos, então, deve ser atribuída apenas às atitudes de seus nove juízes (especialmente quando a maioria deles sabe muito bem o que está acontecendo em outros países)? Em razão de os pressupostos nacionalistas se enraizarem na estrutura de muitos escritos acadêmicos de constitucionalistas de um único país, tais estudos raramente são traduzidos para fora de sua língua original, e as comparações entre os sistemas políticos tornam-se ainda mais difíceis de se realizar. Diferentes conceitos, categorias e explicações nacionalmente específicas são abundantes, mas sem um núcleo comum de seu campo de ação compartilhado. Literal e conceitualmente, a etnografia constitucional é, em muitos aspectos, uma tentativa de traduzir conceitos por meio de lugares, tempos e questões de pesquisa.

Os artigos deste volume da revista são refrescantemente livres de nacionalismo constitucional. De fato, eles remontam a uma época em que se esperava daqueles que estudassem processos constitucionais que conhecessem uma série de locais, com alguns detalhes comparativos. Há uma longa história[5] de escrita etnográfica constitucional comparativa que esses artigos continuam, uma história que precede o surgimento das modernas disciplinas das ciências sociais.

A discussão mais famosa de Montesquieu sobre a separação de poderes tomou observações constitucionais comparativas como base para sua afirmação, empírica até a medula, sobre a relação entre o desenho institucional e a liberdade política do indivíduo:

> Na maioria dos reinos na Europa, o governo é moderado porque o príncipe, que detém os dois primeiros poderes [fazendo as leis e executando resoluções públicas], deixa o exercício do terceiro [julgar os crimes e as disputas entre os indivíduos] para seus súditos.

4 - Nesse sentido, as abordagens de Leslie Goldstein, 2004; Stone Sweet, 2000; Guarneri & Pederzoli, 2002; Hirschl 2004.

5 - Aviso: Esta literatura antiga não tem a autoconsciência antietnocêntrica das ciências sociais contemporâneas, o que, contrariando as sensibilidades atuais, é chocante.

> Entre os turcos, onde os três poderes estão unidos na pessoa do sultão, um despotismo atroz governa. Nas repúblicas italianas, onde os três poderes estão unidos, há menos liberdade do que em nossas monarquias. ([1748] 1989: 157)

E Walter Bagehot, no prefácio da segunda edição de seu livro clássico, "*The English Constitution*", observou que:

> Um escritor contemporâneo que tenta pintar o que está diante de seus olhos fica confuso e perplexo: o que ele vê está mudando diariamente... A dificuldade é maior porque o escritor que lida com um governo vivo naturalmente o compara com os outros governos vivos mais importantes, e estes também estão mudando.... ([1872] 1993: 268)

Bagehot tomou como sua a tarefa de compreender o governo realmente existente em sua época, o que ele não podia fazer sem se referir ao que estava ocorrendo com governos similares de outros estados modernos. De Henry Sumner Maine ([1861] 1986) à Emile Durkheim ([1893] 1984), passando por Max Weber ([1925] 1968), a observação jurídica comparativa esteve no coração de grande parte do empirismo do século XIX e início do século XX, em trabalhos que possuíam ambição teórica – não apenas no estudo do direito, mas também da sociedade, da política e da cultura. Raymond Aron ([1965] 1990), Clinton Rossiter (1948) e Carl Friedrich (1957) foram apenas alguns dos estudiosos da geração moldada pela Segunda Guerra Mundial e pelo início da Guerra Fria que continuaram essa tradição de combinar empreendimentos teóricos ambiciosos em uma ampla gama de assuntos com observação constitucional comparativa. Como certa visão da ciência evoluiu tanto na ciência política quanto na sociologia, no entanto, esse tipo de foco histórico-comparativo nos estudos constitucionais declinou em favor de uma abordagem de país único ou de uma abordagem multivariada. A etnografia constitucional tenta recuperar as tradições perdidas, quando a urdidura teórica estava intimamente ligada a investigações comparativas, históricas e jurídicas.

A etnografia constitucional abrange a nação, a cultura e o contexto como representativos de bem mais do que uma suposição de fundo. Como resultado, frequentemente se encontra a partir da etnografia constitucional que a problemática de uma nação é caracterizada por se colocarem em primeiro plano as autoconcepções nacionais na análise de questões constitucionais. Se alguém perguntar sobre a Suprema Corte dos Estados Unidos, e não apenas sobre a Suprema Corte, por exemplo, a nação entra em cena, e a relação entre a Corte e várias concepções da nação, sua história e suas interseções com outras tendências nacionais podem ser mais centrais para a investigação. Nos artigos que se seguem, os conceitos constitucionais *turcos* são elaborados juntamente com as histórias constitucionais da *Europa Central*, e assim por diante. O que os artigos compartilham e o que eles permitem que pesquisadores que trabalham em outras épocas ou em outros lugares possam ver é como ideias nacionais, locais e distintas modificam as ambições universalistas da teoria constitucional abstrata. O constitucionalismo, como resultado, surge como um conjunto de práticas nas quais as ambições transnacionais de globalização jurídica fluem e modificam a experiência vivenciada em determinados locais, e como um conjunto de práticas nas quais lugares específicos inevitavelmente alteram o que pode ser visto como significados gerais.

A escolha de uma constituição a ser estudada em etnografia constitucional, então, não é feita automaticamente pela própria cidadania ou por meio de laços pessoais de alguém. O estudo constitucional, como a etnografia, mais comumente, depende de uma escolha consciente de um local ou de locais de análise. Se alguém estuda a antiga Constituição dos EUA, ou a nova Constituição afegã, ou a constituição em mutação da Grã-Bretanha, ou as propostas para uma nova constituição Europeia, ou as constituições pós-coloniais africanas, ou as constituições latino-americanas pós-ditaduras militares, é porque seu estudo é recomendado por alguma característica dessas constituições ou políticas em questão. Isso não significa que um pesquisador não possa estudar o seu próprio regime constitucional. Mas isso significa que, ao se concentrar em qualquer regime constitucional em particular, vê-se o assunto como uma questão de escolha. Em suma, um etnógrafo constitucional escolherá deliberadamente o local para estudo constitucional devido à relação entre o local e as perguntas feitas a ele, e não apenas porque ele ou ela vive ou conhece uma ordem constitucional específica. Como os locais constitucionais são deliberadamente escolhidos na etnografia constitucional, as características mais amplas dessas ordens constitucionais entram na análise como parâmetros conscientes do estudo.

Por exemplo, Max Weber, que foi um dos principais atores na elaboração da Constituição alemã de Weimar, no final da Primeira Guerra Mundial, usou uma observação constitucional comparativa, auxiliada por sua descrição detalhada do destino da Constituição russa de 1906 ([1906]. 1995), para formar a base tanto de seu trabalho prático quanto de suas teorias mais amplas (MOMMSEN, 1984). Ele forneceu um relato histórico detalhado dos eventos na Rússia, vistos a partir da Alemanha de sua época. Em razão de sua visão temática e comparativa, e porque ele foi capaz de comparar o desenvolvimento constitucional em vários casos que ele conhecia bem, Weber não apenas iluminou o que estava acontecendo na Rússia naquela época, mas também identificou as fontes de suspeita de governo parlamentar em grande parte da Europa em geral, algo que tragicamente predisse o destino da constituição que ele tinha em mão (KENNEDY, 2004). A escolha autoconsciente de um local para a etnografia constitucional é uma atividade teórica que, por si só, permite uma compreensão mais geral dos locais específicos que se busca iluminar.

Até agora, discutimos o que a etnografia constitucional não é: uma simples análise constitucional multivariada que não seja puramente estudo constitucional nacionalista. Mas, pode-se perguntar: o que é etnografia constitucional?

Vamos tentar uma definição, por mais inadequadas que sejam as definições simples: *A etnografia constitucional é o estudo dos elementos jurídicos centrais das políticas, que utiliza* métodos capazes de recuperar os detalhes *vivenciados no cenário político-jurídico.*

Explorar os elementos dessa definição pode ajudar. A frase: "*elementos jurídicos centrais das políticas*" indica que o direito constitucional não ocupa todo o campo jurídico, mas apenas a parte do campo jurídico que constitui, regula e modula os ingredientes-chave da governança em uma sociedade. Essa frase também exige distinguir o direito da política, pelo menos em parte, porque a especificação dos "*elementos*" jurídicos da política pressupõe que há mais na política do que no direito. Mas essa frase também pressupõe que o direito não está completamente contido no conceito de política, porque, se assim o fosse, o direito não poderia existir em alguma relação reguladora da política:

> Apesar de toda a interação necessária, o direito e a política não entram em colapso entre si, e o estudo da história constitucional [e da etnografia constitucional] mostra por que é tão conceitualmente útil, quanto pragmaticamente necessário, deixar algum espaço teórico para que direito e política fiquem separados, assim como para que cada um possa ser considerado como uma influência sobre o outro. (SCHEPPELE, 2003: 5)

A parte "constitucional" da etnografia constitucional, então, identifica o complexo de relações entre o direito e a política que regula a governança. Mas, enquanto isso conduz mais obviamente os etnógrafos constitucionais a se concentrarem no Estado, áreas de direito, política e governança não precisam ser conceituadas como sendo apenas sobre o Estado, embora exija algum trabalho a identificação das estruturas político-jurídicas de governança em outras instituições sociais. Grande parte da teoria social sustenta ativamente a possibilidade de que a exploração das constituições não necessariamente limita o campo dessa maneira; como resultado disso, pode-se também usar a estrutura da etnografia constitucional para discorrer sobre a governança de corporações, famílias, grupos sociais e entidades transnacionais. Observando que, historicamente, o estudo da legalidade foi focado no poder real, Foucault pensava ser crucial separar o direito e o poder do corpo e da ideia do rei, para que esses conceitos pudessem estar preocupados "*não com o rei na sua posição central, mas com os assuntos em suas relações recíprocas; não a soberania em um edifício, mas nas múltiplas subjugações que acontecem e funcionam dentro do corpo social*" (FOUCAULT, 1997: 27). Para Weber, a constituição era compreendida "*no sentido sociológico, como o modus de distribuição de poder que determina a possibilidade de regular a ação social*" (WEBER, 1968: 330), uma definição que claramente pode ser aplicada em outros locais, e não apenas ao Estado.

A etnografia constitucional, como uma ideia geral, é relativamente agnóstica sobre o escopo e a escala apropriados do estudo dos processos de governança, bem como sobre os compromissos teóricos de fundo utilizados sobre o assunto. De fato, nos artigos contidos nesta edição, uma variedade de teorias de fundo estão em exibição, mesmo quando todos os autores tenham entendido que a etnografia constitucional era sobre o estudo do Estado. Embora eu me concentre principalmente em compreender os Estados, nesta introdução, processos análogos podem estar em ação dentro de outras instituições sociais.

E a parte etnográfica da etnografia constitucional? Embora a etnografia, em alguns contextos, signifique simplesmente trabalho de campo presencial, no local, como método primário e distintivo,[6] nos últimos anos, tal campo de estudo vem sendo associado a uma variedade de métodos que compartilham um objetivo comum. Mesmo dentro da antropologia, a disciplina mais intimamente associada à etnografia, por exemplo, os métodos histórico-arquivísticos são cada vez mais usados ao lado ou mesmo em substituição ao trabalho de campo tradicional (MERRY, 2000; MERRY, 2002; DIRKS, 2002). Se os registros escritos são suficientemente detalhados e capturam o bastante sobre instâncias específicas para permitir enxergar concretamente como funciona o direito, o poder e a governança, então parece-me que não há razão para excluir a pesquisa por métodos histórico-arquivísticos da categoria da etnografia. De fato, a combinação de métodos de arquivamento com o trabalho de campo tradicional geralmente produz uma maior riqueza de compreensão do que qualquer um deles isoladamente (COMAROFF & COMAROFF, 1992; CICOUREL, 1967).

6 - Para uma história, ver Marcus & Fisher 1986: 17-44.

E a expansão do núcleo tradicional da etnografia para outros tipos de métodos não termina aí. A observação participante, método mais associado ao trabalho de campo, sempre foi combinada com entrevistas. Mas, como apontou Kritzer (2002), entrevistas e observações não produzem o mesmo nível de detalhe ou geram o mesmo quadro das práticas pesquisadas. É provável que as entrevistas gerem menos informações sobre o contexto do que a observação, porque as perguntas diretas só podem suscitar o que, em algum nível, o pesquisador já sabe ser importante. Mas, como observa Kritzer, a observação também tem limites: alguns processos simplesmente não estão abertos aos olhos do pesquisador, ou o olho do pesquisador pode ser míope. A descoberta de detalhes em nível etnográfico, então, pode ser aprimorada por múltiplos métodos usados conjuntamente.

A propósito, o trabalho de campo sempre foi permeado por uma mistura de métodos. Como John e Jean Comaroff observaram:

> A etnografia é como muitas outras coisas nas ciências sociais; na verdade, mais do que os antropólogos frequentemente reconhecem. É um exercício multidimensional, uma co-produção de fato social e de imaginação sociológica, um envolvimento delicado do indutivo com o dedutivo, do real com o virtual, do já sabido com o surpreendente, dos verbos com substantivos, processos com produtos, do fenomenológico com o político... A chave para fazer etnografia "é, em última análise, uma questão de escala" (COMAROFF & COMAROFF, 2003: 172)

O que faz da etnografia um campo distinto de atividade de pesquisa é o compromisso de coletar *espécimes inteiros* da vida social. Espécimes inteiros? Tomando emprestado um conceito da biologia, espero captar o sentido de que o tipo relevante de conhecimento para a etnografia pode ser visto apenas no nível de detalhe capturado em formas sociais intactas, quando essas formas aparecem no campo. Um "*espécime inteiro*" é um conceito que, por si só, requer consideração teórica e dependerá das perguntas realizadas. Todo o "espécime" de um regime constitucional exigirá um quadro diferente de todo o "espécime" de um tribunal constitucional ou de um sistema eleitoral ou de um campo de atividade de grupos de interesse, ou a circulação internacional de ideias constitucionais. O crucial sobre a ideia de todo um "espécime" é que ele deve ser considerado em contexto e capturado "ao vivo" no campo, por assim dizer.

Para esclarecer, deixe-me dar um exemplo da minha própria pesquisa sobre a transformação constitucional em Estados pós-comunistas. No início, quando embarquei por um ano (que se transformou em quatro) para viver na Hungria, com a finalidade de estudar o desenvolvimento do poderoso tribunal constitucional de lá,[7] imaginei que estava estudando apenas um diálogo entre os peticionários para a Corte e as respostas que a Corte concedeu a esses peticionários, em um diálogo que produziu "direito constitucional". Mas, ao trabalhar todos os dias na Corte e ver como os juízes e os servidores do Tribunal estavam engajados em redes de influência mais amplas, tornou-se claro que o "todo o espécime" da vida constitucional húngara não era apenas a Corte e seus peticionários diretos, mas um conjunto de práticas que envolviam a relação da Corte com outras instituições de Estado na Hungria, bem como suas relações com as práticas e instituições inter-

7 - Pela Fundação Nacional da Ciência, subvenções SBE 94-11889 e SBE 95-14174 (SGER).

nacionais da comunidade transnacional de direitos humanos. Em geral, o Tribunal Constitucional húngaro considerou a separação de poderes de maneira bastante séria, e nunca, em princípio, os juízes do Tribunal dirigiram-se a outras instituições do Estado para reuniões sobre política. Em contraste, muitos, se não a maioria dos juízes do Tribunal, participavam rotineiramente de reuniões de juízes constitucionais europeus e estudiosos constitucionais, compartilhando ideias livremente. Para marcar sua conformidade com a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, um escritório especial da Corte produziu memorandos sobre a aplicabilidade da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos às questões constitucionais húngaras. Todo o "espécime" de institucionalização constitucional na Hungria, então, envolveu muito mais coisas que os arquivos e a construção da Corte, abrangendo tanto as práticas políticas domésticas quanto as audiências internacionais em diferentes proporções.

Mas essa lição não se traduz imediatamente em um modelo comum de influência constitucional, mesmo em outros estados pós-comunistas. Quando fui à Rússia, muitos anos depois, para estudar a mesma coisa[8] (os pedidos dos peticionários ao Tribunal Constitucional e a resposta da Corte aos peticionários), descobri que os limites de todo o "espécime" de institucionalização constitucional eram bastante diferentes. Apenas alguns dos juízes e funcionários profissionais falavam línguas estrangeiras e viajavam para conferências acadêmicas, e o Tribunal como um todo estava afastado da influência internacional. A maioria dos profissionais que trabalhava na Corte parecia tratar as ideias internacionais com grande suspeita. Por exemplo, embora a Rússia tenha se tornado signatária da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, alguns juízes e funcionários rotineiramente reclamavam sobre o quão impossível (alguns realmente disseram indesejável) era ter que ser obrigado por uma jurisprudência que estava escrita em língua estrangeira. Na Rússia, no entanto, surgiram influências políticas domésticas a partir da presença física de um representante da ‹"administração presidencial" e de um representante de cada casa do Parlamento, em gabinetes que eram regularmente alocados no prédio para reuniões semestrais privadas de rotina entre o presidente russo e os juízes do Tribunal, práticas que seriam impensáveis na Hungria. O que eu aprendi foi que a prática rotineira na Hungria (onde os juízes se alinharam abertamente com a comunidade internacional de direitos humanos e mantiveram as influências políticas domésticas a distância) acabou sendo quase o oposto ao adotado na Rússia (onde membros de outros ramos do governo recebiam gabinetes no prédio, mas as instituições e práticas internacionais de direitos humanos eram consideradas influências estrangeiras das quais era melhor manter distância).

É extremamente difícil imaginar a possibilidade de ter estudado tudo isso a distância, usando modelos baseados em variáveis, a menos que já se tivesse entendido como as instituições funcionavam. Eu nunca teria pensado em perguntar, com base na minha experiência na Hungria, se um representante do presidente da nação possuía um gabinete dentro da mais alta corte do país. Mas compreender como o Tribunal húngaro funcionou foi aprofundado a partir do contraste com o Tribunal russo, e vice-versa. A observação presencial e *in loco*, combinada com entrevistas e com arquivos, era a única maneira de se desvendar essas relações, e isso porque a combinação de métodos poderia reconstruir indivíduos e instituições em seus habitats naturais, por assim dizer, e permitiria visualizar sua experiência vivenciada para enxergar como toda uma variedade de influências se cruzava sobre ações, decisões e padrões concretos.

8 - Pela Fundação Nacional da Ciência, subvenção SBE 01-11963.

Dada a tendência dos modelos de produzir equívocos na ausência de conhecimento profundo, ou observação etnográfica, a partir de um modelo baseado em variáveis, eles podem ser perigosos para o entendimento, em vez de produtivos. Geralmente, quando esses modelos funcionam, é porque o pesquisador já possui um profundo conhecimento dos mecanismos potenciais em jogo, ao menos no que se refere à própria cultura constitucional do pesquisador. A análise comparativa baseada em variáveis muitas vezes extrapola uma cultura distinta de outras, de formas que podem ser seriamente equivocadas. Mas como o modelo baseado em variáveis tende a usar amostras inteiras, com as quais alguém já está familiarizado, sobre as relações encontradas, observa-se que cortá-las em pedaços, chamá-las de variáveis e então colocá-las de volta no contexto de "espécimes" com os quais não se tem conhecimento em primeira mão pode ser, sem mais, uma forma essencialmente fictícia de correlação.

Ficcional? Não é um ataque demasiado forte a essas formas de ciências sociais que aspiram a modelos? O ponto é colocado de maneira elegante pela análise da física feita por Nancy Cartwright (1983), um campo ainda mais dirigido do que os estudos sociojurídicos. Cartwright mostrou que "*equações fundamentais não governam objetos na realidade; eles apenas governam objetos em modelos*" (1983: 129). A necessidade de desagregar as observações em pedaços e simplificar o número de peças que se pode incluir em um modelo garante que o modelo nunca será literalmente verdadeiro, de acordo com Cartwright. Como resultado, um modelo que especifica a relação formal entre a, b e c pode descrever um estado factual do mundo que, na verdade, não existe em nenhuma instância individual. Daí o título dela: "*como as leis da física mentem*" ou, como ela observa: "[...] *existe uma troca entre o conteúdo factual e o poder explicativo*" (1983: 72). Modelos poderosos alcançam seu poder às custas de representar adequadamente qualquer instância individual específica. Como resultado, "*[as coisas] são feitas para parecerem iguais apenas quando não conseguimos examiná-las com muita atenção*"(1983: 19). Modelos quantitativos que enxergam as relações entre as variáveis podem descobrir "leis" que talvez não sejam verdadeiras em um único caso realmente existente.

A única maneira de representar adequadamente qualquer instância particular é representá-la como um entrelaçamento complexo e potencialmente contraditório entre instituições, indivíduos, sensibilidades, histórias e significados. Isso não impede a contagem de aspectos de todo o espécime. As constituições, por exemplo, podem ser significativamente diferenciadas pelo número de instituições estatais que estabelecem, desde o texto simples dos Estados Unidos, que estabelece explicitamente apenas um tribunal no judiciário federal, até a mais complicada Constituição sul-africana, que inclui regulamentação constitucional detalhada de muitos outros órgãos do Estado em geral e de muitos outros tribunais em particular.

Mas, às vezes, contar pode esconder o que está acontecendo, em vez de iluminá-lo. Para dar outro exemplo do meu próprio trabalho de campo, um pesquisador quantitativo, trabalhando em outro projeto, queria saber o percentual de juízes discordantes em uma variedade de causas no Tribunal, por causa da alegada hipótese de que isso revelaria a extensão do desacordo fundamental entre os juízes sobre concepções constitucionais, algo que pode variar entre culturas constitucionais. O pesquisador me pediu esse número sobre a Corte Constitucional da Hungria. Eu nunca tinha calculado esse dado quando trabalhei no Tribunal Constitucional, porque achava que não tinha sentido. Praticamente todas as decisões da Corte eram unânimes, a menos que o caso tratasse dos direitos sociais, caso em que a Corte, na época, se dividiu em 5–4, por razões ideológicas.

E como esse Tribunal não tinha jurisdição discricionária, o número de casos de previdência social que alcançaram uma cisão de 5-4 dizia mais sobre o número de peticionários levantando tais questões do que sobre a extensão do desacordo judicial ou a importância do assunto para os juízes (como revelada nos Estados Unidos, onde o mais alto tribunal tem jurisdição discricionária).

Além dos casos de assistência social, havia uma dispersão de dissidências, mas todas elas eram do mesmo juiz, que tinha amplos conflitos pessoais com o presidente da Corte naquela época. Quando esse juiz ficou muito zangado com o presidente, ele rotulou seus frequentes votos separados como discordâncias; se os outros juízes conseguissem dissuadi-lo, ele rotulava o mesmo voto de concorrente. (Essa informação veio de minhas entrevistas com os juízes, e também do trabalho no prédio, onde ataques de ressentimento por parte de juízes específicos da Corte podiam ser observados.) A taxa global de dissenso, então, era uma combinação do número real de casos de assistência social levados à Corte com o estado diário das relações pessoais entre juízes em particular. Como resultado, o número simplesmente não refletia a intensidade ou a frequência das diferenças nos valores fundamentais entre os juízes, exceto em uma questão, mas não em proporção ao número de casos que levantaram esse ponto em particular. A porcentagem de casos produzindo uma dissidência, como resultado, era um número que não podia significar o que o outro investigador poderia pensar. Em outro sistema constitucional, dependendo de uma variedade de fatores específicos, ele poderia revelar o que o investigador achasse que era. Mas a comparação entre sistemas, sem esse conhecimento detalhado, me pareceu mais perigosa do que útil.

No entanto, esse não é um ponto geral sobre métodos quantitativos, porque a compreensão de um espaço constitucional pode muito bem incluir a contagem, que pode ser tão etnográfica em espírito quanto a descrição verbal. A contagem etnográfica requer, no entanto, uma sensibilidade teórica específica e exige a incorporação dos números em uma descrição mais ampla do caso individual. Por exemplo, a porcentagem de profissionais em um tribunal superior que falam línguas estrangeiras poderia ser uma medida adequada de possíveis influências internacionais sobre esses tribunais, uma vez que, sem as habilidades de linguagem, grande parte da literatura sobre direitos humanos internacionais teria sido simplesmente inacessível para eventual consideração. Se tal sensibilidade sobre a contagem é baseada no conhecimento detalhado de instâncias particulares e na maneira como elas funcionam, não há razão baseada em princípios para excluir dados numéricos da categoria etnográfica, uma vez que a preocupação etnográfica está mais relacionada com o nível de detalhe do conhecimento do que com a forma em que este se encontra. Como resultado, quando a "etnografia" é definida como o "*método capaz de recuperar os detalhes vivos da... paisagem*", ela é ortodoxa sobre a forma e a metodologia de aquisição (observação, entrevista, leitura e contagem), enquanto ainda está identificando os tipos de coisas que devem ser vistas (o detalhe vivo da imagem).

Então, por que privilegiar o "detalhe vivido da paisagem político-jurídica" sobre outras formas de conhecimento, já que esse é o tipo de definição que faz todo o trabalho metodológico? Se a etnografia constitucional é o estudo empírico contextualmente detalhado de sistemas constitucionais particulares, juntamente com suas histórias, políticas, significados culturais e suportes sociais, seu objetivo é iluminar a teoria constitucional por referência a relatos "densos" (GEERTZ, 1971). Isso significa estudar regimes constitucionais reais para ver como as questões teóricas são respondidas em instâncias particulares, em vez de recorrer a princípios constitucionais abstratos

ou a relatos de pequenas variáveis de sistemas complexos de governança. Mas isso ainda não responde o porquê de um relato denso ser preferível.

No típico nível de invocação do conhecimento constitucional –compreender os sistemas constitucionais existentes ou criar novos sistemas – saber mais sobre menos casos tende a ser mais valioso do que saber menos sobre mais casos. Isso porque muita coisa está em jogo nos sistemas constitucionais individuais que podem ser objeto de estudo. Em geral, não fará apenas um sentido estatístico sobre como as estruturas estatais funcionam. Cada sistema constitucional importa de maneiras que o tornam particularmente catastrófico se casos individuais forem interpretados de maneira equivocada. Agrupar todos os sistemas constitucionais pós-comunistas, por exemplo, ocasionaria uma grande distorção interpretativa sobre o grau de diferença entre culturas jurídicas bastante semelhantes a distância. De minha própria observação, a Hungria é mais parecida com a Alemanha do que com a Rússia, que, por sua vez, é mais semelhante à França. Alternativamente, agrupar sistemas que compartilham certos recursos estruturais também pode confundir o grau de similaridade. Por exemplo, pode-se supor que sistemas que possuem Cortes Supremas em vez de Tribunais Constitucionais compartilhem outras semelhanças de família, mas isso seria subestimar a semelhança entre o Canadá (com uma Suprema Corte) e a África do Sul (com um Tribunal Constitucional), porque possuem uma linguagem constitucional comum e que é central em casos de direitos fundamentais. Como diz o ditado do mercado de ações, "comprar em baixa – vender em alta", que é elegantemente simples e difícil de acompanhar; já o ditado etnográfico é "enxergar o particular, pensar o geral", que também é difícil de realizar na prática metodológica real. Todavia, isso não é um mau conselho.

Dito isso, o que nossos autores fizeram em seus artigos nesta edição? Todos seguiram o ditado etnográfico de olhar o particular e pensar o geral. Eles nos forneceram uma grande quantidade de detalhes particulares sobre lugares específicos, tendo em mente a preocupação geral com repertórios e temas que caracterizam uma excelente pesquisa etnográfica. Aprendemos nos artigos a respeito de configurações constitucionais específicas, incluindo Rússia, Estônia, Turquia, Canadá, União Europeia e Europa Central (pós-socialista), enquanto simultaneamente aprendemos sobre processos constitucionais mais gerais, que podem iluminar outros locais não especificamente mencionados aqui.

Em razão de nosso foco ser direcionado a repertórios constitucionais, os artigos são agrupados em torno de três diferentes problemáticas: (1) "Limites Constitucionais", (2) "Articulações Constitucionais", e (3) "Estados, Cortes e Público". Em "Limites Constitucionais", propõem-se maneiras de definição das fronteiras de um campo constitucional; em "Articulações Constitucionais", trabalha-se sobre as relações entre diferentes níveis de locais constitucionais complexos, e, em "Estados, Cortes e Público", iluminam-se as maneiras pelas quais os tribunais figuram na definição da relação entre indivíduos e Estado.

Os dois artigos em "Limites Constitucionais" examinam a forma como os limites das ordens constitucionais são constituídos. O artigo de Jiří Přibáň, "Reconstituindo o Paraíso Perdido", explora as maneiras pelas quais os autores de constituições na Europa Central pós-socialista entenderam a história que continuavam por meio de suas ações constitutivas. Os criadores das Constituições, segundo Přibáň, enfrentaram uma escolha entre concepções étnicas e cívicas de identidade nacional, ambas com histórias modernas na região, mas cada uma implicando a

outra de alguma maneira. A análise de Přibáň sobre os diferentes processos constitucionais na República Tcheca, Eslováquia, Polônia e Hungria mostra quão diferentemente essas alternativas, e suas possíveis combinações, poderiam ser imaginadas e como cada conjunto dos criadores das constituições estava também escolhendo um passado constitucional, ao escolher um futuro constitucional. O estudo de Dicle Kogacioglu sobre a dissolução dos partidos políticos pelo Tribunal Constitucional na Turquia, "Progresso, Unidade e Democracia", enfoca a maneira pela qual esses conceitos-chave são compreendidos no processo de definição das fronteiras ideológicas legítimas do Estado. O Tribunal Constitucional turco foi incumbido da tarefa de dissolver os partidos políticos anticonstitucionais, o que lhe deu um lugar de destaque na definição tanto do que a Constituição significa quanto do que é intolerável dentro da ordem constitucional. Como mostra Kogacioglu, a jurisprudência do Tribunal Constitucional vai além de simplesmente embelezar as cláusulas constitucionais, ela soa como a própria fábrica da democracia turca. Tanto o artigo de Přibáň quanto o de Kogacioglu iluminam diferentes maneiras pelas quais uma ordem constitucional pode vir a definir suas próprias arestas e, juntas, essas maneiras demonstram como os presentes momentos constitucionais representam a interseção entre passados constitucionais imaginados e futuros constitucionais imaginários.

Na segunda parte desta edição, "Articulações Constitucionais", três artigos examinam como diferentes níveis de ordens constitucionais complexas estão relacionados uns com os outros. O artigo de Nancy Maveety e Anke Grosskopf, "Forçando' Cortes Constitucionais como Condutores", centra-se no Tribunal Constitucional da Estônia e nas decisões politicamente sensíveis que essa Corte tomou na década de 1990 sobre os direitos ao idioma na Estônia. Com uma importante minoria russa que representava a antiga potência colonial na Estônia, os líderes da nova nação estavam tão ansiosos para excluir os intrusos quanto a União Europeia (à qual a Estônia aspirava aderir), e, portanto, estavam determinados a garantir a não discriminação. Entre as pressões políticas internas pela exclusão e as pressões políticas transnacionais pela inclusão, o Tribunal Constitucional da Estônia agiu como um "canal transmissor" que permitiu alcançar um compromisso viável.

Maveety e Grosskopf mostram como os tribunais constitucionais podem ajudar na articulação constitucional ao "traduzirem" uma linguagem constitucional. O artigo de Rachel Cichowski, "Os direitos das mulheres, o Tribunal Europeu e o constitucionalismo supranacional", também examina a relação entre o direito em nível europeu e o direito em nível nacional, destacando a contestada questão da igualdade de gênero como um exemplo. Nesse tema, os tribunais nacionais e europeus têm conspirado, arrastando os governos estaduais, às vezes relutantes, junto com eles. O artigo de Cichowski e o artigo de Maveety e Grosskopf mostram como os tribunais são particularmente adequados para acelerar a integração entre níveis políticos. O artigo de Alexei Trochev, "Menos Democracia, Mais Tribunais", acrescenta um corretivo útil e uma complicação para esse quadro. Na Rússia, as 89 regiões (equivalentes a estados) receberam o poder de criar seus próprios tribunais constitucionais, mas, enquanto a maioria das regiões incluía cortes constitucionais em suas constituições regionais, apenas 17 realmente criaram esses tribunais, e dois deles falharam. O que explica por que algumas regiões realmente introduziram tribunais constitucionais e outras não? Trochev destaca aspectos da situação política local em cada caso, demonstrando de maneira convincente que as regiões que tinham o maior entrincheiramento de seus poderes executivos locais possuíam a maior probabilidade de iniciar esses tribunais. A con-

clusão de Trochev é de que os tribunais são usados não para mediar as relações entre o centro e as regiões, ou mesmo entre executivo e legislativo, mas, ao invés disso, são usados para fortalecer o poder executivo entrincheirado e defendê-lo de ser desafiado. Como resultado, quanto menor for a opção democrática em uma região, maior será a probabilidade de haver um tribunal constitucional. Este artigo fornece um contrapeso útil para os outros dois nesta seção, pois mostra que os tribunais não necessariamente servem para mediar os níveis políticos. Em vez disso, eles podem ser criados precisamente para defender determinadas instituições constitucionais contra outras instituições.

Na seção final, "Estados, Cortes e Público", dois artigos apontam para as diferentes maneiras em que os cidadãos podem usar os tribunais para alavancar sua influência sobre os funcionários e políticos do Estado. O artigo de Peter Solomon, "Poder Judiciário na Rússia", examina as muitas maneiras pelas quais os indivíduos podem processar autoridades estaduais, de modo que o autor possa aferir alguma medida de independência dos tribunais com relação ao poder do Estado. Solomon constatou que as taxas de sucesso para indivíduos processando autoridades estaduais apresentavam as seguintes variações: cerca de 80% na justiça comum; acima de 90% nos tribunais militares; pouco menos de 50% nos tribunais econômicos; e apenas 25% quando manejados pela procuradoria. Ao examinar a gama de casos e a variedade de locais possíveis, Solomon pinta uma imagem matizada da relativa independência dos tribunais e, indiretamente, mostra como os tribunais criam um vetor para influenciar indivíduos nos processos estatais. Com uma questão totalmente diferente em uma cultura jurídica muito distinta, Troy Riddell mostra o mesmo em relação aos direitos ao idioma no Canadá. Em "O impacto da mobilização jurídica e as decisões judiciais", Riddell examina o impacto das decisões da Suprema Corte do Canadá sobre a concretização dos direitos da minoria relacionados ao idioma nas escolas públicas. De posse das decisões judiciais, os pais engajados conseguiram que os distritos escolares de todo o Canadá fornecessem as oportunidades educacionais necessárias para os estudantes francófonos fora do Quebec. O artigo de Solomon se concentra em casos individuais e suas respectivas taxas de sucesso, enquanto o artigo de Riddell foca na mobilização de grupos de interesse antes e depois das principais decisões judiciais, mas ambos mostram como os cidadãos podem usar o Judiciário para ajudar os servidores públicos a cumprirem suas obrigações constitucionais.

Havia, é claro, outras maneiras pelas quais tais artigos poderiam ser organizados juntos, maneiras que poderiam ter destacado diferentes mecanismos constitucionais, comuns ou concorrentes. Por exemplo, o artigo de Solomon sobre a Rússia mostra como os tribunais de nível nacional exercem uma independência substancial dos funcionários políticos, como visto nas taxas com que os juízes decidiram contra as autoridades, quando os cidadãos fizeram o mesmo. Mas o artigo de Trochev sobre a Rússia destaca a dependência política dos tribunais regionais no mesmo país. O artigo de Kogacioglu destaca a maneira como o Tribunal Constitucional turco criou uma definição nacionalista de democracia, enquanto Maveety e Grosskopf mostram como o Tribunal Constitucional da Estônia abriu o constitucionalismo estoniano às reivindicações das instituições europeias. O artigo de Přibáň mostra como os entendimentos da história orientaram os processos constitucionais, enquanto o artigo de Cichowski revela como o direito transnacional absolutamente novo suplantou o direito nacional mais tradicional, mesmo em uma área tão sensível quanto a igualdade de gênero. Tanto para Riddell quanto para Maveety e Grosskopf, os direitos ao idioma são centrais para a constituição de novos públicos democráticos, enquanto, para

Kogacioglu, a ideologia democrática na Turquia é construída precisamente ao se excluir as reivindicações especiais dos grupos de línguas minoritárias. Os cuidados com os quais os autores desta edição ilustraram as especificidades locais fornecem aos leitores desses artigos muitas maneiras de avaliar e recombinar as perspectivas aqui apresentadas.

Como muitos de nossos artigos focalizaram o papel dos tribunais na construção e na sustentação de ordens constitucionais, é justo que o ensaio de revisão para nossa edição analise três recentes livros que contêm abordagem comparativa dos papéis dos juízes nos sistemas constitucionais. Nossa revisora, Leslie Goldstein, destacou os mecanismos pelos quais os juízes exercem influência em contextos políticos, o que fornece uma perspectiva mais ampla sobre em que localizamos nossos estudos de caso mais detalhados.

Eu devo mencionar que enquanto este número começa com uma espécie de "manifesto metodológico", estes artigos não foram selecionados com base em qualquer manifesto desse tipo. Em resposta a uma ampla chamada de artigos, a revista *Law & Society* recebeu muitas e excelentes submissões. Cada um dos artigos selecionados para esta edição passou por um rigoroso processo de análise, que incluiu um mínimo de duas rodadas de revisão externa, por avaliadores que não tiveram nenhum tipo de manifesto como guia. Uma ampla gama de avaliadores participou desse processo de fornecer feedback aos autores, e eu sou grata a eles. O resultado, a meu ver, é excelente; do que mais me arrependo nesse processo é do fato de que outros maravilhosos exemplos de etnografia constitucional foram perdidos ao longo do caminho.

Esta introdução, embora eu pense descrever os artigos desta edição especial, não compromete os autores desses artigos com a visão aqui delineada. Como a introdução foi escrita somente depois que os outros artigos foram elaborados, os autores não apenas não fizeram, mas também não puderam ajustar suas consultas às preocupações aqui expostas. Os artigos se sustentam por si sós, como trabalhos de seus criadores. Esta introdução fornece um enquadramento dessas peças, mas não é o único quadro existente.

REFERÊNCIAS

ARON, Raymond. ([1965] 1990). *Democracy and Totalitarianism*. Repr. Ann Arbor: Univ. of Michigan Press.

BAGEHOT, Walter. (1993). *The English Constitution*. Repr. London: Fontana Press (Orig. pub. 1867, 1872).

CARTWRIGHT, Nancy. (1983). *How the Laws of Physics Lie*. Oxford, UK: Clarendon Press.

CICOUREL, Aaron. (1967). *The Social Organization of Juvenile Justice*. New York: Wiley.

COMAROFF, John, & Jean Comaroff. (1992). *Ethnography and the Historical Imagination*. Boulder: Westview Press.

_____. (2003). *Ethnography on an Awkward Scale*: Postcolonial Anthropology and the Violence of Abstraction. 4 Ethnography 147–79.

DIRKS, Nicholas. (2002). *Castes of Mind*: Colonialism and the Making of Modern India. Princeton: Princeton Univ. Press.

DUNN, Stephen. (2002). Prefatory Note. Cancer Guide, http://www.cancerguide.org/ median_not_msg.html. Accessed: february 19, 2004).

DURKHEIM, Emile. ([1893] 1984). *The Division of Labor in Society*. Translated by W. D. Halls. Repr. New York: Free Press.

FOUCAULT, Michel. (1997). *'Society Must Be Defended:* Lectures at the Colle`ge de France 1975-1976. Translated by David Macey. New York: Picador/St. Martin's Press.

FRIEDRICH, Carl J. (1957). *Constitutional Reason of State*: The Survival of the Constitutional Order. Providence: Brown Univ. Press.

GEERTZ, Clifford. (1971). Thick Description: Toward an Interpretive Theory of Culture. In: C. Geertz, *The Interpretation of Cultures*. New York: Basic Books.

GOLDSTEIN, Leslie Friedman. (2004). From Democracy to Juristocracy. *Law & Society Review*, vol. 38, n. 3, set.,.

GOULD, Stephen Jay. (1991). 'The Median Isn't the Message. In: *Bully for Brontosaurus*: Reflections in Natural History. New York: Norton.

GUARNERI, Carlo, & Patrizia Pederzoli. (2002). *The Power of Judges*: A Comparative Study of Courts and Democracy. Oxford: Oxford Univ. Press.

HIRSCHL, Ran. (2004). *Toward Juristocracy*: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism. Cambridge: Harvard Univ. Press.

KENNEDY, Ellen. (2004). *Constitutional Failure*: Schmitt in Weimar. Durham: Duke Univ. Press.

KRITZER, Herbert. (2002). Stories from the Field: Collecting Data Outside Over There. In: J. Starr & M. Goodale, eds., *Practicing Ethnography in Law*: New Dialogues, Enduring Methods. New York: Palgrave Macmillan.

MAINE, Henry Sumner. ([1861] 1986). *Ancient Law*. Repr. New York: Dorset Press.

MARCUS, George, & Michael Fisher. (1986). *Anthropology as Cultural Critique*: An Experimental Moment in the Human Sciences. Chicago: Univ. of Chicago Press.

MERRY, Sally Engle. (2000). *Colonizing Hawai'i*: The Cultural Power of Law. Princeton: Princeton Univ. Press.

_____. (2002). Ethnography in the Archives. In: J. Starr & M. Goodale, eds., *Practicing Ethnography in Law*: New Dialogues, Enduring Methods. New York: Palgrave Mac- millan.

MOMMSEN, Wolfgang. (1984). *Max Weber and German Politics 1980–1920*. Translated by Michael S. Steinberg. Chicago: Univ. of Chicago Press.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. ([1748] 1989). *The Spirit of the Laws*. Edited and translated by Anne M. Cohen, Basia Carolyn Miller, & Harold Samuel Stone. Repr. Cambridge: Cambridge Univ. Press.

ROSSITER, Clinton L. (1948). *Constitutional Dictatorship*: Crisis Government in Modern Democracies. Princeton: Princeton Univ. Press.

SCHEPPELE, Kim Lane (2003) "The Agendas of Comparative Constitutionalism," 13 Law and Courts 5–23 (http://www.law.nyu.edu/lawcourts/pubs/newsletter/spring03.pdf). Stone

SWEET, Alec. (2000). *Governing With Judges*: Constitutional Politics in Europe. Oxford: Oxford Univ. Press.

WEBER, Max. ([1906] 1995). 'Russia's Transition to Pseudo-Constitutionalism. In: Max Weber, *The Russian Revolutions*. Translated and edited by Gordon C. Wells & Peter Baehr. Repr. Ithaca: Cornell Univ. Press.

_____. ([1925] 1968). Economy and Law (The Sociology of Law). In: G Roth & C. Wittich, eds., *Economy and Society*. Translated by E. Shils (1956). Repr. Berkeley: Univ. of California Press.

WILLIS, Paul, & Mats Trondman. (2000). *Manifesto for Ethnography*. 1 Ethnography 5–16.

ARTIGOS

A AUTOCOMPOSIÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO SETOR PÚBLICO

SELF-MEDIATION AS A MEAN OF CONFLICT RESOLUTION IN THE GOVERNMENT SECTOR

Leonardo Pereira Rezende[1]

Mônia Aparecida de Araújo Paiva[2]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Mediação, Conciliação e Arbitragem no Brasil; 2. A Autocomposição e a Administração Pública: Perspectivas de Compatibilização; 3. Conclusão; Referências.

1 - Advogado, sócio administrador do escritório Leonardo Rezende Advogados Associados; Conselheiro Estadual da OAB/MG; Autor dos livros "Dano moral e licenciamento ambiental de barragens hidrelétricas" (Editora Juruá); "Avanços e Contradições do Licenciamento Ambiental de Barragens Hidrelétricas" (Editora Fórum); Coordenador do livro "Construção de Barragens Hidrelétricas e Proteção da Biodiversidade"(Editora Fiúza).

2 - Advogada do escritório Leonardo Rezende Advogados Associados. Pós-graduada em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes.

RESUMO: Os conflitos na sociedade são comuns e ocorrem diariamente. Quanto mais complexo é o meio em que vivemos, mais difícil se torna a resolução dos problemas decorrentes do convívio social. Historicamente, a solução dos conflitos entre duas ou mais partes é delegada a um ente imparcial, o Estado. Ocorre que essa cultura beligerante vem ocasionando a ineficácia desse sujeito em dar uma resposta às partes, o que levou a legislação a adotar novo paradigma para consolidar a garantia constitucional à razoável duração do processo e dar efetividade à ideia do processo justo. No entanto, o Poder Público e a Administração Pública como um todo, na prática, ainda resistem em adotar métodos alternativos de solução de controvérsias, amparando-se na denominada indisponibilidade do interesse público. Por meio da análise de doutrina e de casos práticos, mostrar-se-á a necessidade do empenho do Poder Público na adoção de métodos autocompositivos. Por fim, conclui-se que, diante do quadro atual, é urgente que o Poder Público implemente, de forma rápida e integral, o CPC e a Lei nº 13.140/2015, para que servidores e particulares possam resolver, de forma mais eficiente, eventuais conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Conflito. Resolução. Autocomposição. Administração Pública.

ABSTRACT: The conflicts in the society are common and occur daily. The more complex it is the way where we live, more difficult if it becomes the resolution of the decurrent problems of the social conviviality of the human being. Historically, the solution of the conflicts between two or more parts is delegated a impartial being, the State. It occurs that this belligerent culture comes causing the inefficacy of this citizen in giving a reply to the parts, what took the legislation to adopt new paradigm searchs to consolidate the constitutional guarantee to the reasonable duration of the process, and to give effectiveness just to the idea of the process. However, the Public Power and the Public Administration as a whole, in the practical one, still resist in adopting alternative methods of solution of controversies, supporting themselves in the called non-availability of the public interest. Through the analysis of doctrine and practical cases, show-if to the necessity of the persistence of the Public Power in the adoption of autocompositivos methods. One concludes that, ahead of the current picture, it is urgent that the Public Power implements, of fast and integral form, the CPC and the Law nº 13,140/2015 so that the particular servers and can decide, of more efficient form, eventual conflicts.

KEYWORDS: Public Law. Conflict. To Resolve. Self-mediation. Public Administration.

INTRODUÇÃO

Os conflitos na sociedade são comuns e ocorrem diariamente. Quanto mais complexo é o meio em que vivemos, mais difícil se torna a resolução dos problemas decorrentes do convívio social.

Com o desenvolvimento da sociedade, surge a ideia de uma terceira pessoa, imparcial ao conflito e com poderes outorgados pelo Estado para solucionar as divergências oriundas da convivência social. Nesse contexto, está inserido o Poder Judiciário.

Atualmente, esse poder estatal tem tido dificuldades para dar resposta célere a todos os conflitos que chegam até ele. Por esse e outros motivos, vem crescendo mundialmente o movimento a favor da adoção de técnicas de autocomposição como alternativa para a solução de conflitos.

Nesse sentido, o presente artigo busca analisar a adoção da autocomposição como forma de solução de conflitos no âmbito da Administração Pública. Pretende-se demonstrar, por meio da análise de abalizada doutrina e de casos práticos, a necessidade do empenho do Poder Público na adoção de métodos autocompositivos, o que ocorrerá com a transposição da barreira tradicional de que o interesse público é absolutamente indisponível, não podendo ser objeto de transação.

1. MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM NO BRASIL

O direito processual não surgiu da forma e com as características tais quais os conhecemos hoje. Ao longo do tempo, passou por diversas fases, entre as quais se destacam as fases do sincretismo, da autonomia, da instrumentalidade e, para a doutrina moderna, do neoprocessualismo.

Na fase do sincretismo, direito material e direito processual se confundiam; a fase da autonomia, por outro lado, marcou o surgimento do direito processual como ciência em si mesma, dotada de objeto e método definidos. No entanto, a evolução dos institutos levou o processo a uma terceira fase, qual seja, a da instrumentalidade, na qual o processo é visto como instrumento de realização do direito material. Assim, embora dotado de autonomia e cientificidade, o processo deve ser voltado à concretização de um fim. Esse aspecto é bem descrito por Cândido Rangel Dinamarco:

> O processualista sensível aos grandes problemas jurídicos sociais e políticos do seu tempo e interessado em obter soluções adequadas sabe que agora os *conceitos* inerentes à sua ciência já chegaram a níveis mais do que satisfatórios e não se justifica mais a clássica postura metafísica consistente nas investigações conceituais de endereçamento teleológico.[3]

A partir da segunda metade do século XX, a dogmática jurídica passou por profundas modificações, notadamente com o momento histórico do constitucionalismo, que se difundiu sob

3 - DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 22

a rubrica de neoconstitucionalismo. Como a descrição pormenorizada das características desse movimento foge aos objetivos deste trabalho, apenas para fins de contextualização, as principais características são: reconhecimento da força normativa da Constituição, desenvolvimento da teoria dos princípios, reelaboração doutrinária da interpretação constitucional.[4] Essas mudanças de paradigma afetaram o direito processual, de modo que alguns doutrinadores teorizam sobre uma quarta fase do direito processual, que seria o neoprocessualismo. A fase neoprocessualista remete justamente ao neoconstitucionalismo e tudo o que este representa, ou seja, há maior preocupação com direitos e garantias individuais, buscando-se, em última análise, conferir estatura de direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada (acesso à ordem jurídica justa).[5]

Nesse sentido, importante trazer à baila a noção de jurisdição apresentada por Cândido Rangel Dinamarco. Segundo esse autor, a jurisdição possui caráter sociológico e também de expressão do poder estatal: sociológico, por envolver o conflito de interesses entre pessoas em uma sociedade, em referência à lide, quando o Estado então é chamado a solucionar a controvérsia. Segundo o doutrinador, a jurisdição seria indispensável, o que está refletido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, ao prever a inafastabilidade da jurisdição:

> Inserindo a jurisdição no contexto do poder e com isso saindo da sua tradicional conceituação como *um* poder, percebe-se que a sua institucionalização é vital e indispensável para a própria subsistência do Estado e sua imposição imperativa sobre as pessoas.[6]

Assim sendo, embora não se possa restringir o acesso à jurisdição, diante do estágio de evolução da sistemática processual, não é possível mais imaginar que atuação jurisdicional se preste apenas a solucionar a lide a partir de um personagem imparcial, que, analisando os elementos dos autos, imponha sua decisão às partes. É preciso ir além, propiciando às partes participarem de modo efetivo da formação da vontade do Estado-juiz.

Nessa lógica, surgem os chamados métodos alternativos de solução de controvérsias, hoje majoritariamente representados pela mediação, conciliação e arbitragem, que buscam possibilitar a autocomposição entre as partes.

A Lei 9.307/1996, que dispõe sobre a arbitragem e estabelece, logo no seu art. 1º, estabelece que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Segundo a citada lei, as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e

4 - Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 262.

5 - Cf. DIDIER, Fredie. *Teoria do Processo e Teoria do Direito:* o neoprocessualismo. Disponível em: <https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 27 set. 2018, e CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, nº 17, 2008, p. 113.

6 - DINAMARCO, op. cit. p. 181.

o compromisso arbitral. Dessa forma, podem, previamente ao surgimento do conflito, optar pela arbitragem. Nesse ponto, importante destacar o disposto no art. 18, segundo o qual "o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário"; a atuação da justiça é primordialmente pré-processual, já que, antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Por outro lado, a conciliação e a mediação passaram a figurar como política pública com o advento da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, visando a eles dar tratamento adequado, uma vez que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade. Ressalte-se ainda que esse ato normativo tenciona organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação.

Até então, havia a previsão de audiências de conciliação em diversos procedimentos, mas, com a iniciativa no CNJ, a sua observância passa a fazer parte de um projeto maior, deixando de ser somente um ato a ser praticado ao longo do processo.

Percebe-se, assim, a preocupação em estimular e orientar as pessoas a resolverem seus conflitos, uma vez que a decisão tomada pelo juiz, muitas vezes, não é a mais adequada e satisfatória.

Como será mostrado adiante, o Código de Processo Civil incorporou a audiência de mediação e conciliação como uma etapa do procedimento comum. Inclusive, o não comparecimento injustificado à audiência é ato atentatório à dignidade da justiça, passível de multa.

Para Leonardo Carneiro da Cunha, mais que meios alternativos à solução de controvérsia, arbitragem, mediação e conciliação seriam "meios adequados", formando um modelo de justiça multiportas. Para o autor, cada meio representa uma forma adequada para cada controvérsia, o que abarca, inclusive, a decisão do Estado-juiz:

> Os meios de solução de disputas são, portanto, adequados, mas também são integrados. É possível que o meio mais adequado seja a mediação, mas, não obtida a autocomposição, a opção passa a ser a arbitragem ou a jurisdição estatal. Para cada situação, há um meio adequado, mas ele é integrado com outro(s), que também revela(m) adequação para o caso.
>
> Há casos, então, em que o meio alternativo é que seria o da justiça estatal. A expressão multiportas decorre de uma metáfora: seria como se houvesse, no átrio do fórum, várias portas; a depender do problema apresentado, as partes seriam encaminhadas para a porta da mediação, ou da conciliação, ou da arbitragem, ou da própria justiça estatal.[7]

Dessa forma, mostra-se a importância dos métodos alternativos de solução de conflitos, que envolvem tanto particulares quanto o Poder Público, sendo a viabilidade da incorporação de sua prática demonstrada nas próximas linhas.

7 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 614.

2. A AUTOCOMPOSIÇÃO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: PERSPECTIVAS DE COMPATIBILIZAÇÃO

O atual Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, incentiva o uso de técnicas autocompositivas ao prever, em seu art. 3º, § 3º, que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial".

A adoção do novo paradigma pelo novo CPC busca consolidar a garantia constitucional à razoável duração do processo, e, ao lado da previsão do art. 4º,[8] busca dar efetividade à ideia do processo justo, compreendido como aquele em que é obtida uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável.

Entretanto, muito embora atualmente se venha buscando métodos alternativos à jurisdição para a solução de controvérsias, no que tange ao Poder Público e à Administração Pública como um todo, percebe-se que, infelizmente, na prática, há certa resistência em sua utilização, tanto na atuação judicial como na extrajudicial.

Como justificativa para não adotar métodos alternativos de solução de controvérsias, costumeiramente, invoca-se a indisponibilidade do interesse público, princípio basilar do Direito Administrativo, aliada a outros possíveis fatores, como a cultura de litigiosidade impregnada na sociedade brasileira e nos próprios operadores do direito.

No entanto, no atual contexto do pós-positivismo e, consequentemente, com a adoção do princípio da supremacia da Constituição e da observância dos direitos fundamentais, tanto nas relações públicas quanto nas privadas, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público vêm sofrendo releitura ao longo dos últimos anos, como ressaltado por Gustavo Binenbojm:

> O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.[9]

A noção de interesse público pode ser extraída das lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem "o interesse público pode ser conceituado como o interesse resultante do con-

8 - "Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

9 - BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 31.

junto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem".[10] Depreende-se da definição do festejado autor que há interesses que não pertencem aos indivíduos ou ao responsável pela sua administração, e que, por isso, dada sua essência, tais interesses não poderiam ser objeto de disposição.

As lições de Eduardo Talamini abaixo transcritas vão ao encontro dessa visão:

> Existem atividades e bens que, em vista de sua absoluta essência pública, não podem ser abdicados ou alienados, ainda que mediante alguma contrapartida e nem mesmo com expressa autorização legal. Por exemplo, não se concebe que sequer por meio de lei o Poder Público possa renunciar, ainda que parcial ou pontualmente, ao seu poder de legislar ou à titularidade do poder de polícia. Do mesmo modo, não se admite que o Poder Público possa desfazer-se de uma parte do território nacional, ainda que autorizado por lei.[11]

A par dos direitos considerados indisponíveis, deve ser considerado que muitos deles apresentam facetas patrimoniais e que estas são disponíveis, como, por exemplo, indenizações devidas a particulares pela prática de atos lícitos ou ilícitos e valores devidos a servidores públicos. É indubitável que o Poder Público pode celebrar acordos em tais casos.

No entanto, o entendimento tradicional da indisponibilidade do interesse público é um padrão ainda vigente nas instituições envolvidas com a prestação jurisdicional, o que torna a adoção de meios autocompositivos ainda mais difícil. Embora acordos endo ou extrajudiciais sejam muito mais vantajosos para o Estado e para a Administração Pública, à luz do princípio da eficiência, seja pela redução de gastos com a movimentação do Poder Judiciário, seja pela economia gerada pelo não pagamento de correção monetária, juros e, muitas vezes, honorários sucumbenciais, há resistência dos administradores em transigir.

Importante salientar que autocomposição não necessariamente implica abrir mão de direitos. O conflito hodiernamente surge da insatisfação com a violação a um direito. Assim, ao se submeter à autocomposição, a Administração Pública está, na verdade, reconhecendo direitos pertencentes à esfera jurídica do administrado, e, ao fazê-lo, estaria satisfazendo o verdadeiro interesse público, observando, em última análise, o princípio da legalidade.

Em casos tais, entende-se, assim como o fez Eduardo Talamini, que:

> A Administração Pública não está dispondo, "abrindo mão", do interesse público quando dá cumprimento a direito alheio. E isso pela óbvia razão de que, nessa hipótese, se não há direito em favor da Administração, não há que se falar em interesse público. De há muito, a doutrina já esclareceu que interesses pragmáticos da Administração que não encontrem amparo no ordenamento não constituem interesse público, são meros interesses secundários, ilegítimos. O interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo ("interesse secundário"), mas, sim, o "interesse coletivo primário", formado pelo complexo de

10 - BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 61.

11 - TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais – composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*, nº 128, p. 59-77.

> interesses prevalecentes na coletividade. Nesse passo, cumprir deveres e reconhecer e respeitar direitos do administrado é atender ao interesse público. Só assim estará sendo observado o interesse público primário, que é o verdadeiro e único interesse público.[12]

Além disso, o reconhecimento do direito de um administrado, observando-se o devido processo administrativo ou judicial, também é medida igualmente capaz de atender ao interesse público. Tal medida, quando adotada de maneira célere, atende também ao princípio da eficiência administrativa.

Diante disso, são muitos os argumentos que militam a favor de uma maior inserção da Administração Pública em atividades que envolvam a autocomposição de conflitos, sendo o argumento de indisponibilidade de interesse público frágil perante a atual sistemática constitucional e processual. Desse modo, sempre que possível, devem ser privilegiadas a conciliação, a mediação e a arbitragem, a fim de que o processo administrativo ou judicial alcance seus fins de pacificação social.

A doutrina assim sintetiza a posição adotada neste artigo:

> A possibilidade de soluções consensuais para conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública é irrefutável. E por duas razões: primeiro porque nem todo direito defendido pela Administração Pública é indisponível, devendo se diferenciar as relações jurídicas de direito material de natureza administrativa e de natureza civil das quais participa a Administração Pública. Segundo, porque mesmo no direito indisponível é possível a transação a respeito das formas e prazos de cumprimento da obrigação, exatamente como ocorre no processo coletivo. Há, inclusive, no inciso III do art. 174 do Novo CPC a menção à possibilidade de promoção de termo de ajustamento de conduta pelas câmaras criadas para a solução de conflitos no ambiente administrativo, que necessariamente compreenderão conflitos coletivos envolvendo a Fazenda Pública.[13]

Importante, por fim, destacar que não incumbe a cada membro da advocacia privada a decisão de realizar a autocomposição, sob pena de violação do princípio da igualdade. É preciso autorização genérica e abstrata emanada da autoridade responsável, como destacado pelo processualista Fredie Didier:

> O Poder Público somente pode resolver o conflito por autocomposição quando houver autorização normativa para isso - fora dessas hipóteses, não há como realizar a autocomposição. Mas há um claro estímulo a essa forma de solução de conflito pelo Poder Público - os arts. 32-40 da Lei n. 13.140/2015 são inteiramente dedicados a isso. Nesses casos, o réu será citado para apresentar resposta, no prazo legal, sem a intimação para comparecer à audiência, que não se realizará (art. 335, Ill, CPC).[14]

12 - TALAMINI, op. cit.

13 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 18.

14 - DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 704.

Seguindo a ordem instaurada pelo Código de Processo Civil, de igual forma, a Lei nº 13.140/2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabeleceu critérios para o uso da mediação. Especificamente, no âmbito do direito público, a lei sobredita é clara em seu art. 32 ao prever que:

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.
>
> § 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.
>
> § 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.
>
> § 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.
>
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.
>
> § 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.[15]

As disposições gerais da Lei nº 13.140/2015, no art. 3º, apresentam como "objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação". Assim, o argumento de que o interesse público seria indisponível, por si só, não é mais abrigado pelo ordenamento jurídico, na medida em que se admite o instituto da mediação quanto a direitos indisponíveis, desde que admitam transação.

Na linha da posição defendida alhures por Fredie Didier, a dicção do art. 35 da Lei nº 13.140/2015 denota que a legislação é expressa em exigir autorização normativa. Confira-se:

> Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

15 - BRASIL. *Lei nº* 13.140, *de 26 de Junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

> I – autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou
>
> II – parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

Ainda, a Lei n° 13.129/2015, alterando o art. 1º, § 1º, da Lei n° 9.307/96, determina que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis".

Percebe-se nitidamente que as recentes alterações legislativas, com a instituição de um novo paradigma para a solução de conflitos, vêm reafirmar o que a doutrina administrativista já vinha defendendo.

Como mencionado, a Lei n° 13.140/2015 e o CPC 2015 afirmam que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos". Tais câmaras de mediação podem funcionar dentro dos órgãos da Advocacia Pública (AGU, PGE e PGM) e têm competência para:

> Art. 32[16] [...]
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, esses instrumentos postos à disposição da Administração Pública para uma célere e efetiva solução de controvérsias podem e devem ser devidamente implantados, e seu uso incentivado por todos aqueles que atuam diretamente na seara pública.

A fim de clarear um pouco mais o que aqui se coloca, podem ser citados três exemplos, o primeiro relacionado a processos judiciais e, os demais, a atuações extrajudiciais. Em um processo judicial envolvendo interesses de servidores públicos, em que caberia a aplicação da mediação, a AGU entendeu não ser possível a conciliação, por não existir, ainda, regulamentação da Lei nº 13.140/2015. Esse foi o posicionamento assinado pela procuradora da Advocacia-Geral da União, Dra. Letícia Balsamão Amorim:

> Considerando a indisponibilidade do interesse público, em regra, não será possível a conciliação nos feitos envolvendo este ente federal.
>
> No entanto, é preciso destacar que a Lei n° 9469/97 prevê a possibilidade de realização, no âmbito da Advocacia-Geral da União, de acordos e/ou transações, estabelecendo algumas

16 - BRASIL. *Lei nº* 13.140, *de 26 de Junho de 2015*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

> condicionantes para viabilizar a sua celebração. E, recentemente, a Lei nº 13140/2015 (Lei da Mediação) trouxe nova redação a alguns dispositivos da Lei nº 9469/97.
>
> Contudo, é preciso salientar que as conciliações e acordos encontram-se momentaneamente suspensos, por determinação superior da Procuradoria-Geral da União, até a edição e publicação da necessária regulamentação da legislação acima mencionada.
>
> Assim, comente após a edição de Decreto regulamentador da Lei nº 9469/97, com a redação dada pela Lei nº 13140/2015 (Lei da Mediação), será possível a celebração de acordo pelo ente federal.

Um segundo caso é um procedimento de solicitação da intervenção do setor da AGU responsável pela mediação.[17] No caso, o conflito está relacionado ao desastre natural provocado pela Samarco em Bento Rodrigues, no município de Mariana/MG, no dia 05/11/2015. Em 2016, a AGU fez um pedido de intervenção para mediar os conflitos decorrentes desse acidente. Esse procedimento, embora urgente, ainda tramita no setor, para avaliação do cabimento ou não da intervenção.

Um terceiro caso a ser citado para melhor avaliação do problema aqui relatado são conflitos causados por divergências entre servidores de um mesmo local de lotação, ou ainda entre estes e o ente público, no seio dos órgãos públicos ou entidades da Administração Indireta.

Diante desse cenário, questiona-se: quantos conflitos internos não são resolvidos ou chegam ao Poder Judiciário pela ausência de um setor de mediação no órgão? Há conflitos que, inclusive, interferem negativamente no exercício da função pública, gerando ineficiência, desgastes do servidor e, em alguns casos, licenças de diversas espécies.

Além disso, a cultura que privilegia o conflito, notadamente o judicial, faz com que o Poder Judiciário, diante do alto volume de demandas, torne-se uma ferramenta ineficiente naquela que seria sua principal tarefa, qual seja, a de pacificação social, por meio da solução da lide.

Nessa linha, ressalte-se recente iniciativa da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, por meio da PORTARIA PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018, autorizando algumas modalidades específicas de negócio jurídico processual, inclusive mediante a fixação de calendário para a prática de atos processuais, tais como cumprimento de decisões judiciais, confecção ou conferência de cálculos e recursos, inclusive a sua desistência.

Espera-se que a iniciativa da PGFN seja adotada por outros órgãos de representação do Estado, como AGU, PGE's e PGM's, a fim de tornar mais célere, justa e participativa a solução de conflitos que envolvam Administração e administrados.

3. CONCLUSÃO

Diante do quadro atual, em que a legislação processual vem privilegiando a solução consensual dos conflitos, a Administração Pública deve se convencer da importância de se ado-

17 - Procedimento número NUP 00400.000903/2016-53 – CCAF-CGU-AGU

tar métodos alternativos de solução de controvérsias, diligenciando para implantar uma rotina de autocomposição em suas relações, o que certamente contribuirá para a melhoria do serviço público, para o ambiente de trabalho dos servidores públicos e para a satisfação dos direitos dos administrados, culminando na mudança de paradigma que vem sendo defendida pela doutrina e implantada paulatinamente pelo ordenamento jurídico pátrio.

Nesse sentido, importante destacar os recentes avanços advindos do Código de Processo Civil, da Lei nº 13.140/2015 e da PORTARIA PGFN nº 360, de 13 de junho de 2018, que buscam aproximar a Administração Pública da autocomposição de conflitos.

Demonstrou-se que o princípio da indisponibilidade do interesse público não é absoluto, podendo ser mitigado, nos limites expressos em lei. Isso implica que o fundamento da indisponibilidade não pode ser utilizado como escudo para impossibilitar a aplicação dos métodos alternativos de solução de controvérsias quando tais mecanismos se mostrarem adequados à promoção das garantias constitucionais do acesso à ordem jurídica justa e da duração razoável do processo.

Por outro lado, está consignado que, embora não seja vedada de forma absoluta a autocomposição em conflitos envolvendo a Administração Pública, é preciso autorização genérica e abstrata emanada da autoridade responsável, a fim de que os procuradores possam, então, transigir. Dessa forma, é preciso que as autoridades detentoras de tal competência a exerçam, a fim de normatizar os casos em que será possível a autocomposição, principalmente nos litígios que envolvam direitos patrimoniais de servidores.

Além disso, é necessário que as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos sejam efetivamente implementadas, o que proporcionará a solução extrajudicial de conflitos em que for parte a Administração Pública.

Percebe-se, assim, ser imperativo que o Poder Público dê concretude, de forma rápida e integral, ao Código de Processo Civil e à Lei nº 13.140/2015 no que se refere à utilização da autocomposição na solução de controvérsias, para que os servidores e particulares possam resolver, de forma mais eficiente, eventuais conflitos decorrentes do exercício da nobre função pública. Quem ganha, no final, é a sociedade, com a realização do interesse público.

REFERÊNCIAS

Advocacia-Geral da União (AGU). Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal. *Procedimento número NUP 00400.000903/2016-53 – CCAF-CGU-AGU.*

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo.* 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo:* os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo:* direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. *Lei nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.* Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 12 abr. 2017.

_____. *Lei nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.* Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 27 set. 2018.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia*, nº 17, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 75, de 29 de novembro de 2010. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 27 set. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo.* 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. *Teoria do Processo e Teoria do Direito:* o neoprocessualismo. Disponível em: https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos. Acesso em 27 set. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais – composição em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória. *Revista de Processo*, nº 128, v. 128, p. 59-78, out. 2005.

A DICOTOMIA ENTRE OS PRAZOS DE OPERAÇÃO DO INSTITUTO DA PRESCRIÇÃO EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS PROPOSTAS NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

THE DICHOTOMY BETWEEN THE PERIODS OF OPERATION OF THE INSTITUTE OF PRESCRIPTION IN LAWSUITS FILED IN THE SCOPE OF THE JUDICIAL TREASURY

Raquel de Bastos Rezende Ribeiro Freire[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. A prescrição como perda da pretensão; 2. A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário advindas de atos de improbidade administrativa; 3. O prazo prescricional das ações indenizatórias originárias de ilícito civil propostas no âmbito da Fazenda Pública em juízo e a aparente antinomia entre a Lei nº 10.406/02 (Código Civil/02) e o Decreto nº 20.910/32; 4 Conclusão; Referências.

1 - Pós-graduada em Direito Processual pela PUC/MG, pós-graduanda em Direito Público pela Estácio em parceria com o CERS, estagiária de pós-graduação do TJMG, graduada pela Universidade Paulista UNIP, Advogada, inscrita na OAB/MG sob o n. 174.945, Juíza Leiga do TJMG, Procuradora do Município de Campo Belo/MG.

RESUMO: O instituto da prescrição, como perda da exigibilidade da pretensão, encontrou na Lei nº 10.406/02, Código Civil, inegáveis alterações no que se refere aos prazos de operação. A mais importante para este estudo diz respeito à aplicação do prazo de três anos, preceituado no art. 206, §3º, inc. V, da Lei nº 10.406/02, referente às ações de reparação civil. Nessa questão, surge a maior controvérsia jurídica. Isso porque o texto do CC/02 se refere à reparação civil de forma genérica e, uma vez que a matéria alusiva à Fazenda Pública estava anteriormente robustecida no Decreto nº 20.910/32 (prazo quinquenal), que, em seu art. 10, abre espaço para prazos menores resultantes de nova legislação, forçoso reconhecer, em que pese haver entendimento contrário do STJ, que a redução do prazo trazida pelo CC/02 será mais benéfica e acertada para a Fazenda Pública em juízo.

PALAVRAS-CHAVE: Prescrição. Perda da Pretensão. Prazos. Divergência. Decreto nº 20.910/32. Código Civil/2002.

ABSTRACT: The institute of prescription, while losing the enforceability of the claim, found in the Civil Code / 2002 undeniable changes regarding the terms of operation; the most important for this study is the application of the three-year period, set forth in article 206, paragraph 3, item V, referring to civil reparation actions. In this issue, the greatest legal controversy arises. This is because the text of the CC / 02 refers to civil reparation in a generic way, and since the matter referring to the Public Treasury was previously strengthened in Decree nº 20.910 / 32 (five-year term), which, in its art. 10, opens space for shorter periods resulting from new legislation, it is necessary to recognize, despite the STJ's contrary view, that the reduction of the deadline brought by CC / 02 will be more beneficial and appropriate to the Treasury in court.

KEYWORD: Prescription. Loss of Pretension. Deadlines. Differences. Decree nº 20.910/32. Civil Code of 2002.

INTRODUÇÃO

O instituto da prescrição, matéria de ordem pública objeto de constante conflito doutrinário referente ao seu conceito jurídico na vigência do Código Civil de 1916, encontrou, no novo *Códex* de 2002, um arrimo para o exposto na Constituição Federal/88. Isso porque, enquanto vigente o CC/16, o conceito usualmente utilizado para o instituto era de que prescrição dizia respeito à perda ou extinção do direito de ação vinculado ao direito material que se pretendia proteger, confundindo-se com o instituto da decadência.

Modernamente, contudo, indo ao encontro do conceito constitucional previsto no art. 5º, inciso XXXV[2], sobreveio, com a evolução jurídica, o Código Civil de 2002, a fim de extirpar qualquer controvérsia sobre a definição jurídica do tema, consagrando em seu art.189 que: "Violado o direito, nasce para o titular **a pretensão**, **a qual se extingue, pela prescrição**, nos prazos a que aludem os artigos 205 e 206." (grifo nosso).

Nesse sentido, a prescrição passou a ser conceituada como a perda da pretensão de reparação do direito violado pelo decurso dos prazos previstos em lei, não colocando fim ao direito de ação, vinculado ao direito material, conforme fundamentava o CC/16.

Com efeito, operada a prescrição, mantém-se incólume o direito subjetivo. Porém, não poderá ser mais exigida a correspondente ação material, uma vez que houve a perda da pretensão pelo decurso do lapso temporal previsto expressamente em lei. Dessa forma, a prescrição não alcança o direito, mas sim a pretensão, que é o poder jurídico conferido a alguém visando a exigência de que outrem cumpra uma prestação.

Pois bem. Em que pese o conceito jurídico do instituto estar atualmente consolidado no entendimento de que prescrição é a perda da pretensão, o mesmo não ocorre em relação aos prazos de sua operação, principalmente em ações indenizatórias propostas no âmbito da Fazenda Pública em juízo.

Inicialmente, a título de complementação sobre o instituto objeto deste estudo, ressalte-se que, recentemente, decisão do STF corroborou a tese de serem imprescritíveis as ações de ressarcimento ao erário advindas de atos dolosos de improbidade administrativa. Pode-se concluir que, nesse tema específico, há uma concordância jurídica no que se refere ao prazo de operação da prescrição.

O mesmo, porém, não se pode afirmar sobre o prazo a ser aplicado quando o direito que se pretende proteger é referente a ações indenizatórias originárias de ilícito civil propostas no âmbito da Fazenda Pública em juízo.

Sobre o tema, o CC/16 previa decursos de prazos, para particulares, de até 20 anos. Já aos sujeitos de direito processual público, uma vez protegerem direitos coletivos, a matéria passou, em 1932, a ser regulada pelo Decreto nº 20.910/32, fixando-se prazo bem mais exíguo. O art. 1º desse diploma preceitua que:

2 - Art.5º, inciso XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

> As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos** contados da data do ato ou fato do qual se originarem. (grifo nosso)

Anote-se ainda a ressalva contida no art. 10, segundo o qual o disposto naquele Decreto não alteraria as prescrições de menor prazo, constantes de outras leis e regulamentos.

Posteriormente, confirmou-se ainda mais a sedimentação do prazo quinquenal com o advento do Decreto-Lei nº 4.597/42, que corroborou ser esse o prazo também para as autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais – criados por lei e mantidos mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições, exigidas em virtude de lei federal, estadual ou municipal – bem como a todo e qualquer direito e ação contra essas instituições.

Assim, era pacífico o entendimento de que a pretensão em face da Fazenda Pública, que versasse sobre reparação civil, por proteger bens públicos e direitos da coletividade, submetia-se ao prazo prescricional menor, ou seja, quinquenal, enquanto que, para os particulares, o prazo continuava sendo o abarcado pelo CC/16.

Ocorre, todavia, que, com o advento do CC/02, lei posterior que, em seu art. 206, §3º, inciso V, previu prazo trienal, aparente antinomia passa a surgir entre o Decreto nº 20.910/32 e o novo Códex no que se refere ao prazo de operação da prescrição para a propositura de ação de reparação por ilícitos civis. Isso decorre do fato de que o texto do CC/02, corroborado pelo art. 10 do Decreto, apresentou um prazo bem mais exíguo, firmando o entendimento de ser o prazo mais acertado para as ações indenizatórias ajuizadas em face da Fazenda Pública - que protege e representa a coletividade –, em que pese haver consolidado entendimento do STJ em sentido contrário.

1. A PRESCRIÇÃO COMO PERDA DA PRETENSÃO

Não obstante estar atualmente pacificado o conceito do instituto da prescrição, para melhor elucidação da abordagem anterior, seguem algumas considerações de doutrinadores renomados, sedimentando ainda mais o conceito abarcado pelo CC/02, segundo o qual a prescrição é a perda da pretensão pelo decurso do lapso temporal determinado em lei.

O atual CC/02, evitando a polêmica sobre o que prescreve, se é a ação ou o direito, adotou o vocábulo "pretensão", por influência do direito germânico (*anspruch)*, para indicar que não se trata do direito subjetivo público abstrato de ação.[3] Assim, a prescrição serve *à* segurança e *à* paz pública,[4] sendo um limite temporal à eficácia das pretens*ões*. Segundo Clóvis Beviláqua,[5] é uma regra de ordem, de harmonia e de paz, imposta pela necessidade de certeza das relações jurídicas.

3 - GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil*, 1: esquematizado: obrigações e contratos. Coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 414.

4 - CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil*. v. 5, §18, n. IV, Coimbra: Almedina, 2011, p.161.

5 - BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7. ed. v.1, n.1, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, p. 459.

Para Pontes de Miranda,[6] como perda da pretensão, a prescrição não alcança o direito. Os prazos prescricionais não destroem o direito, não cancelam nem apagam pretensões, apenas encobrem a sua eficácia e atendem à conveniência de que não perdure por muito tempo a sua exigibilidade.

Assim, o instituto existe para que haja a segurança jurídica das relações, encerrando a exigibilidade de uma obrigação pelo decurso do tempo fixado em lei e pela inércia do titular do crédito.

Seguindo ainda o entendimento desse último autor,[7] o direito, ao se tornar exigível, dá origem à pretensão. De fato, a partir da exigibilidade do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a sua realização, caracterizando a pretensão. Porém, deverá exigi-lo obedecendo o lapso temporal determinado pela lei.

Para Leonardo José Carneiro da Cunha,[8] o conceito de prescri*ção seria* mais bem elucidado como sendo:

> O poder jurídico conferido a alguém, de exigir de outrem o cumprimento de uma prestação (conduta), que pode ser um fazer, um não fazer ou um dar – prestação esta que se divide em dar dinheiro e dar coisa distinta de dinheiro. Os direitos a uma prestação – dos quais surgem a pretensão e a consequente ação – relacionam-se com os prazos prescricionais que, como prevê o art.189 do Código Civil, começam a correr do inadimplemento ou não cumprimento pelo sujeito passivo de sua obrigação.

Seria assim conceituada a prescrição como um contradireito que, pelo decurso de lapso temporal previsto em lei, encobre a pretensão.

2. A IMPRESCRITIBILIDADE DAS AÇÕES DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO ADVINDAS DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em que pese haver divergências doutrinárias e jurisprudenciais a respeito do lapso temporal que deverá ser obedecido para se operar a prescrição em ações de reparação por ilícitos civis, há que se pontuar que, no que se refere a ações de ressarcimento ao erário advindas de atos de improbidade administrativa, firmou-se entendimento recente considerando ser imprescritível tal modalidade de ação.

Isso porque o art. 37, § 5º, da CF/88[9] estabelece que a lei determinará quais serão os

6 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1955. t.6, §662, n. 2, p.101.

7 - Ibidem, t.5, §615, n.1, p.451 apud CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* São Paulo: Dialética, 6ª ed. 2008, p.60.

8 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* São Paulo: Dialética, 6ª ed. 2008. p. 82.

9 - Art.37, §5º CF/88. A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

prazos prescricionais aplicados em determinadas hipóteses em que seja parte a Fazenda Pública, ressalvados os casos de ressarcimento.

Segundo o Supremo Tribunal Federal, o referido dispositivo constitucional deverá ser interpretado em conjunto com o § 4º[10] do mesmo artigo, que trata sobre os atos de improbidade administrativa. Assim, são imprescritíveis apenas as ações de ressarcimento ao erário advindas de atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário na forma dolosa.

Esse entendimento surgiu, inicialmente, com o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 669069, em sede de repercussão geral, em que se discutiu o prazo de prescrição das ações de ressarcimento por danos causados ao erário. Nesse julgado, o STF entendeu ser prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil, negando provimento ao recurso interposto pela União, mantendo na íntegra o v. acórdão de origem proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

No v. acórdão, o TRF entendeu que o prazo prescricional aplicável àquela espécie de ação era o previsto no Código Civil, sendo o lapso temporal aplicado ao caso o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do CC/02. Por consequência, a imprescritibilidade aduzida pela União, naquele caso em concreto, incidiria apenas e tão somente nas ações de ressarcimento propostas contra atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário na forma dolosa, sedimentando o entendimento e posicionando-se na corrente que pugna pela aplicação do prazo trienal referente às ações de ressarcimento propostas em face de ilícitos civis.

Nesse mesmo RE 669.069, a Procuradoria-Geral da República foi além, lançando parecer favorável a que o art. 37, § 5º, da CF deve alcançar também os ilícitos civis.

Segundo a PGR, ainda quando direcionadas contra particulares, **as ações de ressarcimento ajuizadas em nome do patrimônio público estariam ressalvadas da prescrição**, pois o dispositivo constitucional em questão estaria impregnado de noções de supremacia e de indisponibilidade do interesse público.

A PGR[11] continua sustentando seu posicionamento, salientando que:

> A ressalva final do texto normativo citado deu margem à instalação de um impasse dogmático a seu respeito. Uma das linhas de entendimento é que, fundado em interpretação literal, atribui à ressalva constitucional a consequência de tornar imprescritível toda e qualquer ação de ressarcimento movida pelo erário, desde que o dano reclamado decorra de algum ilícito, independentemente da natureza dessa ilicitude. Ocorre, todavia, que ilícito, em sentido amplo, é tudo quanto a lei não permite que se faça, ou é praticado contra o direito, a justiça, os bons costumes, a moral social ou a ordem pública e suscetível de sanção.

10 - Art.37, §4º CF/88. Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

11 - NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica*. 12ª ed. Livraria Freitas Bastos, p. 478.

O Relator do v. acórdão[12] proferido naquele RE 669.069, o saudoso Ministro Teori Zavascki, com fulgor rebateu a Procuradoria-Geral da República, visto que se o conceito de ilícito anunciado no § 5º do art. 37 da CF fosse nesse amplíssimo sentido, estaria sob a proteção da imprescritibilidade toda e qualquer ação ressarcitória movida pelo Erário, mesmo as fundadas em ilícitos civis que sequer decorrem de dolo ou culpa.

Essa visão tão extremada da PGR notadamente demonstra incompatibilidade com a ordem constitucional em sua interpretação sistemática.

Nesse norte, incontroverso que o citado §5º do art. 37 da CF/88 merece interpretação restritiva. O alcance desse dispositivo deve ser buscado mediante a sua associação com o § 4º, que trata das sanções por ato de improbidade administrativa.

Continua ainda o Relator discorrendo que ambos os parágrafos (§4º e §5º do art.37 da CF/88) se referem a um mesmo conjunto de bens e valores jurídicos, que são os da preservação da idoneidade da gestão pública e da penalização dos agentes administrativos ímprobos. Assim, ao ressalvar da prescritibilidade "[...] as respectivas ações de ressarcimento", o dispositivo constitucional certamente está se referindo não a qualquer ação, mas apenas às que busquem ressarcir danos decorrentes de atos de improbidade administrativa.

Nesse sentido, a prescritibilidade não alcança prejuízos que decorram de ato de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, sendo o julgado em questão, por essa razão, paradigma do entendimento da imprescritibilidade de tais ações. Segue a ementa do julgado:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. IMPRESCRITIBILIDADE. SENTIDO E ALCANCE DO ART. 37, §5º, DA CONSTITUIÇÃO. 1. É prescritível a ação de reparação de danos à Fazenda Pública decorrente de ilícito civil. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 669069, Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 03/02/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe – 082 DIVULG 27-04-2016 PUBLIC 28-04-2016).

Seguindo esse entendimento restritivo, recente decisão[13], com repercussão geral reconhecida, foi proferida no Pretório Excelso. Trata-se do RE 852.475[14]. Nesse julgado, por maioria

12 - STF, RE 669069 ED, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 16/06/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-136 DIVULG 29-06-2016 PUBLIC 30-06-2016.

13 - STF, Repercussão Geral, RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.8.2018.

14 - Eis a íntegra da repercussão geral: "O Plenário iniciou julgamento de recurso extraordinário, no qual se discute a prescritibilidade da pretensão de ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa praticado por agente público [CF, art. 37, §§ 4º e 5º (1)]. O ministro Alexandre de Moraes (relator) negou provimento ao recurso e manteve o acórdão recorrido, que extinguiu o processo pela prescrição. Ele foi acompanhado pelos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. Como premissa, o relator considerou ser necessária a comprovação da responsabilidade subjetiva, por dolo ou culpa, para a condenação por ato de improbidade administrativa [Lei 8.429/1992, arts. 9 a 11 (2)]. A aplicação das sanções previstas no art. 12 (3) da Lei de Improbidade — inclusive a de ressarcimento ao erário — exige também o cumprimento do devido processo legal e a observância da ampla defesa e do contraditório, na ação específica prevista nos artigos 14 a 18 do mesmo diploma legal, e no prazo fixado para seu ajuizamento [Lei 8.429/1992, art. 23 (4)]. Ademais, apontou o equívoco que tem ocorrido, por parte do Ministério Público ou de qualquer outro colegitimado, no ajuizamento de ações autônomas de ressarcimento sem observância do rito da Lei de Improbidade, diante da prescrição das demais sanções do referido art. 12, salvo o ressarcimento, em prejuízo para a defesa e

de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a imprescritibilidade de ações de ressarcimento de danos ao erário decorrentes de ato doloso de improbidade administrativa. A decisão foi tomada no mês de agosto de 2018 e recairá em mais de mil processos suspensos, que aguardavam a confirmação do entendimento sobre a imprescritibilidade daquelas ações.

Nesse julgado, o Ministro Edson Fachin, em sua tese aprovada, deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau, que assegurou o ressarcimento integral do dano cau-

baseada na responsabilidade objetiva. Se as sanções estão prescritas, nos termos da lei, sendo inviável o ajuizamento da ação de improbidade, seria também incabível a formulação de uma demanda apenas com o pedido de ressarcimento, sem comprovação do ato de improbidade e em desrespeito ao rito legal. Para o ministro Alexandre, também inexiste previsão constitucional expressa de imprescritibilidade da sanção de ressarcimento ao erário pela prática de ato de improbidade administrativa. As únicas exceções à prescritibilidade estão contidas nos incisos XLII e XLIV do art. 5º (5) e no § 3º do art. 183 da CF (6). Portanto, a CF adotou, como regra, a prescritibilidade da pretensão punitiva do Estado: a imprescritibilidade fere os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa. Exatamente em respeito ao devido processo legal, o legislador consagrou o mandamento do § 4º do art. 37 da CF e editou a Lei 8.429/1992, que previu os prazos prescricionais em seu o art. 23. O relator reputou não ser razoável que, considerando-se as mesmas condutas geradoras tanto de responsabilidade civil quanto de responsabilidade penal, houvesse a imprescritibilidade implícita de uma única sanção pela prática de um ilícito civil definido como ato de improbidade, e não a houvesse na esfera penal, que é de maior gravidade. Frisou, ademais, o fato de a Assembleia Nacional Constituinte ter retirado, da redação original do § 4º do art. 44 (7), correspondente ao atual § 5º do art. 37 da CF, a expressão final "que serão imprescritíveis", como demonstração de clara e consciente opção em privilegiar a segurança jurídica. A permanência da referida ressalva, mesmo depois da retirada dessa expressão, se deu para permitir a recepção dos prazos prescricionais existentes para as ações de ressarcimento decorrentes de graves condutas de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública pela legislação então em vigor, até que fosse editada a lei específica exigida pelo §4º do referido artigo. Não foi estabelecida, dessa forma, hipótese implícita de imprescritibilidade. Concluiu não haver qualquer previsão de imprescritibilidade nos §§ 4º e 5º do art. 37 em relação à sanção de ressarcimento ao erário por condenação pela prática de ato de improbidade administrativa, que deve seguir os mesmos prazos prescricionais do art. 23 da Lei 8.249/1992, com a complementação de que, se o ato também for capitulado como crime, deverá ser considerado o prazo prescricional estabelecido na lei penal. Em divergência, o ministro Edson Fachin deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau, que assegurou o ressarcimento integral do dano causado ao erário. Para ele, a ressalva contida no § 5º do art. 37 da CF teve por objetivo decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento. Reconheceu haver solidez no argumento de que essa ressalva diz respeito a dois regramentos distintos relativos à prescrição. Um para os ilícitos praticados por agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrente de atos de improbidade, dotada de uma especialidade ainda maior. Asseverou que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que não há incompatibilidade com o Estado Democrático de Direito, ou com o Estado de Direito Democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de probidade, eis que não rara a prescrição é o biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público. Para o ministro Fachin, a segurança jurídica não leva a autorizar a proteção pelo decurso do lapso temporal a quem causar prejuízo ao erário e locupletar-se da coisa pública. A imprescritibilidade constitucional não implica uma injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexiste o dever de ressarcir, mas da afirmação de importante proteção da coisa pública. A ministra Rosa Weber também deu provimento ao recurso, mas pelo fundamento de que a imprescritibilidade a que se refere o § 5º diz respeito apenas às ações ressarcimento de danos decorrentes de ilícitos tipificados como improbidade administrativa e como ilícitos penais, numa interpretação sistemática dos §§ 4º e 5º do art. 37 da CF. Em seguida, o julgamento foi suspenso. (1) CF: "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. § 5º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento." (2) Lei 8.429/1992: "Art. 9° Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1° desta lei, e notadamente: (...); Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: (...); Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: (...)." (3) Lei 8.429/1922: "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: (...)." (4) Lei 8.429/1992: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego. III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei." (5) CF: "Art. 5º XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;" (6) CF: "Art. 183. (...) § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião." (7) Projeto de Constituição (A): "A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento, que serão imprescritíveis." RE 852475/SP, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento em 2.8.2018. (RE-852475).

sado ao erário. Para o Ministro, a ressalva contida no §5º do art.37 da CF/88 teve por objeto decotar do comando contido na primeira parte as ações cíveis de ressarcimento. Reconheceu haver solidez no argumento de que essa ressalva diz respeito a dois regramentos distintos, relativos ao instituto da prescrição: um para os ilícitos praticados pelos agentes, sejam eles servidores ou não, e outro para as ações de ressarcimento decorrentes de atos de improbidade, dotadas de uma especialidade ainda maior.

Asseverou, acertadamente, que a matéria diz respeito à tutela dos bens públicos e que não há incompatibilidade com o Estado democrático de direito, ou com o Estado de direito democrático, sustentar a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em matéria de improbidade, eis que não raramente a prescrição é biombo por meio do qual se encobre a corrupção e o dano ao interesse público.

Para o Ministro, a segurança jurídica não leva a autorizar a proteção pelo decurso do lapso temporal a quem causar prejuízo ao erário e locupletar-se da coisa pública. Essa imprescritibilidade constitucional não implica uma injustificada e eterna obrigação de guarda pelo particular de elementos probatórios aptos à conclusão de que inexiste o dever de ressarcir, mas da afirmação de importância da proteção da *res pública*.

Nesse norte, verifica-se que, quanto ao ressarcimento ao erário por ato de improbidade administrativa, o instituto ora estudado está bem sedimentado.

Lado outro, em que pese haver entendimento pacífico sobre essa imprescritibilidade, o mesmo não ocorre quanto ao lapso temporal que deverá ser observado quando se trata de ações de ressarcimento por ilícitos civis no âmbito da Fazenda Pública em juízo.

Assim, deixando a consolidação do entendimento do STF no âmbito da improbidade administrativa e voltando ao impasse entre a aplicação da prescrição quinquenal ou trienal nas ações ressarcitórias, temos que, de um lado, há os benefícios criados para a Fazenda Pública em juízo, com fulcro no princípio da supremacia do interesse público, como bem leciona Odete Medauar,[15] e de outro, tem-se a importância da aplicação da lei no tempo. Nesse sentido:

> A expressão interesse público pode ser associada a bem de toda a coletividade, à percepção geral das exigências da vida na sociedade. Esse princípio vem apresentando tradicionalmente como o fundamento de vários institutos e normas do direito administrativo e, também, de prerrogativas e decisões da Administração Pública.

3. PRAZO PRESCRICIONAL DAS AÇÕES INDENIZATÓRIAS ORIGINÁRIAS DE ILÍCITO CIVIL PROPOSTAS NO ÂMBITO DA FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO E A APARENTE ANTINOMIA ENTRE A LEI Nº 10.406/02 (CÓDIGO CIVIL/02) E O DECRETO Nº 20.910/32

No conceito de Fazenda Pública, engloba-se tanto a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios quanto as autarquias e fundações públicas.

15 - MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. 13. ed. p. 133.

Pois bem. Seguindo o estudo, pode-se dizer que o tema relativo ao prazo prescricional das pretensões indenizatórias dirigidas contra a Fazenda Pública, em que a parte demanda em face do ente público, no intuito de lograr êxito em qualquer ressarcimento por dano sofrido, é bem recorrente na doutrina e na jurisprudência.

Nesse sentido, o ponto crucial é saber qual prazo prescricional será aplicado à hipótese das ações indenizatórias originárias de ilícito civil propostas no âmbito da Fazenda Pública em juízo. Isto é, se será o prazo quinquenal do Decreto nº 20.910/32 ou o prazo trienal disposto no art. 206, §3º, inc. V, do CC/02.

É sabido que o poder público, desde o CC/16, sempre recebeu tratamento diferenciado no que tange aos prazos prescricionais relativos às ações ressarcitórias.

Nessa vertente, em que pese a regra geral do antigo códex/16 versar sobre o prazo prescricional vintenário, no âmbito da Fazenda Pública em juízo, o prazo era outro. Com efeito, as ações contra a Fazenda prescreviam em cinco anos, conforme estabelecia o art. 178, §10, do CC/16. Vejamos:

> Art. 178. Prescreve:
>
> [...]
>
> *§ 10. Em cinco anos:* VI. As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, e bem assim toda e qualquer ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal; devendo o prazo da prescrição correr da data do ato ou fato do qual se originar a mesma ação.

Enquanto vigente, o prazo acima conviveu em harmonia com legislação posterior, qual seja, o Decreto nº 20.910/32, que, em seu art. 1º, versa:

> Art. 1º - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, **prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem**. (grifo nosso).

Percebe-se que o Decreto 20.910/32 foi promulgado com o propósito inequívoco de firmar o benefício em razão da defesa dos interesses fazendários, os quais legitimam a soberania do interesse público sobre o privado e, assim, autorizam a diferenciação do tratamento legal dispensado.

A previsão normativa do Decreto nº 20.910/32, todavia, não abarcava as autarquias e fundações governamentais com personalidade pública, razão pela qual foi, posteriormente, expedido o Decreto-Lei nº 4.597/42, cujo art. 2º traz o seguinte conteúdo, *in verbis:*

> Art. 2º O Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932, que regula a **prescrição quinquenal**, abrange as dívidas passivas das autarquias, ou entidades e órgãos paraestatais, criados por lei e mantidas mediante impostos, taxas ou quaisquer contribuições exigidas em

> virtude de lei federal, estadual ou municipal, bem como a todo e qualquer direito e ação contra os mesmos. (grifo nosso).

Ato contínuo, a Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, sedimentou ainda mais o prazo fixado no âmbito da Fazenda Pública em juízo quando, em seu art. 1º - C, com a redação da MP nº. 2.180-35/2001, dispôs: "Art. 1º - C. **Prescreverá em 5 (cinco) anos** o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado, prestadoras de serviços públicos." (grifo nosso).

O fundamental é perceber que os diplomas foram sendo promulgados com o propósito inequívoco de beneficiar a defesa dos interesses fazendários, os quais nunca deixaram de merecer um regramento apartado daquele aplicável ao cidadão comum.

Desse modo, até à vigência do Código Civil de 2002, o instituto da prescrição no âmbito da Fazenda Pública em juízo era pacífico e harmônico quanto a prazos e proteções ao direito da coletividade, com a fixação de prazos bem mais exíguos que aqueles previstos para a regulamentação das relações de direito privado no bojo do CC/16.

Essa visão de proteção era tão clara que o próprio Decreto nº 20.910/32, em seu art. 10, dispôs que: "Art.10. O disposto nos artigos anteriores **não altera as prescrições de menor prazo, constantes das leis e regulamentos**, as quais ficam subordinadas às mesmas regras." (grifo nosso). Ou seja, prazos posteriores, em relação ao instituto da prescrição, que sejam mais favoráveis à Fazenda Pública, deverão ser observados.

Nesse sentido, com o advento do CC/02, lei posterior, que, em seu art. 206, §3º, inciso V, dispõe: "Art. 206. Prescreve: § **3º** Em três anos: V - **a pretensão de reparação civil.**" (grifo nosso), aparente antinomia passa a surgir entre o Decreto nº 20.910/32 e o novo *Códex* no que se refere ao prazo de operação da prescrição para a propositura de ação de reparação por ilícitos civis, uma vez que o novo texto apresentou um prazo bem mais exíguo, sendo mais benéfico para as ações indenizatórias ajuizadas em face da Fazenda Pública. Já o art. 10 do Decreto, por sua vez, firma entendimento de que os prazos menores devem ser aplicados. Assim, não há razão para se pretender a aplicação do prazo quinquenal.

Ainda que, em tese, os princípios basilares da hermenêutica conduzam à prevalência da lei especial sobre a lei geral, consoante a regra prevista no § 2º[16] do art. 2º do Decreto-Lei 4.657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB), nos termos da qual era possível concluir que a lei nova, que estabelecesse disposições gerais a par das já existentes, não revogava nem modificava a lei anterior, tem-se que, no caso concreto, o conflito das normas encontra expressa solução justamente no art. 10 do Decreto nº 20.910/32, já citado neste estudo.

Nesse sentido, observa-se que o legislador, além de prever a prescrição de cinco anos em benefício da Fazenda Pública em juízo, estipulou, com o manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, que, no caso da eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o prazo quinquenal seria afastado. É exatamente essa a situação em

16 - Art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 4.657/42. "A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior".

apreço, daí porque se revela legítima a incidência na espécie do prazo prescricional de três anos, fruto do advento do Código Civil de 2002.

Pela clareza da exposição, segue fragmento da lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:[17]

> Significa que a prescrição das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública é quinquenal, ressalvados os casos em que a lei estabeleça prazos menores. Na verdade, os prazos prescricionais inferiores a 5 (cinco) anos beneficiam a Fazenda Pública.

Importante salientar que o STJ já seguiu ambas as correntes. Inicialmente, o entendimento do Tribunal seguia acertadamente o voto do Ministro Herman Benjamin, proferido no REsp 1.217.933/RS,[18] julgado em que figurou como relator, sendo claro ao fundamentar, nas palavras de Leonardo José Carneiro da Cunha, que a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública submete-se ao prazo prescricional de três anos, e não à prescrição quinquenal. Aplica-se, no particular, o disposto no art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002, não somente em razão do que estabelece o art. 10 do Decreto nº 20.910/32, mas também por se tratar de norma posterior. E, como se sabe, a norma posterior, no assunto tratado, revoga a anterior.

Continua o ministro fundamentando que se percebe, em verdade, um nítido objetivo de beneficiar a Fazenda Pública. A legislação especial conferiu-lhe um prazo diferenciado de prescrição. Enquanto a legislação geral (Código Civil de 1916) estabelecia um prazo de prescrição de 20 anos, a legislação específica (Decreto nº 20.910/32) previa um prazo de prescrição próprio de 5 anos para as pretensões contra a Fazenda Pública. A esse respeito, repise-se que o próprio Decreto nº 20.910/32, em seu art. 10, dispõe que os prazos menores devem favorecê-la.

Assim, pode-se concluir acertadamente que, segundo bem aponta o ministro, a pretensão de reparação civil contra a Fazenda Pública deve sujeitar-se ao prazo prescricional de três anos, e não à prescrição quinquenal.

Não é outro o entendimento defendido por José dos Santos Carvalho Filho.[19] Vejamos:

> Cumpre nessa matéria recorrer à interpretação normativo-sistemática. Se a ordem jurídica sempre privilegiou a Fazenda Pública, estabelecendo prazo menor de prescrição da pretensão de terceiros contra ela, prazo esse fixado em cinco anos pelo Decreto 20.910/32, raia ao absurdo admitir a manutenção desse mesmo prazo quando a lei civil, que outrora apontava prazo bem superior àquele, reduz significativamente

17 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6. ed. 2008. p. 84.

18 - Ementa do julgado: ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. DECRETO 20.910/1932. ADVENTO DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. REDUÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA TRÊS ANOS. 1. O legislador estatuiu a prescrição quinquenal em benefício do Fisco e, com manifesto objetivo de favorecer ainda mais os entes públicos, estipulou que, no caso de eventual existência de prazo prescricional menor a incidir em situações específicas, o de cinco anos seria afastado nesse particular. Inteligência do art. 10 do Decreto 20.910/1932. 2. O prazo prescricional de três anos relativo à pretensão de reparação civil – art. 206, § 3º, V, do Código Civil de 2002 – prevalece sobre o quinquênio previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32. Precedentes do STJ. 3. Recurso Especial provido. (STJ, REsp 1.217.933/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, j.22/03/2011, DJe 25/04/2011.

19 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17. ed. 2007. p. 498-499.

> o período prescricional, no caso para três anos (pretensão à reparação civil).
>
> Desse modo, se é verdade, de um lado, que não se pode admitir prazo inferior a três anos para a prescrição da pretensão à reparação civil contra a Fazenda, em virtude de inexistência de lei especial em tal direção, não é menos verdadeiro, de outro, que tal prazo não pode ser superior, sob pena de total inversão do sistema lógico-normativo; no mínimo, é de aplicar-se o novo prazo fixado agora pelo Código Civil. Interpretação lógica não admite a aplicação, na hipótese, das regras de direito intertemporal sobre lei especial e lei geral, em que aquela prevalece a despeito do advento desta.
>
> A prescrição da citada pretensão de terceiros contra as pessoas públicas e as de direito privado prestadoras de serviços públicos passou de quinquenal para trienal.

Ocorre que, em uma reviravolta jurisprudencial, o STJ consolidou seu entendimento por meio do julgamento, sob o rito dos recursos repetitivos, do REsp 1.251.993/PR,[20] concluindo ser o prazo quinquenal o mais acertado ao tema, firmando aí o seu entendimento atual, indo de encontro ao regramento anterior.

O principal fundamento aduzido pelo STJ decorre da natureza especial do Decreto nº 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil/02, norma que regula o tema de

20 - ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO. 1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32). 2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, o seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011; REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREspsim 1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho ("Manual de Direito Administrativo", 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha («A Fazenda Pública em Juízo», 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal – previsto do Decreto 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002. 4. O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stoco ("Tratado de Responsabilidade Civil". Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. – São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado ("Curso de Direito Administrativo". Editora Fórum, 2ª Ed. – Belo Horizonte, 2010; pág. 1042).5. A previsão contida no art.10 do Decreto 20.910/32, por sí só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios históricos e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho ("Curso de direito Administrativo". Editora Saraiva, 5ª Ed. – São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299). 6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011. 7. No caso concreto, a Corte a quo, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema 8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008" (STJ, 1ª Seção, REsp 1.251.993/PR, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j.12.12.2012, *DJe* 19.12.2012).

maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de a revogar.

Ainda segundo o entendimento do STJ, o Decreto nº 20.910/32 encerra norma especial, a prevalecer sobre a legislação geral. Ademais, o art.10 desse Decreto se refere, segundo o Tribunal, a prazos anteriores existentes à época de sua edição, não alcançando, por óbvio, prazos posteriores.[21]

Frisa-se que a Corte Superior federal mudou seu entendimento ao desenvolver a teoria das distinções das relações jurídicas, fundamentando que o Decreto nº 20.910/32 versa sobre relações entre particular e Estado, sendo uma relação de natureza pública, ao contrário da relação regrada pelo CC/02, que é relação de direito privado. Nessa esteira, não se pode utilizar o prazo estatuído pelo CC/02 para abarcar as relações em que figura como parte o ente público, não obstante a autorização do art.10 do Decreto nº 20.910/32.

Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados acertadamente em sentido contrário, o atual e consolidado entendimento do STJ segue a favor da aplicação do prazo prescricional quinquenal – previsto no Decreto nº 20.910/32 – nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido no Código Civil de 2002.[22]

Lado outro, em que pese a tese ventilada pelo Tribunal, mais acertada é a fundamentação segundo a qual o prazo de operação da prescrição descrito no art. 206, § 3º, inc. V, CC/02 seja mais benéfico para a Fazenda Pública em juízo. Isso porque a legislação geral atual (Código Civil de 2002) passou a prever um prazo de prescrição de três anos para as pretensões de reparação civil.

Ora, se a finalidade das normas contidas no ordenamento jurídico é conferir um prazo menor à Fazenda Pública, não há razão para o prazo geral – aplicável a todos, indistintamente – ser inferior àquele outorgado às pessoas jurídicas de direito público. A estas deve ser aplicado, ao menos, o mesmo prazo, e não um superior, até mesmo em observância ao disposto no art. 10 do Decreto nº 20.910/32.[23]

4. CONCLUSÃO

Inobstante ser pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial sobre a imprescritibilidade das ações de ressarcimento advindas de atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário na forma dolosa, o mesmo não se pode afirmar a respeito do prazo de operação da prescrição, como perda da pretensão, no âmbito das ações indenizatórias originárias de ilícitos civis que envolvam a Fazenda Pública.

Nesse sentido, aparente antinomia passa a surgir entre o Decreto nº 20.910/32 (prazo

21 - CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 6ª ed. 2008. p. 78.

22 - STJ, REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012.

23 - CUNHA, op. cit., p. 76.

quinquenal) e o Código Civil/02 (prazo trienal), no que se refere ao prazo de operação da prescrição para a propositura de ação de reparação por ilícitos civis, uma vez que, o CC/02, lei nova, apresentou um prazo bem mais exíguo, sendo mais benéfico e acertado para as ações indenizatórias ajuizadas em face da Fazenda Pública. Com efeito, o novo Códex/02, ao prever o prazo trienal na hipótese em questão, corroborou a intenção de se manter o citado benefício em razão da defesa dos interesses fazendários, os quais legitimam a soberania do interesse público sobre o privado.

Portanto, nesse caso, uma vez que o prazo para particulares passou a ser o trienal, continuar abarcando o lapso temporal pelo prazo quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32, seria o mesmo que pugnar pelo afastamento do interesse coletivo, haja vista que a Fazenda Pública ficaria em desvantagem ante os particulares, situação inaceitável para a manutenção do Estado democrático de direito, não obstante haver entendimento contrário do STJ sobre esse tema.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado.* 7ª ed. 1944, v.1, n.1, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 17ª ed. 2007.

CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de direito civil.* v. 5, §18, n. IV, Coimbra: Almedina, 2011.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo.* São Paulo: Dialética, 6ª ed. 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil 1 esquematizado*: obrigações e contratos. Coordenador Pedro Lenza. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno.* 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NUNES, Pedro. *Dicionário de Tecnologia Jurídica.* 12. ed. Livraria Freitas Bastos.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado.* t. 6, § 662, n. 2, Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

THE STABILIZATION OF THE EMERGENCY PROVISIONAL GUARDIANSHIP REQUIRED IN ADVANCED IN FACE TO THE PUBLIC ADMINISTRATION

Cassiana Vitória Guedes Oliveira da Silva[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Tutela Provisória de Urgência; 1.1 A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil; 1.1.1 Características; 1.1.2 Espécies; 1.1.2.1 Fundamento; 1.1.2.2 Natureza; 1.1.2.3 Forma de requerimento; 1.3 Tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente; 2. Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada; 2.1 Breves considerações sobre as tutelas autônomas no direito estrangeiro; 2.2 Objetivo da estabilização da tutela

1 - Pós-Graduanda em Direito Tributário pelo Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogada.

provisória de urgência antecipada; 2.3 Requisitos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada; 2.4 Ação autônoma para revisão da estabilização da tutela antecipada; 2.5 Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada e coisa julgada; 2.6 Limites à concessão da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada; 3. Estabilização da Tutela Provisória de Urgência Antecipada em face da Fazenda Pública; 3.1 Conceito de Fazenda Pública; 3.2 A tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública; 3.3 Estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública; 3.3.1 Interesse público; 3.3.2 Remessa necessária; 3.3.3 Pedido de suspensão de liminar; 3.3.4 Precatórios; 3.5 Juizado especial da Fazenda Pública e estabilização; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Busca-se, de forma eminentemente construtiva e acadêmica, sem pretender esgotar o assunto, contribuir para uma reflexão sobre a estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente em face da Fazenda Pública. Primeiramente, será realizada uma abordagem da tutela provisória no Novo Código de Processo Civil. Em seguida, serão expostos breves apontamentos acerca da estabilização da tutela antecipada no direito estrangeiro, seguindo-se à análise do instituto no direito brasileiro, expondo sua finalidade, seus requisitos e suas características. Posteriormente, o tema será abordado no âmbito da Fazenda Pública, iniciando-se pelo estudo de seu conceito, seguindo-se à análise das vedações legais à concessão de tutelas provisórias em desfavor do Poder Público. Por fim, será averiguado o cabimento da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, a partir da investigação da abordagem dada ao tema pela doutrina e pela jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Novo Código de Processo Civil. Tutela Antecipada Antecedente. Estabilização. Fazenda Pública. Processo Civil.

ABSTRACT: It´s looked for, in a constructive and academic way, without intending to exhaust the subject, contribute to a reflection about the stabilization of an anticipated temporary protection of urgency, required advance character in face of state. Firstly a provisional protection will be approached in a new cede of civil procedure. Then, will be exposed a short appointments about an anticipated protection stabilization in a foreign law, following the analysis of the institute in Brazilian law, exposing its purpose, its requirements and its characteristics. After, the subject will be approached in a State sphere, starting with the study of its concept and its prerogatives, following the legal fences analysis to the injunctions concession in disadvantage of public power. Finally, will be verified the stabilization of the anticipated protection in face of the State, based on the investigation of the approach given to the topic by doctrine and jurisprudence.

KEYWORDS: New Code of Civil Procedure. Antecedent judicial protection. Stabilization. State. Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é examinar a possibilidade de aplicação da técnica da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente em face da Fazenda Pública. Para que seja possível delinear as características dessa técnica e sua aplicação em demandas contra o Poder Público, faz-se necessário, primeiramente, realizar uma abordagem acerca do gênero das tutelas provisórias, no qual está inserida a estabilização.

O Novo Código de Processo Civil (CPC/15) alterou significativamente o tratamento das tutelas provisórias. Além de agrupá-las em um mesmo gênero, mas mantendo a diversidade de regimes entre as tutelas provisórias, introduziu a técnica processual da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada, quando requerida em caráter antecedente.

A inserção dessa técnica no ordenamento jurídico brasileiro buscou inspiração no direito estrangeiro, cujos exemplos mais sólidos advêm do direito francês e do direito italiano. Nesses sistemas processuais, foram delineadas tutelas sumárias autônomas que permitiram a execução imediata da medida concedida. Tais medidas são desprovidas de aptidão à formação de coisa julgada, uma vez que não há resolução do mérito do litígio, cabendo às partes decidir sobre a instauração ou não do processo principal (ANDRADE; THEDORO JR., 2012).

Seguindo a linha evolutiva da tutela sumária dos direitos francês e italiano, o direito brasileiro instituiu a estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada, permitindo a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente, tornando eventual e facultativa a instauração do processo principal.

Nesse sentido, a estabilização possui a finalidade de tornar mais célere e efetiva a atuação do processo em relação ao direito material, quando a solução sumária do litígio for suficiente para pacificar a relação social controvertida. Há, por conseguinte, uma simplificação do procedimento, que passa a atuar como instrumento dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo, possibilitando a coparticipação entre os sujeitos processuais.

Em razão de ser decisão hábil, por si só, a resolver o conflito de direito material, a estabilização da tutela antecipada trouxe consigo acirrada divergência doutrinária, especialmente em relação aos requisitos necessários à sua concessão e à formação da coisa julgada. Além disso, deu novos ares às discussões doutrinárias concernentes à possibilidade de sua concessão em face da Fazenda Pública, em razão do regime de direito público a que ela está submetida, o qual lhe impõe restrições e dá garantias, a fim de que o Estado busque a realização do interesse público.

É nesse contexto que o presente trabalho irá abordar as principais características, objetivos, requisitos e questões processuais relativas à aplicação da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

1. TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA

1.1 A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil

O CPC/15 alterou significativamente o tratamento das tutelas provisórias, promovendo a adequabilidade procedimental e a efetividade normativa, com a unificação parcial das tutelas de urgência.

Ao agrupá-las em um mesmo gênero, denominado tutela provisória, mas mantendo a diversidade de regimes entre as técnicas, o CPC/15 situou-as na Parte Geral do Código, permitindo que fossem concedidas no curso do processo de conhecimento, eliminando, por conseguinte, o processo cautelar como figura processual autônoma.[2]

Além disso, o CPC/15 previu um tratamento diferenciado para as tutelas provisórias, admitindo subdivisões quanto ao fundamento, à natureza e à forma de requerimento. Tais subdivisões serão abordadas de forma separada, para uma melhor compreensão. Antes disso, no entanto, convém analisar as principais características das tutelas provisórias de urgência.

1.1.1 Características

De acordo com Fredie Didier Jr., Rafael Alexandria de Oliveira e Paula Sarno Braga (2015, p. 568), as tutelas provisórias possuem três características essenciais: a sumariedade, a precariedade e a inaptidão para tornar-se imutável pela coisa julgada.

A primeira característica das tutelas provisórias é que elas são proferidas mediante cognição sumária. Segundo Kazuo Watanabe (1999, p. 58-59), cognição é um ato de inteligência consistente em analisar as questões de fato e de direito que as partes trazem ao processo.

Nesse sentido, a cognição pode ser analisada sob duas diretrizes: plano horizontal e plano vertical. Na primeira, ela é classificada segundo o grau de extensão da análise do magistrado em relação aos elementos objetivos do processo. Já na segunda, ela é classificada segundo o grau de profundidade, podendo ser exauriente ou sumária (WATANABE, 1999, p. 58-59).

Sob o prisma do plano vertical, a cognição exauriente permite que as partes desenvolvam ampla discussão sobre o litígio e produzam provas, promovendo a plena realização do contraditório e a produção de coisa julgada material. Isso possibilita que o magistrado examine os fatos de forma aprofundada, garantindo que a decisão final tenha maior perspectiva de acerto em relação à solução do mérito (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 05).

Por sua vez, a cognição sumária pressupõe uma análise superficial das questões de fato e de direito, impondo a limitação do debate e da investigação dos fatos pelo magistrado. Em virtude disso, não há formação de coisa julgada material sobre a decisão final.

2 - Na vigência do CPC/73, a tutela cautelar somente poderia ser postulada mediante um processo autônomo, denominado "ação cautelar".

Dessa forma, a técnica da cognição permite que os procedimentos se ajustem às reais necessidades de tutela. Isso porque há situações em que as partes não se encontram em situação de urgência e buscam a solução do mérito mediante o pleno debate processual, com aptidão para a formação da coisa julgada.

Em outras situações, as características concretas da situação jurídica podem exigir solução mais célere da controvérsia, em razão de eventual urgência. Nesses casos, a técnica da cognição sumária é um importante mecanismo de adaptação do procedimento às necessidades do direito material, porquanto possibilita simplificação e celeridade ao trâmite processual.

Com efeito, em razão da sumariedade, o magistrado irá conceder a tutela provisória a partir de uma análise superficial acerca das questões de fato e de direito, realizando, por conseguinte, um juízo de probabilidade. Por esse motivo, nada obsta que essa decisão seja revogada ou modificada a qualquer tempo, desde que fundamentada nos termos do art. 298 do CPC/15.Esse dispositivo possui a função de combater diretamente a prática dos magistrados de fundamentar de forma genérica as decisões sobre tutelas provisórias, deixando de analisar as peculiaridades do caso concreto. Isso porque a decisão não fundamentada é proibida pelo inciso III do art. 489 do CPC/15, por se prestar a justificar qualquer outra decisão (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 199).

Quanto à segunda característica, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero (2015, p. 210) ensinam que a tutela provisória se reveste da provisoriedade, porquanto é concedida em caráter precário, vigorando por prazo determinado, pois pode ser revogada ou modificada a qualquer tempo.

Em decorrência da precariedade, evidencia-se a terceira característica: inaptidão para a formação da coisa julgada. De acordo com o art. 502 do CPC/15, a coisa julgada é a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não sujeita a recurso. Interpretando esse dispositivo, conclui-se que a decisão que concede a tutela provisória não dá lugar a coisa julgada por ser proferida com base em cognição sumária, pressupondo uma análise superficial das questões de fato e de direito, impondo a limitação do debate e da investigação dos fatos pelo magistrado.

1.1.2 Espécies

O gênero "tutelas provisórias" admite subdivisões quanto ao fundamento, à natureza e à forma de requerimento, previstas no art. 294, *caput* e parágrafo único, do CPC/15, as quais serão abordadas a seguir.

1.1.2.1 Fundamento

A tutela provisória no novo CPC abrange uma primeira subdivisão, nos termos do art. 294 do CPC/15, podendo fundamentar-se em urgência ou evidência.

Nos termos do art. 300 do CPC/15, as tutelas provisórias de urgência pressupõem a

demonstração da probabilidade do direito, bem como do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini (2016, p. 458) sustentam que a probabilidade do direito consiste na demonstração da plausibilidade de existência do direito a ser provisoriamente realizado ou acautelado e que se pode extrair da cognição sumária.

Diante disso, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 212) defendem que o magistrado deve confrontar logicamente as alegações e provas com os elementos probatórios disponíveis no processo, a fim de verificar qual das hipóteses encontra maior grau de confirmação e menor grau de refutação. Assim, é necessário que o julgador se convença de que o direito alegado pela parte é plausível de existir e profira decisão fundamentada, expondo suas razões de convencimento (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 597).

O segundo requisito, por sua vez, diz respeito ao ônus da parte em demostrar que a demora na prestação jurisdicional acarretará ameaça de dano ou risco ao resultado útil do processo.

Segundo Theodoro Jr. (2015, p. 920), o dano a que alude o art. 300 do CPC/15 refere-se ao interesse processual na obtenção de uma justa composição do litígio. Corresponde a uma modificação na situação de fato existente no momento do surgimento da lide, caracterizando-se em objeto de prova hábil a autorizar o juízo de probabilidade em relação ao risco de grave prejuízo.

Nesse sentido, segundo Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 597), o dano deve ser concreto, atual, grave, de irreparável ou difícil reparação:

> Importante é registrar que o que justifica a tutela provisória de urgência é aquele perigo de dano: i) concreto (certo), e, não, hipotético ou eventual, decorrente de mero temor subjetivo da parte; ii) atual, que está na iminência de ocorrer, ou esteja acontecendo; e, enfim, iii) grave, que seja de grande ou média intensidade e tenha aptidão para prejudicar ou impedir a fruição do direito. Além de tudo, o dano deve ser irreparável ou de difícil reparação. Dano irreparável é aquele cujas consequências são irreversíveis.
>
> [...]
>
> Dano de difícil reparação é aquele que provavelmente não será ressarcido, seja porque as condições financeiras do réu autorizam supor que não será compensado ou restabelecido, seja porque, por sua própria natureza, é complexa sua individualização ou quantificação precisa - ex.: dano decorrente de desvio de clientela.

Em relação ao risco ao resultado útil do processo, Marinoni (2017, p. 127) destaca que essa é uma expressão destituída de conteúdo técnico-jurídico, servindo apenas para evidenciar que, no curso do processo, pode ocorrer gravame que ponha em risco: "[...] i) a efetividade da tutela do direito (cautelar), ii) a situação objeto das tutelas declaratória e (des) constitutiva, e iii) o direito que se pretende tutelar ou um direito a ele conexo (antecipada)".

Ressalte-se, ainda, que a tutela provisória de urgência antecipada, além de preencher esses pressupostos, deve possuir efeitos reversíveis, de modo que se possa voltar ao *status quo ante*, sem gerar prejuízos à parte contrária.

Quanto a esse pressuposto específico da tutela provisória de urgência antecipada, Cunha (2016, p. 297) entende que deve ser aplicada a proporcionalidade nas hipóteses em que o indeferimento do pedido se revelar mais irreversível do que sua concessão, uma vez que não é crível renunciar a um direito provável que está ameaçado em prol de um direito improvável, em razão da irreversibilidade.

De igual forma, Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 205) sustentam que a superação da proibição da concessão de antecipação de tutela em razão da irreversibilidade pressupõe que se demonstre, no caso concreto, que o direito da parte será frustrado caso a medida não seja concedida. Dessa forma, quanto maior o perigo de dano e quanto mais importante o bem jurídico que se pretende proteger, a proibição da concessão de antecipação de tutela com efeitos irreversíveis deve ser superada, devendo prevalecer a lógica da tutela do direito provável em detrimento do direito improvável.

Depreende-se, assim, que a irreversibilidade, por si só, não é suficiente para impedir a concessão da tutela de urgência antecipada, devendo-se aferir, no caso concreto, qual tese terá maior probabilidade de ser confirmada em juízo, bem como ponderar se a concessão ou indeferimento da medida de urgência trará menores prejuízos às partes. Além disso, é imperativo sopesar os valores jurídicos envolvidos, analisando-se quais desses valores teriam a propensão de ocasionar risco de maior gravidade, para que seja concedida ou não a tutela provisória (AMARAL, 2016, p. 26).

Por outro lado, a tutela provisória da evidência será sempre satisfativa, pressupondo a comprovação das afirmações de fato, que tornam o direito evidente, nos moldes do art. 311 do CPC/15.

Neste trabalho, o tema da tutela provisória de urgência merece destaque, eis que, a partir dela, há a possibilidade de estabilização, devendo-se deixar à parte a temática da tutela da evidência.

1.1.2.2 Natureza

Consoante o parágrafo único do art. 294 do CPC/15, a tutela de urgência poderá ser cautelar ou satisfativa, espécies que não se confundem.

Cunha (2016, p. 285-288) sustenta que essas espécies não podem ser equipadas em razão da estrutura de seus provimentos. Isso porque a tutela cautelar constitui um tipo de tutela jurisdicional que assegura a possibilidade de fruição eventual e futura do direito acautelado, enquanto a tutela antecipada consiste em técnica processual que antecipa os efeitos da tutela jurisdicional, que seriam produzidos com o exaurimento da cognição, possibilitando a imediata realização do direito. Assim, a tutela cautelar possui a finalidade de evitar um perigo de dano, ao passo que a tutela antecipada evita um perigo na demora.

Nessa mesma linha de raciocínio, Nunes, Bahia, Câmara e Soares (2013, p. 603-610) ensinam que a tutela provisória satisfativa, denominada "tutela antecipada", promove a satisfação do próprio direito da parte, antecipando a eficácia executiva da futura decisão.

A tutela cautelar, por sua vez, é uma tutela preventiva que resguarda, em situações de urgência, a eficiência da atividade processual, em hipóteses de aparência de dano. Ela possui a função da conservação do estado de fato e de direito existente, enquanto se espera a satisfação material na fase de execução. Viabiliza, nesses termos, a proteção do processo, e não do direito da parte, pois não pode satisfazê-lo (NUNES; BAHIA; CÂMARA, 2013).

Outro ponto que diferencia as tutelas satisfativas em relação às cautelares diz respeito à referibilidade, que é uma característica inerente à tutela cautelar, uma vez que ela se refere a um processo principal, servindo para garantir a efetividade ou utilidade ao provimento final desse processo e nunca para a satisfação imediata do direito (CUNHA, 2016, p. 285-288). Dessa forma, ante a existência da referibilidade ou da satisfatividade dos meios adotados é que se poderá diferenciar a tutela cautelar da tutela antecipada.

Saliente-se, ainda, que o art. 301 do CPC/15 determina algumas medidas cautelares a serem adotadas pelo magistrado, como arresto, sequestro, arrolamento de bens e registro de protesto contra a alienação de bens. Contudo, ainda que se trate de um rol taxativo, o campo de atuação para a tutela cautelar se mostra restrito, sendo este mais um critério de distinção entre as duas espécies de tutela provisória (GOMES, 2017, p. 38).

1.1.2.3 Forma de requerimento

As tutelas provisórias de urgência podem ser requeridas em caráter antecedente ou incidental, nos moldes do art. 294, parágrafo único, do CPC/15.

A tutela provisória incidental é aquela requerida em momento contemporâneo ou posterior ao pedido de tutela definitiva, independentemente do pagamento de custas (art. 294 do CPC/15). De acordo com Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 571), o requerimento pode ser formulado:

> a) na própria petição inicial (contestação, petição de ingresso do terceiro ou manifestação do Ministério Público); b) em petição simples; c) oralmente, em mesa de audiência ou durante a sessão de julgamento no tribunal – quando deve ser reduzida a termo; d) ou no bojo da petição inicial.

A tutela provisória antecedente, por sua vez, é aquela requerida em momento anterior ao pedido de tutela definitiva, visando à antecipação de seus efeitos. Foi concebida para as situações em que a urgência é contemporânea ao momento de propositura da ação, e, por esse motivo, a parte não dispõe de tempo hábil e dos elementos necessários à formulação do pedido de tutela definitiva.

Nos termos do art. 299 do CPC/15, a tutela provisória incidental deverá ser endereçada ao juízo ou ao tribunal preventos e competentes para apreciarem o mérito da causa, enquanto a tutela provisória antecedente deverá ser endereçada ao juízo ou tribunal com competência originária para conhecer do pedido de tutela definitiva.

1.3 Tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente

A tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente é aquela que pretende a antecipação dos efeitos da tutela definitiva, anteriormente à formulação do pedido de tutela final. Para sua concessão, o CPC/15 prevê procedimento próprio, disciplinado no art. 303 e seguintes.

Em razão da situação de iminente urgência existente no momento da propositura da ação, o autor poderá limitar-se a indicar a lide e seu fundamento, a expor sumariamente a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Não há, nesse momento processual, a necessidade de formulação completa dos requisitos dos incisos III e IV do art. 319 do CPC/15, que tratam dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, sendo bastante a indicação do pedido e a breve exposição do conflito entre as partes e do direito que se pretende satisfazer.

Esse procedimento mais resumido decorre da inexistência de tempo hábil para a elaboração de uma petição inicial com exposição completa da lide e dos requerimentos da parte, o que inviabilizaria o acesso à justiça nessas hipóteses, em que o tempo é substancial para a ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação.[3]

Todavia, ainda que sucinta e limitando-se aos requisitos do *caput* do art. 303 do CPC/15, a petição inicial deverá indicar o juízo a que é dirigida, em cumprimento ao inciso I do art. 319 do CPC/15, a fim de viabilizar a distribuição e autuação do processo.

Ademais, para possibilitar o contraditório, o autor deverá delimitar as partes litigantes no processo, indicando os nomes, os pronomes, o estado civil, a existência de união estável, a profissão, o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, o endereço eletrônico, o domicílio e a residência das partes, nos termos do inciso II do art. 319 do CPC/15. Ressalte-se, todavia, que a impossibilidade de obtenção de alguns desses dados não ensejará, por si só, o indeferimento da petição inicial, caso seja possível a citação do réu ou, ainda, se for impossível ou excessivamente onerosa sua obtenção, sob pena de se limitar o acesso à justiça, nos termos do art. 319, §§2º e 3º, do CPC/15 (GOMES, 2017, p. 41).

O autor deverá, também, indicar o valor da causa, considerando-se o pedido de tutela definitiva que pretende formular, bem como explicitar se pretende valer-se do benefício da tutela antecipada em caráter antecedente, nos termos do art. 303, §5º, do CPC/15.

Concedida a tutela provisória, o juiz determinará a intimação do autor para que promova o aditamento da petição inicial, nos mesmos autos e sem incidência de novas custas (art. 303, §3º, do CPC/15). O prazo para o aditamento será de 15 dias ou em outro prazo maior a ser fixado pelo juiz, sob pena de indeferimento e extinção do processo sem resolução do mérito, conforme preceituado no art. 303, §1º, I e §2º, do CPC/15 (DIDIER JR; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 603).

3 - Desse modo, evidencia-se que o novo CPC instituiu a possibilidade de uma tutela provisória para o caso de se configurarem situações de urgência no momento da propositura da ação.

Nesse sentido, saliente-se que o procedimento antecedente não é, necessariamente, uma das formas de dispensa do processo principal, tendo em vista que o autor possui o ônus de aditar a petição inicial, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito. Contudo, não se deve confundir o art. 303 do CPC/15 com o art. 304 do mesmo diploma legal, que prevê a estabilização dos efeitos da tutela antecipada e a consequente dispensa do processo principal para a discussão do mérito (CAVALCANTI NETO, 2015, p. 02).

Em seguida, o juiz determinará a citação e intimação do réu para que cumpra a providência deferida e compareça à audiência de conciliação (art. 303, §1º, II, do CPC/15). Caso não haja autocomposição, o prazo para a contestação será contado nos termos do art. 335 do CPC/15 (art. 303, §1º, III, CPC/15), iniciando-se na data em que o réu for intimado do aditamento da petição inicial.

Se o réu recorrer da decisão que concede a tutela antecipada, interpondo recurso de agravo de instrumento, o procedimento comum se desenvolverá regularmente.

Entretanto, se o réu permanecer inerte, o procedimento tomará outros rumos, com a possibilidade de estabilização dos efeitos da decisão da tutela antecipada antecedente e extinção do processo (art. 304 do CPC/15), o que será analisado a seguir.

2. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA

2.1 Breves considerações sobre as tutelas autônomas no direito estrangeiro

A inserção da técnica da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada no ordenamento jurídico brasileiro buscou inspiração no direito estrangeiro, cujos exemplos mais sólidos advêm do direito francês e do direito italiano.

No sistema francês, a opção brasileira tem clara inspiração no instituto do *référé*. Trata-se de procedimento previsto no art. 484 do CPC francês, ligado à necessidade de obtenção de tutela célere em situações de urgência e marcado pela sumariedade e autonomia frente ao processo principal (LIMA; EXPÓSITO, 2015, p. 06).

Com efeito, a principal característica do *référé* é, segundo Andrade e Theodoro Jr. (2012, p. 29-36), a possibilidade de execução imediata da medida concedida, prescindindo da instauração de processo de cognição plena. Nesse sentido, a decisão produzirá efeitos indefinidamente, sem aptidão para formar coisa julgada e sem cessar sua eficácia com a extinção do feito até que seja revogada ou modificada pela instauração de procedimento de cognição exauriente. Se as partes permanecerem inertes, a decisão continuará produzindo todos os seus efeitos até se tornar definitiva em razão do decurso do prazo prescricional previsto no direito material.

Nesse contexto, a finalidade do *référé* não é a composição do conflito de forma definitiva, mas a estabilização de uma situação de fato. Dessa forma, a decisão que concede a medida é desprovida de aptidão à formação de coisa julgada, uma vez que não há resolução do mérito do litígio, cabendo às partes decidir sobre a instauração ou não do processo principal (LIMA; EXPÓSITO, 2015, p. 07).

Ademais, o procedimento do *référé* é sumário, simplificado, célere e sem formalismos, podendo ser instaurado de forma antecedente ou incidental ao procedimento de cognição plena. O primeiro ato é a citação do réu para comparecer à audiência. Efetivado o contraditório, que é oral e sem a obrigatoriedade de representação por advogado, a decisão será proferida em audiência pública, devendo ser motivada (GOMES, 2017, p. 17).

ressalte-se, ainda, que o instituto é extremamente eficaz, segundo pesquisa realizada por Ada Pellegrini Grinover, citada por Frederico Augusto Gomes (2017, p. 19), uma vez que mais de 90% dos casos são solucionados sem a necessidade de instauração de procedimento de cognição plena.

No direito italiano, a tutela sumária autônoma foi instituída no âmbito do processo cautelar preparatório, quando neste se deferem medidas de antecipação dos efeitos da sentença de mérito, admitindo-se a eficácia própria de tais provimentos e tornando prescindível a propositura de procedimento de cognição plena.

O direito brasileiro, seguindo a linha evolutiva da tutela sumária dos direitos francês e italiano, instituiu a estabilização da tutela de urgência na modalidade antecipada, permitindo a desvinculação entre a tutela de cognição sumária e a tutela de cognição exauriente. Dessa forma, como se verá adiante, a técnica da estabilização permite que a decisão concessiva da tutela antecipada antecedente possa resolver o litígio de direito material, sem formar coisa julgada e sem a necessidade de sequenciamento para o procedimento de cognição exauriente.

2.2 Objetivo da estabilização da tutela provisória de urgência antecipada

O CPC/15, ao tratar do procedimento da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, passou a admitir a estabilização dessa medida como decisão hábil, por si só, a resolver o conflito de direito material, o que possibilitou a autonomização da tutela de cognição sumária.

A autonomização significa que a decisão que concede a tutela antecipada, quando estabilizada, dispensa qualquer decisão posterior que vise confirmá-la. Pode-se afirmar, assim, que essa decisão é bastante em si mesma, porquanto, se não for questionada na forma prevista no CPC/15, produzirá efeitos indefinidamente, mesmo após a extinção do processo, e não formará coisa julgada (CARDOSO, 2017, p. 52).

Com efeito, o principal objetivo dessa técnica é desvincular a tutela de cognição sumária da tutela de cognição exauriente, tornando eventual e facultativa a instauração do processo principal.

Assim, com a estabilização da tutela antecipada, o magistrado se abstém de realizar uma ampla investigação dos fatos para declarar um direito, pois essa declaração é prescindível tanto para o autor, que está satisfeito com os efeitos da medida antecipatória, quanto para o réu, que se conformou com a tutela concedida à aparência de direito do autor, seja pela baixa possibilidade de sucesso de sua defesa, seja porque a medida concedida e efetivada é faticamente irreversível (GOMES, 2017, p. 60-61).

Nesse sentido, Andrade e Theodoro Jr. (2012, p. 27) sustentam que a estabilização dos efeitos da tutela tenciona satisfazer três exigências fundamentais do sistema processual atual: (a) exigência de economia processual; (b) exigência de efetividade do processo; e (c) exigência de impedir abuso do direito de defesa.

De fato, a estabilização promove economia e efetividade processual. Isso porque, em razão do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o autor poderá limitar-se a indicar a lide e seu fundamento, a expor sumariamente o direito que se objetiva assegurar e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Essa simplificação torna mais acessível e ágil o acesso à justiça, por **não** ser necessário que a parte produza provas em demasia para a comprovação de eventual pedido final.

Nada obstante, tratando-se de procedimento célere e de menor complexidade, **há uma** significativa redução de custos a ambas as partes. Explica-se.

Solucionada a situação fática material, o sequenciamento para o processo de cognição plena não traria nenhum benefício fático à parte autora, que precisaria arcar com as custas processuais, honorários de advogado e produção de provas que comprovassem o pedido principal.

O réu também poderá não ter interesse no prosseguimento do feito após a decisão que conceder a tutela antecipada, seja pela baixa possibilidade de sucesso de sua defesa, seja porque a medida concedida e por ele efetivada é faticamente irreversível. Assim, prosseguir com o processo somente lhe trará mais ônus e, ainda que não seja necessário o adiantamento das custas processuais ou honorários periciais, caso seja sucumbente, será responsabilizado a arcar com tais verbais processuais (GOMES, 2017, p. 60).

Nesse contexto, a estabilização da tutela antecipada possibilita que autor e réu reflitam sobre o custo-benefício da coisa julgada e do custo de oportunidade da eventual revogação da tutela antecipada (GOMES, 2017, p. 60).

De mais a mais, além do interesse privado na estabilização da tutela antecipada, há, também, interesse público na diminuição dos processos em trâmite, principalmente quando o prosseguimento do processo não satisfaz o interesse das partes, servindo tão somente para abarrotar o Poder Judiciário de processos, cujos conflitos já foram resolvidos com a decisão que concedeu a tutela antecipada (GOMES, 2017, p. 61).

Assim, a técnica da estabilização visa tornar mais célere e efetiva a atuação do processo em relação ao direito material, possibilitando a cooperação entre os sujeitos processuais, nas situações em que a vontade das partes pretende apenas a solução sumária do litígio.

2.3 Requisitos da estabilização da tutela antecipada

O art. 304, *caput* e §§1º e 3º, do CPC/15 prevê que a estabilização da tutela antecipada ocorrerá quando ela for concedida em caráter antecedente e não for impugnada pelo réu. Se isso acontecer, o processo será extinto, e a decisão continuará produzindo efeitos enquanto não for

ajuizada ação autônoma para revisá-la, reformá-la ou invalidá-la. Para tanto, é preciso que estejam presentes determinados pressupostos.

O primeiro requisito é que o autor tenha requerido a concessão de tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, manifestando expressamente a opção por esse procedimento, conforme preconiza o art. 303, §5º, do CPC/15, uma vez que somente a tutela antecipada antecedente poderá se estabilizar.

Nesse ponto, é importante ressaltar que há uma discussão doutrinária sobre o §5º do art. 303 do CPC/15, o qual dispõe que o autor deverá indicar que pretende se valer do benefício previsto no *caput* do citado artigo, qual seja, do requerimento da tutela antecipada de caráter antecedente. Essa discussão levanta a hipótese de que o benefício a que se refere o dispositivo seria o da estabilização dos efeitos da tutela, de forma que o autor, ao ajuizar o procedimento antecedente, deveria manifestar expressamente se teria interesse ou não na estabilização da tutela antecipada. Trata-se, contudo, de posição minoritária.

Ora, o *caput* do art. 303 do CPC/15 diz respeito tão somente aos requisitos da petição inicial do procedimento antecedente de requerimento da tutela antecipada, sendo que o único benefício nele previsto é o da petição simplificada. A exigência do §5º do citado artigo decorre da necessidade de o juiz saber de forma clara se o autor está requerendo a antecipação dos efeitos da tutela ou se houve ausência de técnica e se trata de uma petição inicial inepta, merecedora de emenda. Dessa forma, não há relação entre o benefício constante desse dispositivo e a estabilização da tutela.

O segundo requisito é que haja decisão concessiva da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, pois somente a decisão positiva possui aptidão para se tornar estável (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 607-608).

Assim, recebida a petição inicial, o juiz verificará se há probabilidade de existência do direito alegado, bem como se há demonstração do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, em caso de não fruição imediata do direito pleiteado. Se cumpridos os pressupostos necessários ao deferimento do pedido de tutela antecipada antecedente, o juiz irá deferir o pedido e adotar as medidas indicadas no §1º do art. 303 do CPC/15, quais sejam, intimar o autor para aditar a petição inicial e determinar a citação e intimação do réu para adotar as providências que entender de direito quanto à decisão sumária.

Entretanto, nesse ponto, ocorre uma incongruência sistemática. É que, nos termos do §2º do art. 303 do CPC/15, se o autor não aditar a petição inicial, o processo será extinto sem resolução do mérito, e, se o autor realizar o aditamento, a possibilidade de estabilização da tutela antecipada se inviabilizaria, porque o próprio autor estaria manifestando interesse pela conversão do procedimento sumário em procedimento de cognição plena e exauriente. E mais: tendo em vista que o autor teria o prazo de 15 dias para aditar a inicial, contados da sua intimação quanto ao deferimento da decisão, o prazo para a resposta do réu será iniciado da data em que for intimado do aditamento da petição inicial.

Nesse contexto, faz-se necessária uma interpretação dos artigos 303 e 304 do CPC/15. A partir da leitura desses dispositivos, pode-se afirmar que o suporte fático da estabilização é com-

posto tão somente pela concessão da tutela antecipada e pela inércia do réu, de forma que a conduta do autor em relação ao aditamento da petição inicial é fato irrelevante para a estabilização.

Com efeito, a estabilização da tutela dependerá tão somente da concessão da tutela antecipada requerida em caráter antecedente e da ausência de manifestação recursal do réu, uma vez que a estabilização **é um efeito automático da falta de reação do réu** (MARINONI, 2017, p. 236-237). Assim, a conduta do autor quanto ao aditamento não emerge como pressuposto para a estabilidade, mas sim para o prosseguimento do processo para buscar a cognição plena e exauriente (CAVALCANTI NETO, 2015, p. 02).

Nesse sentido, Nunes e Andrade (2015, p. 27) ressaltam que:

> [...] entendimento contrário inviabilizaria o uso do instituto de modo análogo ao direito estrangeiro, onde, muitas vezes, a parte autora almeja somente a decisão satisfativa, sem interesse em aprofundar a temática; aspecto, que é mais adequado inclusive no que tange à economia processual.

Ilustrativo é, a propósito, o Enunciado nº 19 do TJMG: "o autor do requerimento de tutela antecipada antecedente concedida só estará obrigado a aditar a petição inicial se houver a interposição de recurso" (BRAGA, 2016, p. 68).

Dessa forma, após acolher o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, o juiz deverá determinar a citação do réu e sua intimação para interpor o respectivo recurso. Acaso interposto, o processo antecedente se converterá em processo principal, seguindo as regras do procedimento de cognição exauriente. Por outro lado, se o recurso não for interposto, a decisão concessiva da tutela antecipada estabilizará seus efeitos e o processo será extinto, nos termos do art. 304, §1º, do CPC/15.

Ainda quanto **à**s medidas a serem adotadas pelo juiz, é interessante saber se a decisão que concede a tutela antecipada parcialmente é apta a estabilizar-se.

De acordo com Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 608), isso será possível tão somente na parcela em que o pedido do autor quanto à tutela antecipada foi concedido. Nessa hipótese, ante a inércia do réu, estabilizam-se os efeitos desse pedido, prosseguindo-se a discussão em relação aos demais pedidos.

Com efeito, considerando-se que no CPC/15 há autorização para o julgamento parcial de mérito, previsto no art. 356, não há óbice para a estabilização parcial, nas hipóteses em que o juiz deferir apenas uma parcela do pedido do autor ou quando a parte autora formular dois pedidos e o juiz antecipar apenas um (SICA, 2015, p. 13).

Por fim, o terceiro e último requisito é a inércia do réu diante da decisão que concede a tutela antecipada antecedente.

Ao ser intimado do deferimento da tutela antecipada, o réu possui duas alternativas: insurgir-se contra a decisão, mediante interposição de recurso, ou quedar-se inerte, conformando-se com a decisão proferida e permitindo a estabilização da decisão provisória.

Em relação à segunda opção, o art. 304, *caput*, do CPC/15 dispõe que "a tutela antecipada concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso".

De acordo com Araken de Assis (2016, p. 18-19), a definição clássica de recurso é a de que ele é um remédio voluntário de impugnação, hábil a ensejar a reforma, invalidação, esclarecimento ou integração da decisão judicial a ser impugnada, dentro do mesmo processo. Veja-se:

> [...] o CPC de 2015 omitiu-se de enunciar conceito explícito de recurso, à semelhança do CPC de 1939 e do CPC de 1973, retiram-se do art. 994 duas características comuns: (a) os remédios aí catalogados não instauram novo processo, mas prolongam, simplesmente, o processo pendente, nos mesmos autos (v.g., a apelação) ou em autos distintos (v.g., o agravo de instrumento); (b) os remédios do art. 994 nascem da iniciativa de alguém interessado em impugnar a decisão. *Formulou-se, nessa conjuntura, a clássica definição haurida dos dados do direito positivo, estimando recurso "o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração da decisão judicial que se impugna*". (grifos nossos).

Desse modo, somente podem ser considerados recursos os mecanismos expressamente previstos no art. 994 do CPC/15, quais sejam, apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência.

O art. 1.015 do CPC/15 trata especificamente do recurso de agravo de instrumento, sendo ele o recurso cabível contra as decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias, nos termos do inciso I do referido artigo.

Assim, é incontroverso que o recurso de agravo de instrumento, além de ter aptidão para reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada, impedirá a estabilização de seus efeitos.

Contudo, parte da doutrina defende que outros mecanismos de impugnação, além do agravo de instrumento, ou até mesmo quaisquer mecanismos de defesa, são hábeis a impedir a estabilização da tutela antecipada.

Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 608-609) sustentam que, para que se considere inércia do réu, é necessário que ele não tenha se valido de recurso, nem de nenhum outro meio de impugnação da decisão.

De igual modo, Marinoni (2017, p. 234) entende que qualquer forma de reação do réu deve ser vista como sinal de inconformidade, capaz de determinar o prosseguimento do processo tanto para a discussão do litígio quanto para que o autor se desincumba do ônus de provar as alegações de fato que foram admitidas como prováveis.

No mesmo sentido são as opiniões de Eduardo José da Fonseca Costa (2016, p. 427) e Alvim (2017, p. 723), que afirmam que o recurso de agravo de instrumento não é o único meio de opor-se ao preceito contido na decisão antecipatória de tutela, porquanto a oposição também pode fazer-se por meio de sucedâneos recursais.

Idênticas são as posições de Eduardo de Avelar Lamy e Fernando Vieira Luiz (2006, p. 115) e Bernardo Silva Lima e Gabriela Expósito (2015, p. 11), que entendem não ser constitucionalmente compatível a restrição ao direito fundamental à obtenção de tutela jurisdicional adequada. Com base nessa visão, depreende-se que a extinção do processo com a estabilização da tutela, caso o réu houvesse impugnado a decisão por outro meio, além do recurso de agravo de instrumento, seria inconstitucional.

Esse é, inclusive, o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que, ao julgar Recurso Especial 1760966/SP[4], deu interpretação extensiva ao art. 304 do Código de Processo Civil para considerar que outras formas de impugnação, como a contestação, podem impedir a estabilização da tutela antecipada:

> RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE. ARTS. 303 E 304 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015.
>
> JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU QUE REVOGOU A DECISÃO CONCESSIVA DA TUTELA, APÓS A APRESENTAÇÃO DA CONTESTAÇÃO PELO RÉU, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRETENDIDA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. EFETIVA IMPUGNAÇÃO DO RÉU.
>
> NECESSIDADE DE PROSSEGUIMENTO DO FEITO. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.
>
> 1. A controvérsia discutida neste recurso especial consiste em saber se poderia o Juízo de primeiro grau, após analisar as razões apresentadas na contestação, reconsiderar a decisão que havia deferido o pedido de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, nos termos dos arts. 303 e 304 do CPC/2015, a despeito da ausência de interposição de recurso pela parte ré no momento oportuno.
>
> 2. O Código de Processo Civil de 2015 inovou na ordem jurídica ao trazer, além das hipóteses até então previstas no CPC/1973, a possibilidade de concessão de tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a teor do que dispõe o seu art. 303, o qual estabelece que, nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial poderá se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.
>
> 2.1. Por essa nova sistemática, entendendo o juiz que não estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, o autor será intimado para aditar a inicial, no prazo de até 5 (cinco) dias, sob pena de ser extinto o processo sem resolução de mérito.
>
> Caso concedida a tutela, o autor será intimado para aditar a petição inicial, a fim de complementar sua argumentação, juntar novos documentos e confirmar o pedido de tutela final. O réu, por sua vez, será citado e intimado para a audiência de conciliação ou mediação, na forma prevista no art. 334 do CPC/2015. E, não havendo autocomposição, o prazo para contestação será contado na forma do art. 335 do referido diploma processual.

4 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1760966/SP. Relator(a): min. Marco Aurélio Bellizze. Terceira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 dez. 2018.

> 3. Uma das grandes novidades trazidas pelo novo Código de Processo Civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, instituto inspirado no référé do Direito francês, que serve para abarcar aquelas situações em que ambas as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença), nos termos do que estabelece o art. 304, §§ 1º a 6º, do CPC/2015.
>
> 3.1. Segundo os dispositivos legais correspondentes, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução de mérito. No prazo de 2 (dois) anos, porém, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo, as partes poderão pleitear, perante o mesmo Juízo que proferiu a decisão, a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, devendo se valer de ação autônoma para esse fim.
>
> 3.2. É de se observar, porém, que, embora o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária, sob pena de se estimular a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, além do ajuizamento da ação autônoma, prevista no art. 304, § 2º, do CPC/2015, a fim de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. [...]

Em sentido contrário, Nunes e Andrade (2015, p. 16), Cunha (2016, p. 313), Wambier e Talamini (2016, p. 458) sustentam que a estabilização decorre da ausência de interposição de agravo de instrumento, de forma que qualquer outro meio de impugnação não impedirá a estabilização dos efeitos da tutela.

Ora, o *caput* do art. 304 do CPC/15 condiciona a estabilização da tutela antecipada à não interposição de recurso, sendo este o agravo de instrumento, nos termos do art. 1.015, I, do CPC/15.

Para se adotar uma interpretação extensiva, sistemática e teleológica, a interpretação histórica não pode ser afastada. No anteprojeto do CPC, o Senado Federal alterou a redação do atual art. 304 quanto ao instrumento processual capaz de impedir a estabilização, substituindo "impugnação" para "recurso" (NUNES; ANDRADE, p. 22). Não tem sentido o juiz, que não é legislador, optar pelo resgate de uma hipótese que fora antes rejeitada pelo Parlamento.

Nesse sentido, Nunes, Aragão e Barbosa (2018, p. 03-05), discorrendo acerca da fragilidade da adoção da interpretação extensiva em relação à ampliação do rol taxativo do agravo de instrumento, concluíram que o uso da interpretação extensiva não é o meio adequado para corrigir eventuais distorções e incompletudes do modelo atual de recorribilidade das decisões interlocutórias, argumento que pode ser aplicado por analogia à hipótese da inércia do réu na estabilização da tutela antecipada. A propósito:

> [...] *se o legislador quisesse incluir a hipótese de recorribilidade das decisões interlocutórias que versam sobre competência no rol do artigo 1.015, CPC, ele assim o teria feito de forma expressa.*
>
> *Até porque, quando o projeto do CPC ainda tramitava no Congresso, o seu texto chegou a ser*

> *alterado pela Câmara dos Deputados para que fosse incluída tal hipótese (artigo 1.028, X), sendo, contudo, rechaçada pelo Senado Federal. Assim, a ausência de previsão legislativa em relação à matéria impede que seja conferida à norma uma interpretação elástica a ponto de se criar hipóteses de recorribilidade de agravo que não estejam previstas no texto legal. [...]*
>
> Dessa forma, tem-se que é possível delinear variados impactos em torno do uso dessa interpretação extensiva, uma vez que não é possível definir, a princípio, qual seria o limite interpretativo dessa técnica, abrindo-se, então, a possibilidade de outras discussões interpretativas em torno de cada um dos incisos do artigo em comento, o que, certamente, não era o objetivo inicial do legislador. Essa técnica, portanto, apresenta sérios riscos de extrapolação e de decisionismos que mitigam a previsibilidade inerente ao sistema processual.
>
> Acrescenta-se, ainda, o sério risco que esse método da interpretação extensiva pode oferecer para o sistema preclusivo e, consequentemente, à segurança jurídica. Isso porque, ao estender as hipóteses de recorribilidade imediata a outras situações não previstas expressamente no artigo 1.015, pode-se criar, por conseguinte, novas hipóteses de preclusão imediata que, potencialmente, levarão ao contexto "de grave insegurança jurídica, em que os profissionais não terão mais segurança do que preclui ou não de imediato", sendo possível prever que muitos profissionais passarão a agravar de qualquer decisão a fim de se evitar a configuração da preclusão, gerando-se, com isso, o efeito reverso à eficiência procedimental.[...]
>
> Assim, tem-se que o uso da interpretação extensiva se soma aos problemas já existentes em torno do artigo 1.015 do CPC vigente, abrindo amplas possibilidades de recorribilidade bem como de discussões interpretativas em torno de cada um dos incisos do referido artigo, contrariando, dessa forma, toda a proposta legislativa que norteou a elaboração do diploma vigente.
>
> *Diante desse cenário, conclui-se que o uso da interpretação extensiva não é o meio adequado para corrigir as eventuais distorções e incompletudes do modelo atual de recorribilidade das decisões interlocutórias, de modo que mostra-se necessária a implementação de uma pontual reforma legislativa, a qual, sim, se revela como a via correta e adequada para a solução da controvérsia gerada em torno do artigo 1.015 do CPC/2015 e para resolver o tumulto processual já existente nos tribunais brasileiros.* (grifos nossos).

Assim, defende-se ser incabível a interpretação extensiva ao presente caso, sendo o recurso de agravo de instrumento o único meio de impugnação hábil a impedir a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente.

De mais a mais, ressalte-se que os processualistas Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 608-609) e Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 216) admitem que a apresentação de contestação no prazo do recurso afasta a inércia e impede a estabilização, uma vez que é clara a vontade do réu de prosseguir para o procedimento de cognição exauriente.

No entanto, tendo em vista que a petição inicial do procedimento antecedente de requerimento de tutela antecipada é uma petição simplificada, contendo apenas os requisitos hábeis a possibilitar a análise do pedido de tutela em situação de urgência, a apresentação de uma contestação antes do protocolo da petição inicial completa poderia transformar o procedimento antecedente em procedimento comum, sem que houvesse pedido de tutela final a ser contraditado.

Além disso, a apresentação de contestação poderia contrariar o sentido buscado pelo legislador, qual seja, permitir a eficácia da decisão com a extinção do procedimento antecedente, fazendo com que a estabilização dependesse da falta geral de impugnação do réu (NUNES; ANDRADE, p.17).

Dessa forma, o recurso de agravo de instrumento é o meio de impugnação hábil a impedir a estabilização da tutela antecipada, se interposto tempestivamente, ainda que não seja conhecido posteriormente, tendo em vista o entendimento consolidado da jurisprudência de que o recurso tempestivo, ainda que inadmissível, é apto a evitar a preclusão da matéria recorrida (SICA, 2015, p. 08).

Há, ainda, que se cogitar a possibilidade de inércia parcial do réu, que ocorrerá quando for concedida tutela antecipada com mais de um capítulo e o réu impugnar via agravo de instrumento apenas um dos capítulos decisórios. Nesse caso, a estabilização incidirá nos capítulos não impugnados pelo réu (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 610).

Diante do exposto, depreende-se que, para haver estabilização, é necessário que o autor tenha requerido a tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente, que o juiz tenha concedido essa tutela e que o réu não interponha recurso de agravo de instrumento.

Na ausência desses pressupostos, não haverá estabilização. Contudo, as partes poderão celebrar entre si negócio jurídico, antes ou durante o processo, prevendo a estabilização, nos termos da cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC/15. Nesse sentido é o Enunciado nº 32 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Além da hipótese prevista no art. 304, é possível a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência antecedente".

2.4 Ação autônoma para revisão da estabilização da tutela antecipada

Estabilizada a decisão que concede a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e extinto o processo, qualquer das partes poderá, no prazo decadencial de dois anos (NUNES; ANDRADE, p. 21), contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, propor ação autônoma com pedido de revisão, reforma ou invalidação dessa decisão, nos termos do art. 304, §§2º e 5º, do CPC/15.

Em relação à legitimidade para a propositura da ação, o autor poderá ajuizá-la para confirmar a decisão, com a finalidade de discutir amplamente a questão de direito material, sob cognição exauriente, com aptidão para formar coisa julgada. Já o réu, que se manteve inerte, poderá retomar a discussão para revisar, reformar ou invalidar a decisão que extinguiu o processo. Para tanto, ambas as partes terão o prazo decadencial de dois anos para ajuizar a ação autônoma. Trata-se de prazo submetido à decadência "[...] pois limita temporalmente o exercício de um direito potestativo (o direito de desconstituir a tutela que se estabilizou)" (WAMBIER; TALAMINI, 2016, p. 458).

Ressalte-se, no entanto, que se as partes estiverem satisfeitas com a decisão antecipatória, baseada em cognição sumária, sem aptidão para formação de coisa julgada, mas que resolve faticamente o litígio, não estarão obrigadas a ajuizar a ação autônoma para obter decisão de cog-

nição exauriente. Isso porque a decisão que concede a tutela antecipada produz seus efeitos independentemente da propositura de processo de conhecimento, quando as partes não têm interesse nos efeitos da coisa julgada (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 19).

Dessa maneira, fica facultado às partes prosseguir no processo, para obter decisão de cognição plena, ou contentar-se com procedimento mais célere, baseado em cognição sumária e voltado para a solução adequada do conflito, sem que se opere a coisa julgada.

É justamente a possibilidade de propositura de ação autônoma, de cognição exauriente, com pedido de revisão, reforma ou invalidação da decisão que concede a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente e afasta os argumentos de inconstitucionalidade da estabilização, com base em violação da garantia de defesa ou do acesso à jurisdição (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 19).

A competência para o conhecimento e julgamento dessa ação será do juízo que concedeu a tutela antecipada estabilizada, em razão de sua prevenção. Para instruir a petição inicial, a parte poderá requerer o desarquivamento dos autos do processo em que foi concedida a tutela antecipada (art. 304, §4º, CPC/15).

Em relação ao ônus probatório, ele não deve ser alterado, uma vez que a ação autônoma é um mero seguimento da discussão iniciada no processo anterior. Há uma inversão da iniciativa (MITIDIERO, 2015, p. 17), que se apoia na realização eventual do contraditório por iniciativa do interessado, mas que não autoriza a inversão do ônus da prova. Dessa forma, se, no procedimento antecedente, incumbia ao autor o ônus de provar fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, I, do CPC/15, esse ônus permanece, ainda que haja inversão da iniciativa do contraditório, ressalvada, contudo, a possibilidade sobre distribuição diversa, na forma do art. 373, §3º, do CPC/15 (LAMY; LUIZ, 2006, p. 123).

Assim, até que a ação autônoma seja proposta, a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente continuará produzindo seus efeitos, porquanto a decisão que a concedeu encontra-se estabilizada.

2.5 Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada e coisa julgada

Nos termos do §6º do art. 304 do CPC/15, a decisão que concede a tutela antecipada não possui aptidão para formar coisa julgada, mas a estabilidade de seus efeitos só será afastada por decisão proferida em ação autônoma que a revir, reformar ou invalidar.

Antes de esclarecer qual a relação entre a estabilização da tutela antecipada e a coisa julgada, é necessário delinear o conceito de coisa julgada no novo CPC.

O art. 504 do CPC/15 define a coisa julgada material como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso. Esse conceito se aproxima da definição teórica formulada pelo autor italiano Enrico Tullio Liebman, na primeira metade do século XX (DELLORE, 2018, p. 02).

Segundo Liebman (1984, p. 42-61), a autoridade da coisa julgada não é o efeito da sentença, mas uma qualidade, um modo de ser e de manifestar-se dos seus efeitos. Para ele, a coisa julgada faz com que os efeitos de uma sentença permaneçam irrevogavelmente adquiridos pela parte vencedora. Assim, a coisa julgada torna os efeitos da sentença imutáveis e impede que outro juízo julgue novamente a causa de modo diverso. A propósito:

> Assim, a eficácia de uma sentença não pode por si só impedir o juiz posterior, investido também ele da plenitude dos poderes exercidos pelo juiz que prolatou a sentença, de reexaminar o caso decidido e julgá-lo de modo diferente. Somente uma razão de utilidade política e social – o que já foi lembrado – intervém para evitar essa possibilidade, tornando o comando imutável quando o processo tenha chegado à sua conclusão, com a preclusão dos recursos contra a sentença nele pronunciada.
>
> Nisso consiste, pois, a autoridade da coisa julgada, que se pode definir, com precisão como a imutabilidade do comando emergente de uma sentença. Não se identifica ela simplesmente com a definitividade e intangibilidade do ato que pronuncia o comando; é, pelo contrário, uma qualidade, mais intensa e mais profunda, que reveste o ato também em seu conteúdo e torna assim imutáveis, além do ato em sua existência formal, os efeitos, quaisquer que sejam, do próprio ato.

Nesse sentido, Liebman (1984, p. 61) atribui à coisa julgada uma função negativa e positiva. A primeira relaciona-se ao fato de que o caso, quando transitado em julgado, não poderá ser novamente decidido, enquanto a segunda obriga os magistrados a reconhecerem a decisão da sentença que transitou em julgado.

À vista disso, é necessário investigar se a estabilização dos efeitos da decisão que concede a tutela antecipada reveste-se de alguma dessas funções.

De acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 517), a função negativa veda um novo julgamento a respeito do processo que transitou em julgado, impedindo que ele se desenvolva e que a tutela jurisdicional seja prestada novamente.

A estabilização da tutela antecipada possui, de certo modo, uma eficácia negativa limitada aos efeitos práticos do procedimento sumário, nos estritos limites almejados na tutela de urgência (ALVIM, 2017, p. 728), uma vez que não poderá outro magistrado decidir o pedido urgente novamente, porquanto os efeitos da decisão estarão estabilizados (GOMES, 2017, p. 91).

A tutela estabilizada, no entanto, não possui a função positiva, a qual é compreendida como a necessidade de absorção da coisa julgada como conteúdo de outro processo, este não suscetível de discussão e incapaz de fundamentar um novo pedido (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 518).

É que, embora o pedido urgente não possa ser apreciado novamente por outro magistrado, seu conteúdo não é imutável, com força vinculante para todos os juízos.

Ora, não é o conteúdo da decisão que se torna imutável e indiscutível, como na coisa julgada, são os efeitos da tutela do direito que se prolongam no tempo, ante a desnecessidade de confirmação da decisão por outra em processo de cognição exauriente posterior, bem como em razão da subsistência da decisão mesmo após a extinção do procedimento em que foi concedida.

Dessa maneira, a decisão que concedeu a tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente, sob cognição sumária, continuará produzindo seus efeitos após a extinção do procedimento. Até mesmo por isso, essa decisão não se reveste da coisa julgada, tendo em vista a impossibilidade de uma decisão fundada em cognição sumária – não precedida de amplo debate acerca dos fundamentos de fato e de direito e cuja matéria discutida se limitou à probabilidade de direito e risco ao resultado útil do processo – ter aptidão para formar a coisa julgada material, a qual exige o amplo exercício do contraditório em procedimento de cognição exauriente.

Nada obstante, a decisão estabilizada só será revisada, reformada ou invalidada se houver outra decisão nesse sentido em procedimento específico, baseado em cognição exauriente, cuja propositura deverá respeitar o prazo decadencial de dois anos. Decorrido esse prazo, a estabilização da decisão sumária será definitiva e, ainda assim, não formará a coisa julgada material (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 21).

Essa estabilização definitiva, materializada após o transcurso do prazo para ajuizamento da ação autônoma, decorre dos institutos da prescrição e da decadência, envolvendo, por conseguinte, o decurso de prazo para discutir a exigibilidade do direito material (NUNES; ANDRADE, 2015, p. 24).

Assim, ultrapassados os dois anos previstos no art. 304, §5º, do CPC/15, as partes não poderão rediscutir a matéria em ação de cognição exauriente, mas, se, eventualmente, essa ação for ajuizada, o juiz não poderá extinguir o processo sem resolução do mérito, com base em preliminar de coisa julgada, prevista no inciso V do art. 485 do CPC/15. Ele deverá analisar o mérito, permitindo às partes o pleno exercício do contraditório, e, ao reconhecer que a matéria se encontra estabilizada na forma do art. 304, §6º, do CPC/15, deverá extinguir o processo com resolução do mérito, em razão de prescrição ou decadência do direito material, nos termos do art. 487, II, do CPC/15 (NUNES; ANDRADE, p. 24).

Depreende-se, desse modo, que a estabilização da tutela antecipada não se confunde com a coisa julgada, conforme a dicção do inciso §6º do art. 304 do CPC/15.

Por fim, ressalte-se o descabimento da ação rescisória à decisão concessiva da tutela antecipada. A ação rescisória é definida nos artigos 966 a 975 do CPC/15 e possui a finalidade de desconstituir a decisão acobertada pela coisa julgada. No entanto, a decisão que defere a tutela de urgência antecipada requerida em caráter antecedente não produz coisa julgada, não cabendo contra ela ação rescisória. Nesse sentido é o Enunciado nº 33 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Não cabe ação rescisória nos casos de estabilização da tutela antecipada de urgência" (CUNHA, 2016, p. 314).

3. ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA ANTECIPADA EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

3.1 Conceito de Fazenda Pública

Historicamente, a expressão Fazenda Pública relaciona-se à área da Administração Pública que trata da gestão das finanças estatais (CUNHA, 2016, p. 05).

Em decorrência do uso frequente do termo no cotidiano forense para designar a atuação do Estado em juízo, a expressão passou a ser adotada em sentido mais amplo, representando a personificação do Estado (CUNHA, 2016, p. 05), abrangendo, por conseguinte, as pessoas jurídicas de direito público. Assim, quando um ente público estiver ocupando o polo de uma ação judicial, ainda que não se trate de matéria fiscal ou financeira, este poderá ser designado pela expressão Fazenda Pública. Nesse sentido, preleciona José dos Santos Carvalho Filho (2016, p. 618):

> Em algumas espécies de demanda, as pessoas de direito público têm sido nominadas de Fazenda Pública, e daí expressões decorrentes, como Fazenda Federal, Fazenda Estadual e Fazenda Municipal. Trata-se de mera praxe forense, usualmente explicada pelo fato de que o dispêndio com a demanda é debitado ao erário da respectiva pessoa. Entretanto, Fazenda Pública igualmente não é pessoa jurídica, de modo que, encontrando-se tal referência no processo, deverá ela ser interpretada como indicativa de que a parte é a União, o Estado, o Município e, enfim, a pessoa jurídica a que se referir a Fazenda.

Entende-se por pessoa jurídica de direito público as que integram a Administração Pública direta e indireta, nos termos do art. 4º do Decreto-Lei nº 200/1967, que dispõe sobre a organização da Administração Pública Federal. A Administração Pública direta compreende a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os órgãos que compõem sua estrutura, ao passo que a Administração Pública indireta é composta pelas autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Se a expressão Fazenda Pública se identifica com as pessoas jurídicas de direito público, tal conceito não é extensível às empresas públicas e sociedades de economia mista, por estarem submetidas ao regime jurídico de direito privado. Dessa forma, a expressão Fazenda Pública abrange a União, os Estados, os Munícipios, o Distrito Federal, suas respectivas autarquias e fundações de direito público (CUNHA, 2016, p. 06).

Por fim, saliente-se que são acrescidas ao rol de pessoas jurídicas de direito público as agências reguladoras e executivas, às quais se têm atribuído a natureza jurídica de autarquias especiais, por desempenharem atividade pública, razão por que também integram o conceito de Fazenda Pública. Além disso, as associações públicas também possuem natureza jurídica de direito público e, por conseguinte, integram o conceito de Fazenda Pública, em razão da formação de consórcio público com a Administração (CUNHA, 2016, p. 07).

3.2 A tutela provisória de urgência em face da Fazenda Pública

Inicialmente, destaque-se que o instituto da tutela provisória de urgência é cabível em face da Fazenda Pública, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas na legislação.

As vedações à concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, já previstas em leis pretéritas, foram sistematizadas no art. 1.059 do CPC/15, que dispõe que: "À tutela provisória requerida contra a Fazenda Pública aplica-se o disposto nos arts. 1o a 4o da Lei no 8.437, de 30 de junho de 1992, e no art. 7o, § 2o, da Lei no 12.016, de 7 de agosto de 2009".

Diante disso, não se afigura cabível a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública em ações que tenham como objeto: a) a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou extensão de vantagens (art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009); b) a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior (art. 7º, §2º, da Lei 12.016/2009); c) a compensação de créditos tributários ou previdenciários (art. 1º, §5º, da Lei nº 8.437/1992).

E não é possível haver tutela de urgência contra a Fazenda Pública nas seguintes hipóteses: a) quando, na primeira instância, for impugnado ato de autoridade sujeita à competência originária do tribunal, na via de mandado de segurança (art. 1º, §1º, da Lei nº 8.437/1992); b) quando a medida esgotar, no todo ou em parte, o objeto da ação (art. 1º, §3º, da Lei nº 8.437/1992); e c) quando não puder ser concedida providência semelhante em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal (art. 1º, da Lei nº 8.437/1992).

Entretanto, embora seja admitida a concessão de tutela antecipada em face da Fazenda Pública, excetuadas as vedações legais, desde a década de 1990, instaurou-se intensa discussão doutrinária acerca da constitucionalidade dessas restrições (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 632).

Enquanto parte da doutrina entendia que as vedações legais eram inconstitucionais, por atentarem contra a garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional, outra parte afirmava que não haveria inconstitucionalidade nas restrições, porquanto, nas hipóteses em que era vedada a concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, não estariam preenchidos os requisitos para a sua concessão, seja por se tratar de medida irreversível ou porque ausentes o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (CUNHA, 2016, p. 303).

Essa discussão doutrinária trouxe o ensejo para que o STF se manifestasse acerca da questão no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 4 e, em alusão ao entendimento exposto na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 223-6, reconhecesse a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.494/1997, permitindo-se, assim, concluir que o reconhecimento da constitucionalidade se estendesse a todas as vedações legais à concessão da tutela antecipada em face da Fazenda Pública (DIDIER JR.; BRAGA; OLIVEIRA, 2015, p. 636).

Nada obstante, Didier Jr., Oliveira e Braga (2015, p. 636-638) salientam que, apesar de o STF ter reconhecido a constitucionalidade das restrições, a Suprema Corte vem conferindo interpretação restritiva a essas vedações, ratificando o entendimento constituído na ADI nº 223-6, de que a proibição de tutela provisória em face da Fazenda Pública pode ser relativizada à luz das circunstâncias do caso concreto. Nesse sentido, são as lições:

> Firmou-se o entendimento – perfeitamente aplicável aos dispositivos legais que ainda hoje limitam a concessão de tutela provisória contra o Poder Público – de que a vedação é, em tese, constitucional, uma vez que é razoável implantá-la para garantir a integridade do interesse público, mas que, no caso concreto, quando ela representar um óbice ao livre acesso à ordem jurídica justa, deverá ser afastada, em controle difuso de constitucionalidade. Reconhece a Suprema Corte que, embora não se tenha identificado a inconstitucionalidade do ato normativo em tese, ela pode ser detectada no caso concreto, em razão do conflito de valores existente. Isso porque nem toda conformação de interesses pode ser feita em abstrato, aprioristicamente. Nem sempre o legislador ou uma Corte Constitucional tem instrumentos adequados para fazê-la. Muitas vezes, a solução para um choque de valores fundamentais exige avaliação da realidade concreta e todas as suas nuanças.

De igual forma, Wambier e Talamini (2016, p. 468) afirmam que as restrições a que alude o art. 1.059 do CPC/15 devem ser interpretadas à luz da Constituição Federal, de modo que devem ser afastadas caso inviabilizem a prestação jurisdicional efetiva e adequada.

Não é outro o entendimento de Cunha (2016, p. 302-306), que sustenta que não há inconstitucionalidade nas vedações, pois essas hipóteses se prestam a enrijecer os pressupostos para o deferimento de tutelas de urgência em face da Fazenda Pública, objetivando evitar a vulgarização de tutelas provisórias em assuntos mais sensíveis. Contudo, o autor ressalva que se, concreta e excepcionalmente, estiver demonstrado pela parte autora o grave risco de dano em hipótese em que é vedada a concessão da tutela provisória em face da Fazenda Pública, o juiz deverá afastar a vedação legal e conceder a medida antecipatória, sem que haja afronta ao julgado proferido na ADC nº 4.

Diante do exposto, depreende-se que o STF firmou o entendimento de que as vedações à concessão da tutela antecipada contra o Poder Público estão em consonância com a Constituição Federal. Todavia, nada obsta que, excepcionalmente, o magistrado afaste a aplicação da norma restritiva e conceda a medida, se demonstrados pela parte autora os requisitos para a concessão da tutela antecipada no caso concreto.

3.3 Estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública

3.3.1 Interesse público

Para se considerar a possibilidade da estabilização da tutela antecipada em face da Fazenda Pública, é necessário compreender que o regime de direito público a que ela está submetida é pautado pelos princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público, os quais impõem restrições às atividades administrativas.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado deve ser observado na hipótese em que há conflito entre o interesse público e o particular, devendo predominar o primeiro, todavia, garantindo os direitos e garantias individuais.

O princípio da indisponibilidade do interesse público, por sua vez, estabelece que o Poder Público não pode dispor livremente dos bens e interesses públicos, cabendo a ele apenas geri-los e conservá-los, uma vez que a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos é a coletividade (CARVALHO FILHO, 2017, p. 56).

No âmbito da defesa jurisdicional do Estado, faz-se necessário esclarecer em que medida tais princípios influenciarão a atuação da Advocacia Pública, já que a esta cabe a defesa do interesse público.

Certamente, incumbe à Advocacia Pública defender em juízo o ponto de vista do Poder Público, apresentando o entendimento mais condizente com o interesse público, o qual, além de ser indisponível, constitui conceito jurídico vago, devendo ser delimitado no caso concreto.

No entanto, o fato de o interesse público ser indisponível não significa que o Poder Público não possa, em situações especiais, cumprir direitos alheios ou renunciar a determinadas pretensões infundadas quando constatar que não tem razão. Isso porque o agente público deve buscar a satisfação não somente do interesse secundário da Administração como sujeito jurídico em si mesmo, mas do interesse coletivo primário, formado pelo complexo de interesses prevalecentes na coletividade (TALAMINI, 2005, p. 04).

Não é outro o entendimento de Cunha (2014, p. 01):

> A indisponibilidade, entretanto, comporta gradações. Em algumas situações, embora o bem jurídico seja indisponível, outros valores constitucionais podem justificar que, mediante lei, o Poder Público renuncie a determinadas consequências, decorrências ou derivações do bem indisponível. [...]
>
> Ainda que a questão seja posta ao crivo do Poder Judiciário, cabe à Administração Pública, ao verificar que o particular tem razão, atender ao seu pleito e reconhecer a procedência do pedido. A circunstância de ter sido a questão judicializada não impede que haja o reconhecimento do direito, justamente por estar o Poder Público submetido ao princípio da legalidade.

Dessa forma, havendo conflito entre o interesse público primário e o secundário, cabe ao advogado público fazer valer o primeiro. Por conseguinte, excepcionalmente, quando a compreensão do interesse público for favorável ao administrado, a defesa do Poder Público deverá seguir no sentido da não resistência processual.

Por ser excepcional, a possibilidade de não resistência processual não deturpa a função de defesa do advogado público, em razão de sua autonomia e independência funcional.

Nesse sentido, discorre o procurador federal Fernando Bianchi Rufino (2014, p. 03) acerca da autonomia do advogado público em deixar de recorrer na hipótese de se constatar que o Poder Público não tem razão:

> No âmbito do contencioso, cumpre esclarecer que inexiste a obrigação "cega" de contestar ou recorrer de toda ação ou decisão contrária à Administração. *O dever do advogado*

> *público é com o bem comum, o interesse público primário. Assim, esse profissional deve buscar sempre o cumprimento da Lei e da Constituição, mesmo que isso vá de encontro com os interesses públicos secundários da Administração. Defender um ato ilegal, não atende o propósito da Advocacia de Estado, assim como protelar a concessão de um direito reconhecido ao cidadão. Nessas circunstâncias, constatando-se que a razão não está com o Poder Público, o advogado público não só tem autonomia para não recorrer ou contestar, tem o dever de proceder dessa forma.* Como possui independência funcional não necessita de autorização de órgão superior, mas é aconselhável que submeta a sua decisão ao conhecimento da chefia imediata como uma forma de fiscalização da atuação.
>
> Diante de uma questão controvertida, deve o advogado público interpor recurso ou elaborar a defesa, enquanto se aguarda uma definição da matéria pelo Judiciário, essa seria a melhor forma de se resguardar o interesse público. *Caso, porém, o profissional conclua pela não interposição de recurso (ou não elaboração de defesa ou não ajuizamento de ação), deverá comunicar em tempo hábil a chefia imediata, que concordará ou não com sua manifestação. Ressalte-se que, por conta de sua independência funcional, em caso de não concordância, outro profissional deve ser destacado para o ato.* Na hipótese de não ser possível destacar outro advogado, o "subordinado" (sob o ponto de vista administrativo) atuará como "longa manus" do Estado. (grifos nossos).

É preciso ressaltar, contudo, que o procurador público responderá na hipótese em que agir com desvio de conduta, inclusive se assim proceder ao praticar o ato processual de reconhecimento do pedido em juízo. É por esse motivo que Rufino entende ser aconselhável que o advogado público submeta sua decisão ao conhecimento da chefia imediata, como forma de fiscalização da atuação.

Nesse prisma, saliente-se que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e a Advocacia-Geral da União editaram portarias que ampliam a dispensa de contestar e recorrer nos casos em que exista jurisprudência pacificada e consolidada nos tribunais superiores.

Essa regra confere mais segurança à autonomia de atuação do procurador público, além de trazer duas consequências imediatas: a redução da litigiosidade, com a consequente economia de recursos por parte do Judiciário e do contribuinte, e a possibilidade de o procurador se dedicar aos casos com maior chance de êxito.

Ressalte-se que essas desistências não representam prejuízo à defesa da Fazenda Pública, porquanto precisarão observar regras específicas, referentes às hipóteses em que será possível não se opor processualmente.

Além disso, o procurador público deverá conduzir a defesa de maneira fundamentada, baseando-se em interpretação condizente com a tutela do interesse público primário, mediante as possíveis interpretações cabíveis ao caso concreto, em jurisprudência ou em doutrina consolidada, mas longe do desvio de conduta, sob pena de responsabilização (NEVES, 2016, p. 28).

Ilustrativamente, admita-se o caso em que houve judicialização da questão relativa à recusa de fornecimento de medicamento que não estava especificado na lista de medicamentos de fornecimento gratuito pelo SUS (Portaria nº 2.982/2009). Nessa hipótese, é mister salientar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) apreciou o tema em julgamento de recurso repetitivo (Resp 1.657.156/RJ).

Nesse julgamento, o STJ definiu que constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, desde que presentes, cumulativamente, os seguintes requisitos: 1 - Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; 2 - Incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e 3 - Existência de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).[5]

Considerando que existe jurisprudência pacificada sobre o tema nos tribunais superiores, se houver a hipótese da negativa de fornecimento de medicamento e a parte autora comprovar todos os requisitos definidos pelo STJ, o reconhecimento da procedência do pedido é a medida mais condizente com a proteção do interesse público primário.

Na mesma direção, defende-se que a Fazenda Pública não está dispondo do interesse público ao reconhecer o pedido de tutela antecipada e deixar de interpor o recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva do citado benefício.

Ora, como se viu no capítulo anterior, a estabilização recai sobre os efeitos da decisão que concede a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, e não sobre a declaração do direito. Assim, importa saber se os efeitos da decisão serão indisponíveis, e não se o direito é indisponível.

Desse modo, somente não será possível a estabilização quando os efeitos da decisão estabilizada forem indisponíveis, ou seja, quando as consequências da decisão não poderiam, por expressa vedação, ser obtidas sem a decisão final (GOMES, 2016, p. 289).

Por outro lado, se o magistrado reconhecer a probabilidade do direito da parte autora, bem como o risco de resultado útil ao processo, e a Fazenda Pública também reconhecer que o autor tem razão, o advogado público deverá caminhar no sentido da não resistência processual, com a possibilidade da estabilização da tutela antecipada.

Assim, considerando-se o exemplo mencionado, se a parte autora comprovar os requisitos para a concessão da tutela antecipada antecedente, bem como os requisitos necessários para o fornecimento de medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, e se o advogado público não interpuser o recurso de agravo de instrumento da decisão concessiva da tutela antecipada, será possível a estabilização dos efeitos da tutela antecipada em face da Fazenda Pública.

Diante do exposto, depreende-se que o interesse público não constitui um óbice para a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública, ressalvadas as seguintes hipóteses: a) serem indisponíveis os efeitos da decisão estabilizada; b) as consequências da decisão não possam, por expressa vedação, ser obtidas sem a decisão final.

Tal raciocínio é corroborado pelo Enunciado nº 582, editado pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis: "Cabe estabilização da tutela antecipada antecedente contra a Fazenda Pública".

5 - BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.657.156/RJ. Relator: min. Benedito Gonçalves. *Diário de Justiça Eletrônico*. Brasília, 25 abr. 2018.

3.3.2 Remessa necessária

Diante da necessidade de remessa necessária da sentença proferida contra a Fazenda Pública, pode-se indagar se as mesmas regras se aplicam à decisão estabilizada e se o instituto poderia objetar o cabimento da estabilização da tutela antecipada em face do Poder Público.

O instituto da remessa necessária é uma prerrogativa conferida à Fazenda Pública de que as sentenças proferidas em seu desfavor podem ser objeto de nova análise pelo tribunal. O instituto está previsto no art. 496 do CPC/15, que estabelece que a sentença proferida contra a Fazenda Pública não produz efeitos senão depois de confirmada na segunda instância. Assim, somente haverá coisa julgada se a sentença proferida em face da Fazenda Pública for reapreciada pelo órgão colegiado (DIDIER JR.; CUNHA, 2016, p. 173-178).

Ora, a decisão que concede a tutela de urgência contra a Fazenda Pública é interlocutória, motivo pelo qual não é passível de remessa necessária. Além disso, como visto, a estabilização da tutela antecipada não se confunde com a coisa julgada. Dessa maneira, o instituto da remessa necessária não se aplica à decisão estabilizada contra a Fazenda Pública, por não ser sentença e não permitir a formação de coisa julgada, inexistindo eventual óbice dessa natureza à estabilização (CUNHA, 2016, p. 316).

Nesse sentido é o Enunciado nº 21, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: "A Fazenda Pública se submete ao regime da estabilização da tutela antecipada, por não se tratar de cognição exauriente sujeita a remessa necessária".

Por fim, ressalte-se que, embora a estabilização da tutela antecipada seja uma técnica monitória e a ação monitória não embargada pela Fazenda Pública esteja sujeita ao reexame necessário (art. 701, §4º, do CPC/15), não se pode aplicar a remessa necessária de forma analógica à decisão não recorrida que concede a tutela antecipada em caráter antecedente (GOMES, 2016, p. 293).

É que, como se viu, há diferenças entre os procedimentos. A ação monitória visa à proteção de direito comprovado por prova documental sem eficácia de título executivo, ao passo que a estabilização da tutela antecipada visa à proteção de direito submetido a perigo de dano.

Assim, a estabilização da tutela antecipada antecedente em face da Fazenda Pública não se submete à remessa necessária, uma vez que não é sentença, não está apta a formar coisa julgada e não é possível aplicar analogicamente a regra do art. 701, §4º, do CPC/15, em razão das diferenças e limitações de cada procedimento.

3.3.3 Pedido de suspensão de liminar

Em face da decisão concessiva da tutela provisória de urgência antecipada antecedente, além da interposição de agravo de instrumento, também é conferida à Fazenda Pública a possibilidade de ajuizar um pedido de suspensão de liminar para o presidente do respectivo tribunal.

O pedido de suspensão de liminar é cabível nas hipóteses em que a concessão da liminar seja capaz de gerar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, em decorrência do manifesto interesse público ou de flagrante ilegalidade.

O pedido é, então, direcionado ao presidente do tribunal, que irá analisar se houve violação ao bens e interesses públicos em discussão, sem adentrar no mérito da controvérsia. Caso entenda preenchidos os requisitos, irá proferir decisão fundamentada suspendendo a execução e os efeitos da decisão impugnada. Essa decisão perdurará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal (FRANCO; OLIVEIRA JÚNIOR, 2016, p. 430).

O pedido de suspensão de liminar não está condicionado à interposição de eventual agravo de instrumento contra a mesma decisão, tampouco prejudica o julgamento desse recurso. Isso porque, enquanto o agravo de instrumento tem o objetivo de combater *error in iudicando* e *error in procedendo*, o pedido de suspensão visa à sustação da eficácia da decisão impugnada, sem que peça sua anulação ou reforma (CUNHA, 2016, p. 617).

Assim, o pedido de suspensão não tem natureza recursal, por não estar previsto no rol taxativo do art. 994 do CPC/15 e por não objetivar a reforma, anulação ou desconstituição da decisão impugnada, mas tão somente a suspensão de sua eficácia (CUNHA, 2016, p. 606).

Por esse motivo, é possível o ajuizamento simultâneo de pedido de suspensão de liminar ao presidente do tribunal e agravo de instrumento ao órgão fracionado do respectivo tribunal contra a mesma decisão proferida em face da Fazenda Pública.

Nesse contexto, questão interessante é saber se o pedido de suspensão de liminar pode impedir a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente.

Ao que parece, essa conclusão é negativa, em razão da natureza jurídica e dos fundamentos do pedido de suspensão de liminar.

Como visto, para que não ocorra a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, é necessário que o réu interponha o respetivo recurso, nos termos do art. 304 do CPC/15.

O agravo de instrumento é o recurso cabível contra as decisões interlocutórias que versem sobre tutelas provisórias, nos termos do inciso I do art. 1.015 do CPC/15. Dessa forma, é incontroverso que a interposição desse recurso, além de ter aptidão para reformar ou invalidar a decisão que concedeu a tutela antecipada, impedirá a estabilização de seus efeitos.

Dessa forma, por não possuir natureza recursal, o pedido de suspensão de liminar não poderá obstar a estabilização da tutela antecipada concedida em face da Fazenda Pública. Porém, esse não é o único argumento.

O pedido de suspensão não adentra no mérito da controvérsia e não tem o objetivo de reformar, anular ou desconstituir a decisão antecipatória. Logo, como não há o objetivo de corrigir *error in iudicando* e *error in procedendo*, é incabível atribuir ao pedido de suspensão de liminar o efeito substitutivo a que alude o art. 1.008 do CPC/15, conferido aos recursos.

Nada obstante, não é possível equiparar a ação autônoma prevista no §2º do art. 304 do

CPC/15 ao pedido de suspensão de liminar, tendo em vista que aquela possui a finalidade de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, ao passo que o pedido de suspensão visa tão somente à sustação da eficácia da decisão impugnada.

Ressalte-se, por fim, que o pedido de suspensão também não obsta o trânsito em julgado da decisão provisória, porquanto perdurará até o trânsito em julgado da decisão de mérito da ação principal, que poderá ser proposta por opção das partes na estabilização (CAVALCANTI NETO, 2015, p. 15)

Nesses termos, pode-se concluir que o pedido de suspensão de liminar não impede a estabilização dos efeitos da tutela antecipada requerida em caráter antecedente em face da Fazenda Pública.

3.4.4 Precatórios

A execução de quantia certa em face da Fazenda Pública tem seu regime jurídico disciplinado pelo art. 100 da Constituição Federal, que estabelece ser necessária a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor. Isso porque os pagamentos feitos pela Fazenda Pública são despendidos pelo erário, sendo os bens públicos, em regra, impenhoráveis e inalienáveis, razão pela qual merece tratamento específico a execução contra as pessoas jurídicas de direito público (CUNHA, 2016, p. 331-332).

Nesse contexto, tem-se uma incompatibilidade entre a lógica do procedimento da tutela antecipada antecedente e a prévia inscrição em precatório (MACÊDO; PEIXOTO, 2016, p. 217). É que, para a expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor, exige-se sentença com trânsito em julgado (art. 100, §5º, CF/88), que é apta a formar a coisa julgada material. Contudo, tratando-se de decisão interlocutória, proferida sob cognição sumária, haveria inadequação procedimental no cabimento de tutela antecipada antecedente com o objetivo de antecipar a execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, que somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado do cumprimento de sentença, da inscrição em precatório e posterior pagamento.

Dessa forma, é inviável a utilização da estabilização da tutela antecipada antecedente para as hipóteses de execução de quantia certa contra a Fazenda Pública, em decorrência da disposição constitucional referente à inscrição em precatórios.

4.5 Juizado especial da Fazenda Pública e estabilização

A Lei nº 12.153/09 dispôs sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, cujo principal objetivo é a prestação de tutela jurisdicional de forma simplificada e célere para as demandas em face da Fazenda Pública.

A referida legislação atribuiu aos Juizados Especiais da Fazenda Pública a competência

absoluta para conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios até o valor de 60 salários mínimos.

Entretanto, faz-se necessário destacar que a Lei nº 9.099/95, que se aplica subsidiariamente à Lei nº 12.153/09, é silente em relação à possibilidade de interposição de agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, razão pela qual prevalece o entendimento assentado sobre a irrecorribilidade das decisões interlocutórias (VILA NOVA, 2017, p. 40-41).

Com efeito, a Lei nº 9.099/95 somente prevê o cabimento de dois tipos de recursos contra as decisões proferidas no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis: os embargos de declaração (art. 48) e o recurso inominado (art. 41) (VILA NOVA, 2017, p. 40-41).

Dessa forma, em razão da impossibilidade de utilização do recurso de agravo de instrumento para impugnar a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente, a estabilização desse instituto em face da Fazenda Pública é inviável no âmbito dos Juizados Especiais.

Nesse sentido é o Enunciado nº 163 do Fórum Nacional de Juizados Especiais (FONAJE), segundo o qual: "Os procedimentos de tutela de urgência requeridos em caráter antecedente, na forma prevista nos artigos 303 a 310 do CPC/15, são incompatíveis com o Sistema dos Juizados Especiais".

Além disso, ressalte-se a impossibilidade da propositura da ação autônoma prevista no art. 304, §2º, do CPC/15 para a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada pelos entes públicos no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. Isso porque o art. 5º da Lei nº 12.153/09 estabelece que os órgãos integrantes da Fazenda Pública não podem litigar no polo ativo do procedimento sumaríssimo, podendo ocupar apenas o polo passivo da demanda.

Constata-se, por conseguinte, que a aplicação de tal procedimento é inviável no Juizado Especial da Fazenda Pública quando o Estado for réu, já que este não pode figurar como parte autora se quiser, eventualmente, pleitear a alteração da decisão por meio de ação autônoma, o que, por via de consequência, traria à tona os direitos ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Assim, tendo em vista a impossibilidade de utilização do recurso de agravo de instrumento para impugnar a decisão concessiva de tutela antecipada antecedente e a ilegitimidade ativa da Fazenda Pública em ajuizar a ação autônoma prevista no art. 304, §2º, do CPC/15 para a revisão, reforma ou invalidação da tutela antecipada estabilizada, verifica-se a incompatibilidade da estabilização da tutela antecipada antecedente no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, ainda que a causa tenha valor inferior a 60 salários mínimos.

No mesmo sentido é o Enunciado nº 178 do Fórum Nacional dos Juizados Especiais Federais (FONAJEF), segundo o qual: "A tutela provisória em caráter antecedente não se aplica ao rito dos juizados especiais federais, porque a sistemática de revisão da decisão estabilizada (art. 304 do CPC/15) é incompatível com os arts. 4º e 6º da Lei n. 10.259/2001".

4. CONCLUSÃO

Almejou-se, de forma eminentemente construtiva e acadêmica, sem pretender esgotar o assunto, contribuir para uma reflexão sobre a estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente em face da Fazenda Pública.

Buscou-se delinear breves considerações acerca do desenvolvimento das tutelas provisórias no novo CPC, que é interpretado à luz do processualismo constitucional democrático, de matriz coparticipativa, promovendo a adequabilidade procedimental e a efetividade normativa ao tratamento das tutelas de urgência.

Nada obstante, realizou-se um breve relato histórico, no qual se evidenciou o desenvolvimento do instituto na França e suas repercussões em outras partes do mundo, principalmente na Itália. Nota-se que, no Brasil, o instituto possui restrições inexistentes nos países que o inspiraram, como a necessidade de impugnação via recurso para obstá-lo e o prazo de dois anos para sua rediscussão, o que propiciou o surgimento da maior parte das complicações debatidas neste trabalho.

Viu-se que essas controvérsias são maiores quando se trata da aplicabilidade do instituto em face da Fazenda Pública, em razão do regime jurídico a que está submetida, que confere prerrogativas processuais a sua atuação em juízo, em razão de tutelar o interesse público, que é indisponível.

A par disso, concluiu-se que não há óbice para a estabilização da tutela antecipada quando o Poder Público figurar como réu na demanda e permanecer inerte, não interpondo o recurso de agravo de instrumento contra a decisão concessiva da tutela antecipada, respeitadas as limitações à concessão de tutelas provisórias contra a Fazenda Pública.

Além disso, observou-se que a técnica da estabilização, no âmbito da Fazenda Pública, contribui para a redução da litigiosidade, com a consequente economia de recursos por parte do Judiciário e do contribuinte, possibilitando que o procurador público se dedique aos casos com maior probabilidade de êxito.

Logo, observa-se que a estabilização da tutela antecipada é relevante inovação processual, que, interpretada de maneira adequada, poderá trazer ganhos à efetividade processual, na medida em que possibilita uma simplificação do procedimento, o qual passa a funcionar como instrumento dos princípios da efetividade e da duração razoável do processo, permitindo a cooperação entre os sujeitos processuais.

Por fim, saliente-se que as considerações apresentadas decorrem de pesquisa acadêmica e, logicamente, não são definitivas, podendo ser alteradas ao longo do tempo e de novas pesquisas. No entanto, mostram-se, no momento, fundamentadas em doutrina e jurisprudência especializada.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*: teoria do processo e processo de conhecimento – 17. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

AMARAL, Fernando Henrique de Abreu. *A tutela provisória contra fazenda pública no novo CPC*. 2016, 18 f. Tese (Monografia) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/157148/001010812.pdf?sequence=1>. Acesso em: 07 fev. 2018.

ANDRADE, Érico; THEODORO JR., Humberto. A autonomização e a estabilização da tutela de urgência no projeto de CPC. *Revista de processo*, São Paulo: Ed. RT, ano 37, v. 206, abr. 2012. p. 13 a 59.

ASSIS, Araken de. *Manual dos recursos*. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 18-19. [E-book].

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. *Novo código de processo civil*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Líder, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869impressao.htm>. Acesso em: 30 mar. 2018.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Lei nº 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. *Diário Oficial da União*, Brasília, 22 dez. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm>. Acesso em: 20 maio 2018.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Dispõe sobre o Novo Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1760966/SP. Relator(a): Min. Marco Aurélio. Terceira Turma. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 07 dez. 2018. Disponível em:< https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1778262&num_registro=201801452716&data=20181207&formato=PDF>. Acesso em: 17 mar. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. Questão de Ordem em Ação Cível Originária 765. Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Eros Grau, Tribunal Pleno. *Diário de Justiça eletrônico*, Brasília, 07 nov. 2008. Disponível em: <http://m.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=765&classe=ACO&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 08 maio 2018.

_____._____. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 4. Relator: Min. Sydney Sanches. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 29 out. 2014. Disponível em: < http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630103>. Acesso em: 08 maio 2018.

CARDOSO, Luiz Eduardo Galvão Machado. *Estabilização da tutela antecipada*. 2017, 52 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/21694/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20de%20mestrado%20%28FINAL%29%2005.03.17%20-%20Luiz%20Eduardo.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31ª ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2017.

CASADO, Ubirajara. *O conceito processual de fazenda pública*. 2017. Disponível em: <https://blog.ebeji.com.br/o-conceito-processual-de-fazenda-publica-o-que-nao-se-pode-esquecer-para-provas-de-concurso/>. Acesso em: 17 abr. 2018.

CAVALCANTI NETO, Antônio de Moura. *Estabilização da tutela antecipada antecedente*: tentativa de sistematização. 2015. Disponível em: <http://www.academia.edu/12283645/Estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_antecipada_antecedente_tentativa_de_sistematiza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 27 mar. 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Art. 304. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 427.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. *Opinião 42 – reconhecimento da procedência do pedido pela fazenda pública*. 2014. Disponível em: < http://www.leonardocarneirodacunha.com.br/opiniao/opiniao-42-reconhecimento-da-procedencia-do-pedido-pela-fazenda-publica/>. Acesso em: 23 abr. 2018.

DELLORE, Luiz. *Conceito de coisa julgada no novo CPC*: avanços e oportunidade perdida. Dis-

ponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/conceito-de-coisa-julgada-no-novo-cpc-avancos-e-oportunidade-perdida-22012018>. Acesso em: 15 abr. 2018.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 10. ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. v.2. p. 561-642.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa Necessária. In: ARAÚJO, José Henrique Moura; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (orgs.) *Coleção repercussões novo CPC*, v. 3 – Fazenda Pública. 2. ed. revisada, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodvim, 2016.

ENUNCIADOS. *Fórum Permanente de Processualistas Civis*. junho de 2016. Disponível em: < http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf >. Acesso em: 14 abr. 2018.

ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA E REGIME DE PRECATÓRIOS. *Emagis*, 2017. Disponível em: <http://www.emagis.com.br/area-gratuita/que-negocio-e-esse/estabilizacao-da-tutela-antecipada-e-regime-de-precatorios/>. Acesso em: 29 abr. 2018.

FERREIRA, Gabriela Macedo. *Estabilização da tutela de urgência antecipada no novo código de processo civil*. Disponível em: <http://www.cecgp.com.br/noticias/1537-estabilizacao-da-tutela-de-urgencia-antecipada-no-novo-codigo-de-processo-civil-artigo-da-juiza-federal-gabriela-macedo-ferreira>. Acesso em: 28 mar. 2018.

FRANCO, Marcelo Veiga; OLIVEIRA JÚNIOR, Délio Mota. A impossibilidade do pedido de suspensão de liminar pela Fazenda Pública para o fim de impedir a estabilização da tutela antecipada concedida em caráter antecedente. In: ARAÚJO, José Henrique Moura; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (orgs.) *Coleção repercussões novo CPC*, v. 3 – Fazenda Pública. 2ª ed. revisada, ampliada e atualizada, Salvador: Juspodvim, 2016.

GOMES, Frederico Augusto. *A estabilização da tutela antecipada*. 2017, 25 f. Tese (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/47759/R%20-%20D%20-%20FREDERICO%20AUGUSTO%20GOMES%20.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 07 fev. 2018.

_____. Estabilização da tutela antecipada contra o poder público. In: DIDIER JR., Fredier; TALAMINI, Eduardo. *Coleção repercussões do novo CPC*, v. 10 – processo e administração pública. Salvador: Juspodivm, 2016.

GRECO, Leonardo. A tutela da urgência e a tutela da evidência no código de processo civil de 2014/2015. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Volume XIV. Periódico da Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Processual da UERJ. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14541/15862.> Acesso em: 07 fev. 2018.

LESSA, Flávio Romero de Oliveira Castro. *A estabilização da tutela antecipada antecedente conta a fazenda pública*. Vitória, 2017. Disponível em: <http://portais4.ufes.br/posgrad/teses/tese_11288_FL%C1VIO.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfred Bulzad e Benvindo Aires; tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, de Ada Pellegrini Grinover. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. Disponível em: <https://www.passeidireto.com/arquivo/38286417/enrico-tullio-liebman---eficacia-e-autoridade--da-sentenca>. Acesso em: 17 abr. 2018.

LIMA, Bernardo Silva de; EXPÓSITO, Gabriela. "Porque tudo que é vivo, morre" comentários sobre o regime da estabilização dos efeitos da tutela provisória de urgência no novo CPC. *Revista de Processo*, v. 250. Dezembro de 2015. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.250.09.PDF>. Acesso em: 27 mar. 2018.

MACÊDO, Lucas Burril de; PEIXOTO, Ravi. Tutela provisória contra fazenda pública no cpc/2015. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. (coods.). *Coleção repercussões novo CPC*. v. 10 – processo e administração pública. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência*: soluções processuais diante do tempo da justiça. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil – Tutela dos direitos mediante procedimento comum*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 195-220.

MENEGUSI, Vanessa Riva. *A antecipação da tutela na sentença*. Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/129849/000976374.pdf?sequence=1>. Acesso em: 26 mar. 2018.

MITIDIERO, Daniel. *Autonomização e estabilização da antecipação da tutela no novo código de processo civil*. Tribunal regional do trabalho da 9ª região. Revista eletrônica, vol. 4. n. 39. Ano IV, 2015. Disponível em:< http://www.mflip.com.br/temp_site/edicao-384cb854644425079baeec43aa82534f.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2018.

NEVES, Ana Carolina de Carvalho. O reconhecimento do pedido pela Fazenda Pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de Santa Catarina*, nº 5. Florianópolis: DIOESC, 2016. Disponível em:< http://www.pge.sc.gov.br/index.php/revista-da-pge/793-revista-pge-2016/file>. Acesso em: 07 maio 2018.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. 1ª ed. (2008), 4ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle José Coelho; ANDRADE, Érico. *Os contornos da estabilização da tutela provisória de urgência antecipatória no novo CPC e o "mistério" da ausência de formação da coisa julgada*. Disponível em: <https://www.academia.edu/12103602/%C3%89rico_Andrade_e_Dierle_Nunes_-_Os_contornos_da_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_da_tutela_provis%C3%B3ria_de_urg%C3%AAncia_antecipat%C3%B3ria_no_novo_CPC_e_o_mist%C3%A9rio_da_aus%C3%AAncia_de_forma%C3%A7%C3%A3o_da_coisa_julgada>. Acesso em: 07 fev. 2018.

NUNES, Dierle José Coelho; ARAGÃO, Erica Alves; BARBOSA, Lígia de Freitas. *STJ, o agravo e a interpretação extensiva do artigo 1.015 do novo CPC*. 2018. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-fev-08/opiniao-stj-agravo-interpretacao-artigo-1015-cpc>. Acesso em: 14 abr. 2018.

OLIVEIRA, Vitor Barbosa de. Tutela provisória em face da fazenda pública: análise doutrinária e jurisprudencial à luz do novo CPC. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 4961, 30 jan. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55427>. Acesso em: 17 abr. 2018.

PGFN amplia regra que dispensa procuradores de contestar e recorrer. *Ministério da Fazenda*, 17 de maio de 2016. Notícias. Disponível em: < http://www.fazenda.gov.br/noticias/2016/maio/pgfn-amplia-regra-que-dispensa-procuradores-de-contestar-e-recorrer>. Acesso em: 23 abr. 2018.

Portaria autoriza advogados públicos a desistir de recursos desde primeiro grau. *Conjur*, 25 dez. 2015. Entendimento Pacificado. Disponível em:< https://www.conjur.com.br/2015-dez-25/advogados-publicos-deixar-recorrer-sentenca>. Acesso em: 23 abr. 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. *A tutela provisória no novo CPC – parte II*. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/tutela-provisoria-no-novo-cpc-parte-ii-o-caos-chegou-03102016>. Acesso em: 03 maio 2018.

RUFINO, Fernando Bianchi. O advogado público e a independência funcional. *Conteúdo Jurídico*, Brasília. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.50032&seo=1>. Acesso em: 22 abr. 2018.

SCARPELLI, Natália Cançado. *Estabilização da tutela provisória de urgência antecipada requerida em caráter antecedente*. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19537/2/Nat%C3%A1lia%20Can%C3%A7ado%20Scarpelli.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Doze problemas e onze soluções quanto à chamada "estabilização da tutela antecipada*". Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2458338/mod_resource/content/0/2015%20-%20Doze%20problemas%20e%20onde%20solu%C3%A7%C3%B5es%20quanto%20%C3%A0%20estabiliza%C3%A7%C3%A3o%20da%20tutela%20antecipada.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2018.

TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público*: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). Curitiba, 2005. Dispo-

nível em: <https://www.academia.edu/231461/A_in_disponibilidade_do_interesse_p%C3%BAblico_consequ%C3%AAncias_processuais_2005_>. Acesso em: 22 abr. 2018.

_____. Tutela de urgência no projeto de novo código de processo civil: a estabilização da medida urgente e a "monitorização" do processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, v. 209, ano 37. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho de 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.* v. I. 56. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 898-1005.

VELOSO, Vitor Lanza. Tutela de urgência antecipatória e a Fazenda Pública no novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo. *Coleção repercussões do novo CPC*, v. 10 - Processo e Administração Pública. Salvador: JusPodivm, 2016.

VILA NOVA, Rodrigo Augusto Silva. *As tutelas de urgência antecipadas (incidental e antecedente) na lei 9.099/95.* Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: < https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/33264/33264.PDF>. Acesso em: 30 abr. 2018.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 2*: cognição jurisdicional processo comum de conhecimento e tutela provisória. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. [E-book].

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil.* São Paulo: Cebepej e Central de publicações jurídicas, 1999, p. 58-59. Disponível em: < https://docslide.com.br/download/link/da-cognicao--no-processo-civil-kazuo-watanabe> Acesso em: 11 mar. 2018.

WEINMANN, Gustavo Seiji Sendoda. *Interesse público e sua supremacia sobre o interesse privado.* Curitiba, 2010. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31407/M1417JU.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2018.

ATIVISMO JUDICIAL E SEPARAÇÃO DE PODERES: ANÁLISE DO PAPEL DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO EM CASOS QUE VERSAM SOBRE CONCESSÃO DE VAGAS DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL - FIES

JUDICIAL ACTIVISM AND SEPARATION OF POWERS: AN ANALYSIS OF THE ROLE OF THE UNION ATTORNEY GENERAL IN CASES RELATING TO CONCESSION OF STUDENT LOAN (FIES)

Lia Carolina Vasconcelos Camurça[1]

Sarah Linhares Ferreira Gomes[2]

Francisca Karine Lima Torres Damasceno[3]

1 - Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito pela UFC, área de concentração Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Advogada.

2 - Graduanda em Direito pela Universidade de Fortaleza, Pesquisadora Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PROBIC) e membro do Núcleo de Estudos Sobre Direito do Trabalho e da Seguridade Social (NETDS). Teve dois artigos premiados entre os 5 melhores da Semana do Direito da Universidade de Fortaleza (2018), além de obter 1º lugar no XXIV Encontro de Iniciação à Pesquisa (2018).

3 - Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR - 2018), Graduada em Administração de Empresas pela Universidade Ceuma (UNICEUMA - 2007). Atuou como Pesquisadora no Grupo de Pesquisa em Direito do Trabalho e Previdenciário, além de possuir artigos científicos publicados em periódicos nacionais. Atualmente, é concludente do curso de Mediação e Conciliação Judicial pelo NUPEMEC/CE, reconhecido pelo CNJ.

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Direito à Educação e a Separação de Poderes; 1.1 O Princípio da Separação de Poderes e os Direitos Fundamentais; 2. Um Ativismo Judicial Necessário?; 2.1 A Atuação da Advocacia-Geral da União em Face do Ativismo Judicial; 2.2 Análise de Três Casos de Pedidos de Concessão de Financiamento Estudantil - FIES; 3. Considerações Finais; Referências.

RESUMO: O presente estudo tem o escopo de analisar o fenômeno do ativismo judicial nas demandas que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil e a sua devida interferência no princípio da separação de poderes, norma basilar da República Federativa do Brasil. Opta-se por analisar especificamente tais processos, diante da importância e imprescindibilidade do papel exercido pela Advocacia-Geral da União – AGU. Dessa forma, utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e documental a fim de constatar se o ativismo judicial pode ou não lesionar a separação de poderes, previsão constitucional que visa, entre outros efeitos, a concretização de direitos fundamentais, entre os quais, o direito à educação. Nessa linha, este trabalho pretende abordar as problemáticas relacionadas à postura ativa da AGU em face de pedidos de ingresso no Fundo de Financiamento Estudantil – FIES, política governamental que facilita o acesso ao ensino superior não gratuito por meio de contratos dotados de condições mais vantajosas financeiramente. Contudo, para a devida operacionalização e sustentabilidade do programa, a concessão do benefício não é assegurada a todos os requerentes, causando iminente judicialização da questão. Para aprofundamento, ao final, o estudo contempla casos práticos de pedidos de concessão de vagas no FIES, bem como seu desenrolar mediante a atuação da AGU em seu proeminente dever de conter um malsinado excesso decisório judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Direito à Educação. Separação de Poderes. Advocacia-Geral da União. Financiamento Estudantil – FIES.

ABSTRACT: This essay aims to present studies on the phenomenon of judicial activism in litigations that deal with loans offered through the Brazilian Student Funding Program (FIES) and their interference in the principle of the separation of powers. It was decided to analyze specifically those claims, given the importance and indispensability of the role played by the Union Attorney General. Thus, a

bibliographical and documentary research was conducted to verify whether or not judicial activism has the capability to undermine the separation of powers, a basic principle of the Federative Republic of Brazil. This constitutional provision has as one of its mains objectives the realization of fundamental rights, among them, the right to education. The Student Loan program (FIES) is a tool that aims to guarantee the acess to higher education to several Brazilians who do not have access to public universities. However, for its proper operation, it is not possible to finance all of those who request it, causing imminent judicialization of the issue. Therefore, the performance of the Union Attorney General (AGU) stands out in its prominent duty to contain an decisioning judicial excess. Furthermore, this work aims to discuss such problems, deepening the study of practical cases of requests for funding vacancies, as well as their evolution from the active position of the AGU.

KEYWORDS: Judicial Activism. Right to Education. Checks and Balances. Union Attorney General. Student Loan – FIES.

INTRODUÇÃO

Tratar de ativismo judicial na contemporaneidade encerra diversos desafios. A judicialização de conflitos se torna, cada vez mais, inerente à sociedade brasileira. Citando Alexis de Tocqueville em sua análise dos Estados Unidos da América, mas igualmente válida para a República Federativa do Brasil, "Quase não há questão política que não se resolva, mais cedo ou mais tarde, em questão judiciária".[4]

Nos Estados Unidos, a discussão sobre a validade da *judicial review*, traduzindo-se em português para o ativismo judicial, é de longa data e surgiu, nas palavras de George Marmelstein, principalmente, "do reconhecimento da supremacia da Constituição e a aceitação da criação judicial do direito".[5]

Revelou-se mundialmente a necessidade de se inserir direitos e princípios fundamentais nos textos constitucionais ante as barbáries presenciadas pela humanidade durante a Segunda Guerra Mundial, acobertadas pelo próprio sistema legal. Com isso, o sentimento de desconfiança legal passou a crescer cada vez mais, confiando-se, assim, na atuação das cortes para uma correta interpretação do caso.

Confia-se na intervenção judicial para dar uma última palavra, apesar de ser difícil a defesa de que se existe uma última palavra no Direito.[6] A ideia da divisão dos poderes surge com o propósito de reprimir a tirania e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais. A partir do momento em que essa separação estabelece o devido controle entre os órgãos estatais, afasta-se a possibilidade de surgirem regimes arbitrários e despóticos. Assim, a doutrina da separação de poderes tem como ideia fundamental evitar a concentração e o exercício despótico do poder, até porque as consequências da concentração do poder são catastróficas. Desse modo, percebe-se que o princípio da separação de poderes é, acima de tudo, uma das principais garantias das liberdades públicas.

Utilizou-se de uma pesquisa bibliográfica e documental para constatar se o ativismo judicial possui ou não capacidade para lesionar a separação de poderes, norma basilar da República Federativa do Brasil, com foco no caso brasileiro da judicialização do programa de Financiamento Estudantil. Destaque-se que, diante da importância do papel exercido pela Advocacia-Geral da União, definiu-se analisar, no presente artigo, a correlação entre o ativismo judicial e a separação de poderes, à luz dos casos que versam sobre a concessão de vagas no programa denominado FIES.

Partindo-se da importância da reflexão sobre a hipótese de a separação de poderes estática ser a única forma benéfica a um regime constitucional, no próximo tópico, passa-se a discorrer sobre o princípio da separação dos poderes e o direito à educação, inserindo-se breve

4 - TOCQUEVILLE. Alexis de. *A democracia na América:* Livro 1 Leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 317.

5 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 26.

6 - Cf. Idem, ibidem, p. 61. "Um dos pontos nucleares da presente tese é que não existe última palavra em matéria de ética ou direito."

contexto histórico do Fundo de Financiamento Estudantil, doravante chamado de FIES. Insere-se, ainda, a discussão fática sobre a concessão de vagas no FIES e a atuação da Advocacia-Geral da União nos presentes casos. Nesse sentido, analisar-se-á a separação de poderes, nos dias de hoje, remetendo-se a um debate doutrinário acerca da jurisdição constitucional e seus limites, no que concerne a uma mudança do paradigma teórico e jurídico dos tribunais brasileiros, uma vez que as normas constitucionais não poderiam limitar-se ao campo normativo abstrato, devendo, ao contrário, ser aplicadas aos casos concretos.

1. O DIREITO À EDUCAÇÃO E A SEPARAÇÃO DE PODERES

A Constituição Federal de 1988, com o intuito de operacionalizar a obrigatoriedade do cumprimento das garantias nela insculpidas, prescreve em seu artigo 205:

> Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Dessa forma, a educação é um direito social fundamental, constitucionalmente assegurado aos indivíduos, cumprindo ao Estado, pois, implementar medidas que visem assegurar a plena concreção desse direito. Apesar disso, faticamente, políticas públicas que sejam capazes de suprir as demandas sociais em todos os lugares deste imenso País são de difícil aplicabilidade.

O Estado, sozinho, não possui as devidas condições para oferecer um ensino gratuito e de qualidade para toda a demanda dos estudantes, buscando assim, a partir de uma parceria com a iniciativa privada, atender ao universo dos candidatos que desejam ingressar no ensino superior.

A fim de institucionalizar o Financiamento Estudantil em instituições privadas, ante o carecimento de porte das universidades públicas, foi criado, em 1975, o Crédito Educativo – CREDUC, sendo operacionalizado com recursos do Banco do Brasil, Caixa Econômica Federal e bancos comerciais.[7] Contudo, consoante análise estatística de José Rezende, o FIES substituiu o CREDUC porque o programa foi mal executado, com inadimplência de 83%, sendo perdoada pelo governo federal, para a finalização do programa, a dívida dos contratantes.[2]

Com isso, o FIES foi criado pela Medida Provisória nº 1.827/1999 e concretizado pela Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, para a criação do Financiamento Estudantil, buscando propiciar condições para que os alunos egressos das classes sociais menos favorecidas pudessem ingressar no ensino superior privado, haja vista as altas cargas de mensalidades a serem suporta-

7 - DIAS MOTTA, I.; PAPOTE DE OLIVEIRA, A. *A Educação e os Direitos da Personalidade:* Fundo De Financiamento Estudantil (FIES). 24 mar. 2016. Disponível em: <https://figshare.com/articles/A_EDUCA_O_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_FUNDO_DE_FINANCIAMENTO_ESTUDANTIL_FIES_/3123412/1>. Acesso em: 10 maio 2019

8 - PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016, p. 147. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

das pela família do estudante, possivelmente ainda fora do mercado de trabalho.

José Rezende, ante a forma de implementação do programa atual, aponta uma visão pessimista que sinaliza o mesmo fim que teve o anterior CREDUC:

> Ou seja, mais do que o subsídio embutido na taxa de juros, o grande e provável fim do FIES será uma dívida impagável para seus milhões de contratantes. Ocorre que essa hecatombe financeira de vários bilhões de reais começará a produzir seus efeitos apenas daqui a três ou quatro anos, quando os concluintes que ingressaram no boom do FIES tiverem de acertar suas contas com a Caixa Econômica Federal ou com o Banco do Brasil, os operadores do sistema.[9]

O autor destaca ainda que houve excessivo crescimento do programa, com decuplicação de contratos no período de 2009 a 2014, havendo um gasto correspondente à 12 bilhões de reais em 2014. Comparativamente ao investimento realizado no ensino superior público federal, esse montante corresponde à metade de toda a sua manutenção e desenvolvimento. [10]

Para Vera Chaves e Nelson Amaral, por sua vez, a escalada das despesas com o FIES revela que a política de expansão da educação superior deveria preferir a via da privatização à da subvenção pública, de forma a atender à demanda de ensino, sem a ampliação significativa de recursos do fundo público.[11]

Wesley Pinheiro destaca ainda que o programa federal foi excessivamente utilizado como ferramenta de marketing pelas instituições privadas, "[...] onde a instituição prioriza e intensifica a busca por novos alunos, sem ações efetivas para controlar a perda deles durante o seu vínculo com a instituição".[12] Essas propostas tentadoras de diploma fácil e barato influenciam os jovens "[...] sem que possam dimensionar o ônus financeiro que estão assumindo e muito menos a qualidade da formação que receberão".[13]

A partir disso, tem-se que, nos últimos anos, o sonho do curso superior foi concretizado por vários brasileiros. No entanto, uma remodelação do FIES era necessária, de forma a garantir sustentabilidade ao programa. Desse modo, em 2015, a Portaria Normativa nº 13, do Ministério da Educação, inseriu parâmetros mais rígidos para a concessão do financiamento, o que acarretou uma maior judicialização para a obtenção de vagas financiadas.

A concessão de decisões com determinação de vaga em tal financiamento, por sua vez,

9 - PINTO, op. cit., p. 147.

10 - Idem, ibidem, p. 148.

11 - CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. EXPANSION POLICY FOR HIGHER EDUCATION IN BRAZIL - PROUNI AND FIES AS PRIVATE SECTOR FINANCERS. *Educ. rev.*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 49-72, Dec. 2016, p. 54. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

12 - PINHEIRO, Wesley Moreira. Captação X Inclusão: duas faces do financiamento estudantil. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 13, n. 149, p.1-13, out. 2013, p. 07. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/21089>. Acesso em: 11 maio 2019.

13 - PINTO, op. cit., p. 150.

torna questionável o princípio da separação de poderes, que consiste na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político.

Destarte, se o Executivo, mesmo por intermédio de políticas públicas e até por repasses no orçamento, não consegue viabilizar a aplicabilidade igualitária desse direito, vê-se uma brecha para que o Judiciário interfira e garanta tal isonomia. Contudo, como pode haver harmonia enquanto um dos poderes possui a pretensa última palavra? A esse respeito, George Marmelstein aduz que:

> [...] uma das principais notas características da jurisdição é a sua pretensão de definitividade, decorrente de seu poder de fazer coisa julgada. Num sistema que atribui a um órgão jurisdicional a guarda da Constituição, isso significa o poder de dar a última palavra sobre praticamente qualquer assunto que seja levado a julgamento. Sendo assim, os críticos da jurisdição constitucional questionam: quem controlaria o controlador? *Quis custodiet ipos custodes?* [...]. [grifos do autor][14]

Apesar disso, possui-se, ao reverso, um abrasileiramento do sistema de freios e contrapesos, ante a ineficiência estatal em suprir todos os comandos estabelecidos constitucionalmente. O financiamento estudantil, que, ao seu modo, também pode ser chamado de empréstimo estudantil, deve observar limitações orçamentárias e financeiras da União, não sendo passível de concessão a todos os alunos indiscriminadamente. Com isso, ante tal limitação, aumenta a probabilidade de uma iminente judicialização.

1.1 O Princípio da Separação de Poderes e os Direitos Fundamentais

A ideia do Estado constitucional da separação de poderes surgiu na metade do século XVIII, durante o período entre a Revolução da Independência Americana e a Revolução Francesa. Originou-se sobremaneira das ideias de Locke e Montesquieu, em que se encontram vestígios introdutórios da divisão das funções do Estado e da separação dos poderes, ferramentas que seriam interpostas entre o monarca e a massa de súditos, em contraposição ao poder político excessivo da monarquia absoluta sobre as camadas sociais.[15]

Em sua obra *Política*, Aristóteles reconhece a existência de três funções estatais (legislação, administração e jurisdição) desempenhadas pelo soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais oponíveis a todos, a de aplicar os atos normativos e também a de dirimir conflitos gerados na aplicação desses no caso concreto. Embora haja várias divergências acerca do autor original da doutrina separacionista, muitos entendem que Locke foi um mero percursor da doutrina, sendo a autoria de fato creditada a Montesquieu.

14 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018, p. 362.

15 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público.* Escola de Direito do IDP, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>. Acesso em: 17 jul. 2018, p. 3.

Nesse ínterim, Paulo Bonavides[16] explica os precursores da separação de poderes, enfatizando que a sistematização do princípio se deu com a obra de Montesquieu, apesar de John Locke ter sido mais teórico do que este na concepção da teoria original da separação das funções estatais.

Nesse cenário, Locke identificou dois poderes, o Legislativo e o Executivo, propondo uma separação dual: o Legislativo, que era considerado o poder supremo e posto nas mãos de diversas pessoas que, reunidas, tinham o poder de elaborar as leis; e o Executivo, subordinado ao Legislativo, para o exercício permanente da execução das leis, embora abarcasse a função executiva, a função federativa e a prerrogativa.[17] No pensamento de Locke, ainda não existia uma ideia de um poder judicial autônomo e o equilíbrio entre os demais poderes do Estado diante de um sistema de freios e contrapesos. Entretanto, ele parte da existência de um estado de natureza, no qual os homens eram, por natureza, livres e iguais, todos subordinados à lei natural, conforme aduz Dirley da Cunha.[18]

Já na concepção de Jorge Neto,[19] a doutrina da separação dos poderes foi idealizada por Montesquieu como um "meio de evitar o despotismo real", sendo favorável à moderação do poder soberano do monarca pelo parlamento por meio de leis fundamentais gerais, fixas, imutáveis e não escritas. Por outro lado, foi Montesquieu, inspirado pelas ideias de Locke, que sistematizou, definitivamente, as diferentes funções do Estado, relacionando-as aos organismos estatais distintos, aspirando a um poder limitado e com um governo moderado. Nesse sentido, Márcia Freixo expõe que:

> A primeira teoria de separação dos poderes, já na era moderna, foi sistematizada por John Locke, na obra intitulada *Segundo Tratado do Governo Civil*. Locke dividiu os Poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Federativo, cabendo ao primeiro a elaboração das leis, ao segundo sua aplicação aos membros da comunidade e ao terceiro a função de relacionamento com outros estados. Para Locke, o Poder Legislativo era o poder supremo, sendo essencial sua separação do Poder Executivo. O Poder Judiciário não é mencionado na teoria de Locke como um poder autônomo.[20]

Para Montesquieu, em cada Estado, havia três poderes: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário, em que cada um desses poderes correspondia a determinadas funções: a função de legislar, a função de administrar e a função de julgar, respectivamente. De acordo com André Cambuy, a referida teoria é inteligível, considerando-se que "todo homem que concentra diversas competências em suas funções tende historicamente a abusar dos privilégios que elas concedem".[21]

16 - BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 147.

17 - CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p. 516.

18 - Idem, Ibidem, p. 515.

19 - JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das políticas Públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p.60.

20 - FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>. Acesso em: 17 jul. 2018, p.60.

21 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público*. Escola de Direito do IDP, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>. Acesso em: 17 jul. 2018.

Sendo assim, o supracitado autor também destaca que a independência e a autonomia dos órgãos estatais se apresentaram mais como uma interpretação dos seus visionários do que a exposição de Montesquieu. Contrapondo essa tese, hoje, fala-se não em separação do Estado ou dos poderes, mas, tão somente, em separação de funções.[22] Da mesma forma é o entendimento de Roberto Eros,[23] ao considerar que o poder estatal compreende várias funções, concernentes aos ofícios ou às autoridades que as exercem, sendo classificadas de funções orgânicas ou institucionais, sendo elas a legislativa, a executiva e a jurisdicional.

A partir daí, o princípio da separação dos poderes passou a vincular-se à ideia de constitucionalismo, alterando a essência da estrutura organizacional do Estado. Nesse rumo, é importante ressaltar que a Constituição Brasileira de 1988 preocupou-se em destacar, desde logo, em seu artigo 2º, a separação dos poderes e o modo de atuação entre eles, quando declara que são "independentes e harmônicos entre si". Isso significa que, na independência orgânica, não deve haver qualquer relação de subordinação ou dependência entre os poderes no que tange ao exercício de suas funções, concretizando-se, assim, cada competência de forma adequada e satisfatória. A par dessas premissas, Márcia Freixo comenta sobre o novo cenário da separação de poderes no constitucionalismo:

> A separação rígida dos poderes tornou-se, na prática, inviável, restando superada. Atualmente, fala-se em separação de poderes flexível, havendo uma maior interpenetração, coordenação e harmonia entre os poderes. Cada poder exerce sua função predominante, mas, também, de modo acessório, funções que seriam típicas dos outros poderes, por exemplo, quando o Judiciário exerce funções administrativas relativas a seus assuntos internos, ou quando o Executivo edita normas, ou, ainda, quando o Legislativo julga autoridades nos crimes de responsabilidade.[24]

No princípio da harmonia entre os poderes (ou da harmonização), a atuação dos entes estatais somente será eficaz quando houver entre eles uma verdadeira colaboração e controle recíproco para o cumprimento dos objetivos do Estado. Nas palavras de José Afonso, "cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas". Por conseguinte, defende, ainda, que a Constituição da República estabeleceu um mecanismo de controle mútuo, no qual:

> Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca de equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um detrimento do outro e especialmente dos governados.[25]

22 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público*, Escola de Direito do IDP, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2012, p. 07. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>. Acesso em: 17 jul. 2018.

23 - GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto.* 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 232.

24 - FREIXO, Marcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>. Acesso em: 17 jul. 2018, p.61.

25 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 114.

Dessa maneira, a participação de um poder na função típica do outro não dilapida, infirma ou ameaça a separação das funções estatais, uma vez que tal modelo estrutural de Estado não pode ser considerado absoluto, mas relativo, o que vem completar a ideia implícita da separação de poderes, garantindo a harmonia entre eles. É relevante mencionar que um dos objetivos da consagração do princípio da separação de poderes na atual ordem constitucional brasileira, promulgada em 1988, diz respeito à garantia dos direitos fundamentais, tendo como diretriz basilar a dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, os direitos fundamentais foram consolidados como categoria especial de direitos com o advento da Constituição Federal de 1988. Conceituar os direitos fundamentais sempre foi uma das tarefas mais complexas no mundo jurídico. Desde a sua origem, essa espécie de direitos passa por um processo de aprofundamento de percepção, representado pelas gerações e dimensões. Dessa forma, os direitos fundamentais são considerados "[...] netos dos direitos naturais e filhos dos direitos humanos". (..) Ou melhor, "[...] são uma decorrência histórico-evolutiva dos direitos naturais", segundo compreendido por Jorge Neto.[26]

Norberto Bobbio esclarece que os "direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais".[27] De forma genérica, o direito fundamental é definido como aqueles direitos positivados no ordenamento jurídico de um determinado Estado. Tal definição não é satisfatória, tendo em vista que importa saber o que dá a esses direitos a característica de fundamentais.

Por isso, Jorge Neto[28] se propôs a definir os direitos fundamentais como sendo "[...] todos aqueles constitucionalmente assegurados que visam a proteger, assegurar, implementar ou promover a dignidade da pessoa humana". Com efeito, os direitos fundamentais transcenderam a ordem institucional, exteriorizando-se, doravante, em três gerações sucessivas, que remetem aos direitos da primeira, da segunda e da terceira gerações, quais sejam, direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, como foi amplamente assinalado por renomados juristas, com base nos comentários de Bonavides.[29]

Vale ressaltar que há também os direitos fundamentais da quarta geração, quais sejam, o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Nesse contexto, Paulo Bonavides assinala uma quinta geração, que, no contexto da normatividade jurídica, condiz com a concepção da paz, por configurar um dos mais elogiáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Em razão das limitações espaciais e temáticas, dar-se-á ênfase aos direitos de segunda geração, que correspondem aos direitos sociais, culturais e econômicos e também aos direitos coletivos, por serem objeto de estudo neste momento.

Para Uadi Lammêgo,[30] os direitos fundamentais de segunda geração visam assegurar o bem-estar e a igualdade, impondo ao Estado uma prestação positiva, por fazer algo de natureza social em favor do homem. Por sua vez, José Afonso esclarece que os direitos sociais são definidos como:

26 - JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das políticas Públicas*: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009. p. 29.

27 - BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 30.

28 - Idem, Ibidem, p. 32.

29 - BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 581.

30 - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

> [...] prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.[31]

Com isso, é relevante a atuação harmônica dos três poderes para garantir a concretização dos direitos sociais, cada qual exercendo sua função dentro da competência determinada pela Constituição Federal. Tal assertiva se torna de fácil percepção quando se trata do direito à educação, considerado relevante direito fundamental, uma vez que reúne as características dos direitos fundamentais constitucionais, como, por exemplo, aplicabilidade imediata e eficácia plena.

Ademais, o art. 6º do texto constitucional exalta a educação como categoria dos direitos fundamentais. Segundo esse dispositivo, combinado com o artigo 205, todos têm direito à educação, tendo o Estado e a família o dever de proporcioná-la. Isso significa que os objetivos básicos da educação só se realizarão mediante um sistema educacional democrático. Significa, em primeiro lugar, que, na visão de José Afonso:

> O Estado tem que aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, isto é, oferecer ensino, de acordo com os princípios estatuídos na Constituição (art.206); que ele tem que ampliar cada vez mais as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito; e, em segundo lugar, que todas as normas da Constituição, sobre educação e ensino, hão que ser interpretadas em função daquela declaração e no sentido de sua plena e efetiva realização.[32]

O direito à educação materializado pelo FIES, por sua vez, pode ser visto como forma de driblar o art. 213 da Constituição Federal, que só admite a destinação de recursos para instituições privadas não lucrativas. Para José Rezende:

> Como se viu, recursos públicos estão sendo destinados diretamente (Pronatec) ou indiretamente (ProUni) para instituições lucrativas, sem falar na compra de vagas na educação infantil. O caso do FIES é ainda mais paradigmático dessa estratégia. Uma enorme quantidade de recursos públicos tem sido destinada a instituições privadas lucrativas, muitas de qualidade duvidosa, sem qualquer controle e sem que elas tenham qualquer responsabilidade.[33]

Por esse motivo, são questionáveis a exigibilidade da educação como direito social e a sua efetividade por meio de instrumentos individuais, se é considerado um processo socialmente justo e independente do atendimento de demandas individuais que privilegiam somente aqueles que têm a oportunidade de acesso ao Judiciário e veem seu pedido atendido, em detrimento de

31 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 289.

32 - Idem, ibidem, p. 316.

33 - PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016. p. 149. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

outros que aguardam pelo Poder Público, mas sem possibilidade de recorrer à via judicial para concretizar o mesmo direito.

2. UM ATIVISMO JUDICIAL NECESSÁRIO?

A Constituição Federal de 1988 representou um marco histórico para a incorporação de uma nova sistemática ao ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Uadi Lammêgo,[34] foram trazidas características e ideias próprias do neoconstitucionalismo, apresentando um novo modelo de Estado de Direito que favorece a força normativa e axiológica do texto constitucional, bem como defende a observância dos princípios e a aplicabilidade das normas constitucionais, entre outros. Com a inserção das ideias defendidas pelo "constitucionalismo contemporâneo", ocorreu uma mudança no paradigma teórico e jurídico dos tribunais brasileiros, uma vez que as normas constitucionais não poderiam limitar-se ao campo normativo abstrato, devendo, ao contrário, ser aplicadas aos casos concretos.

Dessa forma, o Poder Judiciário assumiu um papel mais ativo na concretização das normas constitucionais, especialmente na garantia dos direitos fundamentais, tendo como fundamento normativo o princípio da inafastabilidade da jurisdição, estatuído no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Sendo assim, mesmo diante da inércia ou exercício insatisfatório das competências dos poderes Legislativo e Executivo, os direitos fundamentais podem ser concretizados pela via judicial, caso haja a devida postulação, ocasionando o fenômeno do ativismo judicial.

Recorrer ao Judiciário já está imbuído na mentalidade brasileira. "Buscar os meus direitos", para a maioria das pessoas, implica apenas a proposição de ações judiciais. Esquecem-se de que, como parte de sua cidadania, implica também buscar seus direitos por meio do voto, associações, petições públicas ou por meio de negociação direta entre as partes. Essa judicialização é estimulada, principalmente, por uma cultura litigante brasileira. Na explicação de George Marmelstein:

> A palavra judicialização ou judiciarização é um neologismo que designa a possibilidade de submeter uma questão à análise do Poder Judiciário, a fim de que a controvérsia seja dirimida por órgãos jurisdicionais dentro de um processo judicial com todas garantias e ritos a ele inerentes.[35]

A garantia de acesso à justiça é essencial, mas não deve ser colocada como única solução para o equacionamento de problemas crônicos. Quiçá, como a resolução se dá de forma relativamente mais imediata para que se cumpra o que foi pedido, não se utiliza o cidadão das ferramentas de autocomposição para uma solução duradoura naquela política pública.

Para o mesmo autor, há um processo de enfraquecimento do Poder Legislativo como ins-

34 - BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2014. p. 528.

35 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética.* Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

tância tomadora de decisões, justificando-se, como principal causa desse enfraquecimento, o manto de legalidade que se deu por esse Poder aos regimes totalitários.[36] Hoje, esse enfraquecimento se dá, principalmente, por via dos escândalos de corrupção presenciados no país nos últimos anos. Assim, têm-se um sentimento de que a lei não ajudará a população, restando ao Poder Judiciário a suposta missão da aplicação direta dos direitos fundamentais.

Destaque-se, portanto, a ocorrência de um exagerado individualismo e uma apatia geral do povo em relação aos interesses políticos. Consoante as palavras de Alexis de Tocqueville, teórico do despotismo democrático:

> Não se deve dizer de maneira absoluta e geral que o maior perigo de nossos dias seja a licença ou a tirania, a anarquia ou o despotismo. Ambos são igualmente temíveis e podem decorrer facilmente de uma só e mesma causa, que é a *apatia geral, fruto do individualismo*; é essa apatia que faz que o dia em que o poder executivo reúne algumas forças, está em condição de oprimir, e que, no dia seguinte, quando um partido pode pôr trinta homens em batalha, está também está em condição de oprimir. [grifo nosso][37]

Dessa forma, uma remodelação do sistema estatal é indispensável para conter essa exorbitante tendência egoísta, de modo que não exista nenhum poder cujo exercício não possa ser controlado por outro poder. A separação de poderes surgiu para evitar a tirania dos governos e limitar a atuação estatal sobre os direitos individuais, atuação esta baseada no axioma de que todo homem que detém o poder tende a dele abusar, de forma ilimitada. E, nesse sentido, Paulo Bonavides salienta que "[...] para que não se possa abusar desse poder, faz-se mister organizar a sociedade política de tal forma que o poder seja um freio ao poder, limitando o poder pelo próprio poder".[38]

Nesse contexto, é importante frisar que a ideia de separação de poderes referida por Montesquieu não é exata e nem deve ser compreendida de modo absoluto, da mesma forma como foi aplicada no início da formação dos Estados modernos. Todavia, como bem alude Paulo Bonavides, percebe-se que:

> O princípio se inaugura no moderno Estado de direito como técnica predileta dos convergentes esforços de limitação do poder absoluto e onipotente de um executivo pessoal, que resumia até então toda a forma básica de Estado.[39]

Com efeito, o ativismo judicial ganhou notoriedade com o advento da Constituição Federal de 1988, que concedeu amplos poderes ao Judiciário. Contudo, destaque-se que o termo "ativismo judicial" não se limita ao campo jurídico, tendo sido, em um primeiro momento, utilizado

36 - MARMELSTEIN, op. cit., p. 21.

37 - TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*: sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 418.

38 - BONAVIDES, PAULO. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 148.

39 - Idem, ibidem, p. 152.

na seara política pelo historiador Arthur Meier Schlesinger Jr., que aludiu aos nove juízes com posicionamentos mais ativistas, assim considerados aqueles que adotavam postura mais ativa na concretização dos direitos fundamentais. Sendo assim, em virtude do estudo de tal fenômeno em diversos campos do conhecimento científico, foram apresentadas várias concepções acerca do ativismo judicial, predominando, nos dizeres de Luís Barroso "[...] uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".[40]

É relevante destacar que o ativismo judicial constitui um fenômeno que ocorre em virtude, muitas vezes, da ausência de observância satisfatória das competências determinadas pelo constituinte aos Poderes Legislativo e Executivo, notadamente com relação às normas programáticas, que necessitam da elaboração e ulterior concretização de políticas públicas referentes aos direitos sociais.

À vista disso, Milard Lehmkuhl[41] aduz que o Poder Judiciário não pode mais ser considerado como "simples aplicador frio da letra da lei", devendo desempenhar uma participação ativista, aproximando as normas jurídicas dos acontecimentos sociais, com o fito de superar a insuficiência demonstrada pelos demais poderes da República Federativa do Brasil.

Todavia, não obstante os evidentes benefícios decorrentes da postura ativista apresentada pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos constitucionais, o ativismo judicial sofre diversas críticas de estudiosos do tema, como bem aduzido por Luís Barroso,[42] que faz referência à politização do Direito, aos limites da capacidade institucional e à legitimidade democrática. No que diz respeito à politização do direito, os magistrados, quando aplicam o direito no campo da política, sem o reconhecimento da devida diferenciação entre os campos jurídico e político de atuação, ocasionam consequências nefastas, uma vez que, de acordo com Eduardo Figueiredo, "acaba fazendo uma má política, por critérios jurídicos".[43]

Por sua vez, Luís Barroso[44] defende que o ativismo judicial deve ser visto como um fenômeno que favorece a democracia, na hipótese de o campo jurídico não se confundir com o campo político. Nesse mesmo sentido, argumenta que os magistrados que adotam uma postura ativista não podem atuar por "vontade política própria", de maneira a pretender a concretização das maiorias políticas, devendo agir de forma "contramajoritária", mesmo que confronte os interesses da maioria em virtude da concretização dos direitos fundamentais de determinados indivíduos. Atuando os juízes desse modo, o instrumento em estudo, portanto, não pode ser considerado em desfavor da democracia.

40 - BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, nº. 21, jan./jun. 2012. p. 9.

41 - LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, fev. 2015. p. 17.

42 - Cf. BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Espanha, n. 13, p. 17-32, dez. 2009. p. 10-12.

43 - FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. *O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. Percurso:* Sociedade, Natureza e Cultura. Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. p. 116.

44 - BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, nº. 21, jan./jun. 2012. p. 28

É válido ressaltar a importância de ser observada a capacidade institucional do Poder Judiciário em face das demandas que versem sobre políticas públicas, devendo tal atuação ser compartilhada com os demais poderes da federação brasileira, até mesmo porque a discussão nos âmbitos dos Poderes Legislativo e Executivo proporciona um debate mais próximo da sociedade, limitando-se, na via judicial, apenas às partes integrantes daquele processo. Contudo, tal argumento não pode ser justificativa para negar a concretização dos direitos fundamentais, sob pena de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana.

Outra crítica frequentemente desenvolvida nos estudos que permeiam o presente tema diz respeito à legitimidade democrática do ativismo judicial, questionando se tal fenômeno afeta e lesiona o princípio da separação de poderes, consagrado na atual ordem jurídica brasileira. Essa indagação advém do próprio modelo estrutural de Estado que foi consagrado pelo constituinte de 1988, em que cada Poder da República possui funções típicas e atípicas, todas com o escopo de concretizar os ditames constitucionais. Dessa maneira, quando o Poder Judiciário atua de forma ativista para a concretização de direitos sociais que necessitam de políticas públicas, adentra na esfera de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, sendo necessário esclarecer se essa interferência é constitucional e legítima.

A proposito, André Cambuy[45] avalia que, quando o ativismo judicial se manifesta com o escopo de suprir a omissão legislativa ou a ausência de efetividade das políticas públicas, cuja função é do Poder Público, não fere o princípio da separação de poderes, visto buscar, em última medida, a concretização dos direitos fundamentais, especialmente os direitos sociais, entre eles, o direito à educação. Contudo, deve se atentar ao fato de que o crescimento do ativismo judicial revela uma "debilidade da democracia jovem do país" e demonstra que ainda é muito necessário o seu desenvolvimento, uma vez que os direitos consagrados de forma abstrata estão sendo concretizados primeiramente pelos tribunais e não pelo Parlamento ou pelo Executivo.

No mesmo sentido, defende Milard Lehmkuhlque que "o Judiciário não necessita de uma prévia ação do legislador, nem mesmo da adoção de políticas públicas e orçamentárias do administrador".[46] O autor salienta ainda a existência de questões que estão intrinsicamente relacionadas com o princípio da dignidade da pessoa humana, norma basilar da Constituição Federal e de responsabilidade de todos os poderes da federação brasileira, devendo ser empreendidas, para efetivação desse princípio, intervenções assecuratórias dos direitos fundamentais.

Desse modo, faz-se imprescindível o reconhecimento e a observância da competência de cada um dos poderes republicanos, uma vez que a Carta Magna determinou a esfera de atuação de todos, seja Legislativo, Executivo ou Judiciário. Contudo, essa repartição constitucional de funções estatais não pode servir de fundamento para a inércia de determinado poder no exercício de suas tarefas. Assim, o ativismo judicial constitui um instrumento bastante eficaz do sistema de freios e contrapesos, pois impede a abusividade ou arbitrariedade dos poderes Legislativo e Executivo, devendo intervir na seara destes apenas e tão somente quando houver a devida necessidade de tutela dos direitos fundamentais, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes.

45 - ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP*, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2011. p. 18. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>. Acesso em: 17 jul. 2018.

46 - LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, n. 2, p. 13-32, fev. 2015. p. 17.

Em consonância com os estudiosos que reprovam o ativismo judicial por ferir o modelo tripartite de poderes, Eduardo Figueiredo afirma que, quando o Estado brasileiro permite o ativismo judicial, corre o risco de não observar a legitimidade democrática, "[...] uma vez que o povo abre mão do voto para, supostamente, usufruir de bons serviços públicos, o que se agrava ainda mais, com desrespeito ao princípio da separação de poderes [...]".[47]

Sendo assim, verifica-se que uma das fontes do ativismo judicial é a crise de representatividade que aflige a atual democracia brasileira, uma vez que os poderes representativos do povo perderam em grande parte sua credibilidade política devido ao não cumprimento satisfatório de suas funções constitucionais, entre elas, a concretização do direito à educação. Com isso, os indivíduos utilizam a via jurisdicional para concretizar os direitos fundamentais estatuídos na Carta da República, evitando prejuízos à sua individualidade. Todavia, essa postura ativista demonstrada pelos magistrados deve ser vista com cautela e realizada apenas quando estritamente necessária, em observância ao princípio da separação de poderes e à garantia dos direitos fundamentais.

2.1 A Atuação da Advocacia-Geral da União em Face do Ativismo Judicial

A partir da presente análise teórica, portanto, vislumbra-se a necessidade de que o Poder Judiciário seja árbitro somente na exceção.[48] Para isso, de forma a confirmar os casos de excepcionalidade, conta-se com a atuação da Advocacia-Geral da União. Essa instituição, consoante definição do art. 131 da Constituição Federal de 1988, representa os interesses da União judicial e extrajudicialmente.

Na lição de George Marmelstein, houve uma mudança no paradigma do fundamento do poder, de forma que as funções institucionais se guiam pelos valores fundamentais relacionados ao respeito à pessoa. Com isso, essa mudança de paradigma:

> [...] provocou uma transformação de sentido no princípio da separação de poderes, pois colocou o órgão responsável pela proteção dos direitos fundamentais numa *situação de contrapoder*, *funcionando como o árbitro final dos conflitos jurídicos*, inclusive para controlar a validade material dos atos emanados dos demais órgãos estatais. [g.n.][49]

No mesmo sentido, defende Ronald Dworkin:

> Creio que está errado e, no fim, profundamente a idéia e o Estado de Direito. O argumento que exorto os alemães a adotar, de que o direito, bem compreendido, pode apoiar o que

47 - FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. *Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016. p. 118.

48 - Frase de Dias Toffoli na abertura do Seminário "Os 30 Anos da Constituição Brasileira", promovido pela Advocacia-Geral da União. EM seminário na AGU, presidente do STF defende mudança na cultura da judicialização. *Notícias STF*. 2018. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=396981. Acesso em: 07 maio 2019.

49 - MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018. p. 131.

> chamamos de desobediência civil, só pode ser um argumento efetivo quando rejeitamos esse aspecto do positivismo e insistimos em que, embora os tribunais possam ter a última palavra, em qualquer caso específico, sobre o que é o direito, *a última palavra não é, por essa razão apenas, a palavra certa.*[50]

Com isso, para evitar que esse contrapoder seja utilizado de forma desmedida, cabe destacar os argumentos levantados pela Advocacia-Geral da União. Há alguns anos, essa instituição vem travando embates relativos à judicialização da saúde, sendo relevantes também as questões diretamente ligadas ao direito à educação. Dessa maneira, busca-se que o Judiciário não se transforme em uma espécie de poder onipresente e onipotente, que apresenta soluções que não necessariamente passaram pelo crivo democrático, pois esse pequeno número de juízes não foi eleito, nem presta contas à sociedade.[51]

2.2 Análise de Três Casos de Pedidos de Concessão de Financiamento Estudantil - FIES

Passa-se agora à análise de três casos relacionados às vagas no Programa de Financiamento Estudantil, destacando-se os pedidos realizados, o deferimento ou não de medida de segurança, bem como os argumentos levantados pela Advocacia-Geral da União. Ressalte-se que os casos não se tratam de *leading cases*, eis que estes apenas se constituiriam caso determinassem uma regra importante, sobre qual as demais decisões posteriores gravitam.[52] Os casos escolhidos são exemplos dos argumentos utilizados pela AGU, bem como do desenrolar processual relacionado a pedidos de concessão de financiamento estudantil.

De início, tem-se a suspensão de liminar e de sentença nº 2.277 – DF, em sede do Agravo de Instrumento nº 0014524-41.2017.4.01.0000, em que o desembargador federal relator determinou à União e ao Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) a emissão e o repasse de certificados financeiros do Tesouro (CTFs) para a entidade educacional autora, no montante total de R$ 266.782.090,71 (duzentos e sessenta e seis milhões, setecentos e oitenta e dois mil, noventa reais e setenta e um centavos). Diante disso, a União e o FNDE protocolaram pedido de contracautela no STJ, argumentando, principalmente:

> [...] só para a UNIESP, o impacto no orçamento representa mais de R$ 266 milhões, de modo que, o efetivo cumprimento da r. decisão poderá interromper a concessão de novos financiamentos " (fl. 34), pois tal valor "representa o equivalente à concessão de 45 mil novos financiamentos no 2º semestre de 2017" (ibidem); o) há risco de efeito multiplicador, pois eventual extensão da antecipação de tutela para as demais entidades mantenedoras com mais de 20.000 matrículas financiadas "causaria um impacto de mais

50 - DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio.* São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 171.

51 - Idem, ibidem, p. 362.

52 - SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law",, em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 163-198, 1 jan. 1997. Disponível em:<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 18 jun. 2019.

> de R$ 2,5 bilhões, o que representa 12,5% total do orçamento de 2017" (fl. 33) – impacto orçamentário que "equivale à concessão e aditamento de renovação semestral de aproximadamente 416 mil estudantes, quantidade que equivale a quase 30% do total de graduandos com recursos do Fies. [...] [53]

O emprego da via suspensiva foi acatado pela ministra Laurita Vaz, ante a acentuada ofensa à economia pública, com ordenação de despesa sem a devida previsão orçamentária. Vislumbrar-se-iam os danos ao erário, em função de única mantenedora de instituições de ensino, caso a decisão em sede de agravo de instrumento houvesse permanecido.

Em outro caso, no Processo nº 1007741-69.2015.4.01.3400, que tramitou na Seção Judiciária do Distrito Federal, a autora impetrou mandado de segurança em face do Presidente do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE), eis que foi aprovada no vestibular do Curso de Medicina na 57ª posição, realizando matrícula por meio do contrato de prestação de serviços educacionais. Como razão do mandado, aduziu que o número de vagas ofertadas pela faculdade no curso de medicina foi de 80 vagas e, tendo a faculdade nota 4 no SINAES, teria, com isso, direito a 75% das vagas autorizadas para o curso, totalizando, assim, 60 vagas no FIES, e não apenas as seis disponibilizadas. A segurança foi denegada. Posteriormente, em prestação de informações, o presidente do FNDE, por meio da AGU, aduziu que:

> A definição de limitação das quantidades de vagas ofertadas em razão do conceito atribuído no Sinaes ao código de curso, objetiva, como forma de transição impedir que um determinado curso, IES ou mantenedora dependa excessivamente do Fies, o que, no plano macro, pode significar uma distribuição desigual e não razoável dos recursos disponibilizados pelo Fundo e, de outro lado, pode repercutir na utilização indevida da política pública, desvirtuando seu objetivo de permanência dos estudantes na educação superior.[54]

Com isso, em sede de sentença, o magistrado federal aduziu, entre outras teses, que:

> Não cabe ao Poder Judiciário intervir em matéria atinente a previsão e execução orçamentária estabelecida pelo governo, **sob pena de violar o postulado da separação de poderes, essencial para o regime democrático**, pois cabe ao administrador, mediante critérios de oportunidade, conveniência, justiça e equidade, conduzir da melhor forma as políticas públicas para o acesso ao ensino superior. (Grifo nosso)

Destaque-se a postura do magistrado em citar claramente o princípio da separação dos poderes como essencial ao regime democrático, de forma a manter o equilíbrio entre os poderes da federação.

Por fim, analisa-se último caso, desta vez, relativo ao aditamento contratual de FIES, o Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ingressou a parte autora com ação de obrigação de fazer, com pedido de tutela provisória de urgência, para realização de aditamento contratual. Segundo ela:

53 - Consulta da decisão de suspensão de liminar e de sentença nº 2.277 – DF. Disponível em: http://twixar.me/vDKn. Acesso em: 10 maio 2019.

54 - Processo nº 1007741-69.2015.4.01.3400. Mandado de Segurança Cível, 3ª Vara Federal Cível da SJDF. Consulta via PJE.

> Após erros por parte da faculdade no lançamento de informações no SisFIES destinadas ao aditamento de seu contrato, teve um prazo exíguo para os procedimentos junto à instituição bancária, o que a levou a perder o prazo para tanto".[55]

A tutela provisória foi denegada e, em contestação, o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação, por meio da Advocacia-Geral da União, aduziu que:

> Verifica-se que a não formalização do contrato do FIES do aluno em 2018.1 NÃO se deu em razão de problema no SisFIES ou mesmo em função de qualquer conduta que possa ser imputada ao FNDE, mas sim em função da perda de prazo junto ao banco, [...] Não se poderia ainda pretender que o FNDE fizesse o repasse de valores a IES, isto porque o repasse só ocorreria validamente se o aditamento fosse formalizado corretamente, sob pena de os recursos público serem repassados à IES sem autorização legal, o que importaria em responsabilidade pessoal da autoridade competente. Não se cogita, portanto, qualquer responsabilidade do FNDE, não havendo qualquer obrigação de indenizar a parte autora. Não se poderia, sem sérias lesões às normas do FIES, à isonomia, à legalidade e à segurança jurídica, firmar contrato de forma impositiva entre o autor e o FIES mediante intervenção do Poder Judiciário, de forma a surtir efeitos retroativos a 2016.2.[56]

Tal posição foi confirmada pelo Juízo, determinando-se que:

> Com efeito, constata-se que o aditamento do contrato foi iniciado dentro do prazo com os valores corretos, mas o comparecimento ao banco para regularizar sua situação no prazo estabelecido pelo FIES é de responsabilidade da autora, não sendo plausível atribuir as suas pendências contratuais a falhas do sistema eletrônico SISFIES.[57]

Dessa forma, verifica-se que, quanto à concessão de vagas de FIES, existem maneiras de se evitar um ativismo judicial nocivo ao erário, preservando-se o direito fundamental à educação àqueles que efetivamente atendem aos critérios da política do programa.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo trouxe uma análise crítica sobre o ativismo judicial nas demandas que versam sobre a concessão das vagas em Financiamento Estudantil e o seu impacto no princípio da separação de poderes consagrado na Constituição Federal de 1988. Tal política afirmativa se refere ao desdobramento do direito à educação, tido como fundamental e, portanto, portador das

55 - Trechos da decisão denegatória da tutela de urgência. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

56 - Trechos da contestação. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

57 - Trechos da sentença. Processo nº 0816517-25.2017.4.05.8100. Procedimento Comum Cível – Obrigação de Fazer, 3ª Vara Federal da JFCE. Consulta via PJE.

características que são próprias dos direitos fundamentais positivados na Constituição brasileira, como a aplicabilidade e a eficácia imediata.

A partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, constatou-se que o ativismo judicial, a ser utilizado de forma reflexiva e sem exageros principiológicos, é um instrumento para concretização da democracia brasileira e a garantia da força normativa da Constituição Federal, visto que possibilita a efetivação dos direitos fundamentais. Contudo, deve ser sopesado, para evitar a descaracterização do sistema de freios e contrapesos existente no ordenamento jurídico.

Nesse sentido, verificou-se também que o princípio da separação de poderes não pode ser interpretado de forma absoluta, pois, tendo em vista o sistema de freios e contrapesos, deve-se permitir a interferência de um poder no outro quando necessário, objetivando a harmonização da sociedade. No entanto, ante a atuação de órgãos como a Advocacia-Geral da União, há a efetiva concretização dos ditames constitucionais que expressam que todos os entes federativos possuem o dever de tutelar o direito fundamental à educação. Portanto, quando houver políticas públicas devidamente adequadas e satisfatórias para o exercício do direito supramencionado, deve o Judiciário se abster de adentrar na esfera do Legislativo e do Executivo, em respeito à separação de poderes.

Por outro lado, o direito à educação – espécie do gênero direitos sociais –, nos casos que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil, também não pode ser interpretado como um direito absoluto, que deve ser concretizado em todas as demandas que o pleiteiam. Tal entendimento decorre da necessidade de se respeitar a estrutura organizacional do Estado de direito brasileiro, o princípio da separação de poderes e os limites da capacidade financeira estatal para concretizar direitos programáticos.

Assim, o ativismo judicial deve ser exercido nos limites estabelecidos na Constituição Federal, estritamente nos casos em que se verifiquem condutas inconstitucionais de um poder da República, devendo-se observar, de qualquer forma, o sistema de freios e contrapesos, sob pena de converter-se em um instituto gerador de insegurança jurídica. Entretanto, esse não é o caso dos processos que versam sobre a concessão de vagas no Financiamento Estudantil, uma vez que não há omissão estatal quanto à regulamentação do programa e sua execução pela iniciativa privada.

Desse modo, os magistrados devem agir com a cautela necessária no exame de tais processos, uma vez que, nesses casos, não há conduta omissiva, o que seria afrontoso ao texto constitucional, mas apenas limitação de concretização de todos os direitos sociais incondicionalmente. Assim, rechaçar o ativismo judicial indiscriminado é assegurar o equilíbrio do sistema federativo brasileiro e evitar a potencial insegurança jurídica que pode advir de tal conduta.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, André Cambuy. O Ativismo Judicial e a Separação dos Poderes em Montesquieu: Uma Releitura Necessária no Brasil. *Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito do IDP*, n. 1, v. 1, p. 1-22, 2011. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/701>. Acesso em: 17 jul. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *RFD- Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

_____. Judicialização, Ativismo judicial e Legitimidade democrática. *Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Espanha, n. 13, p. 17-32, dez. 2009.

BOBBIO, Noberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Ciência Política*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Teoria do Estado*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 abr. 2019.

BULOS, Uadi Lammego. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CHAVES, Vera Lúcia Jacob; AMARAL, Nelson Cardoso. EXPANSION POLICY FOR HIGHER EDUCATION IN BRAZIL - PROUNI AND FIES AS PRIVATE SECTOR FINANCERS. *Educ. rev.*, Belo Horizonte, v. 32, n. 4, p. 49-72, dec. 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-46982016000400049&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

DIAS MOTTA, I.; PAPOTE DE OLIVEIRA, A. *A Educação e os Direitos da Personalidade:* Fundo De Financiamento Estudantil (FIES). 24 mar. 2016. Disponível em: <https://figshare.com/articles/A_EDUCA_O_E_OS_DIREITOS_DA_PERSONALIDADE_FUNDO_DE_FINANCIAMENTO_ESTUDANTIL_FIES_/3123412/1>. Acesso em: 10 maio. 2019

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERNANDES. Ricardo Vieira de Carvalho. Análise histórica da separação de poderes na ótica do poder judiciário no Brasil. *Revista Direitos Culturais*, n.18, maio 2014. Disponível em: <https://app.vlex.com/#BR/search/jurisdiction:BR,XM,EA/analise+historica+da+separacao+dos+poderes+na+%C3%B3tica+do+poder+judici%C3%A1rio/BR/vid/546287118>. Acesso em: 17 jul. 2018.

FIGUEIREDO, Eduardo Fin; GIBRAN, Sandro Mansur. O ativismo judicial, o princípio da separação de poderes e a ideia de democracia. *Percurso: Sociedade, Natureza e Cultura*, Curitiba, v. 1, n. 18, p. 104-124, 2016.

FREIXO, Márcia Aparecida de Andrade. O ativismo judicial e o princípio da separação de pode-

res. *Revista Intervenção, Estado e Sociedade*, Ourinhos - SP, n. 1, 2014. Disponível em: <http://revista.projuriscursos.com.br/index.php/revista-projuris/article/view/8>. Acesso em: 17 jul. 2018.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O Controle Jurisdicional das políticas Públicas:* concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais. 2. ed. Bahia: Juspodivm, 2009.

LEHMKUHL, Milard Zhaf Alves. O exercício legítimo do ativismo judicial. *Revista Bonijuris*, Paraná, v. 27, nº. 2, p. 13-32, fev. 2015.

MARMELSTEIN, George. *A judicialização da ética*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2018.

MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de; NELSON, Rocco Antônio Rangel Rosso. Reflexões sobre o ativismo judicial. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ-RFD*, Rio de Janeiro, n. 27, 2015.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de; SILVA, Mariana Pereira da; MARCHETTI, Vitor. JUDICIÁRIO E POLÍTICAS PÚBLICAS: O CASO DAS VAGAS EM CRECHES NA CIDADE DE SÃO PAULO. *Educação & Sociedade*, [s.l.], v. 39, n. 144, p.652-670, 26 mar. 2018. FapUNIFESP (SciELO). http://dx.doi.org/10.1590/es0101-73302018176112. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/es/v39n144/1678-4626-es-es0101-73302018176112.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2019.

PINHEIRO, Wesley Moreira. Captação X Inclusão: duas faces do financiamento estudantil. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, v. 13, n. 149, p.1-13, out. 2013. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/21089>. Acesso em: 11 maio 2019.

PINTO, José Marcelino de Rezende. Uma análise da destinação dos recursos públicos, direta ou indiretamente, ao setor privado de ensino no Brasil. *Educ. Soc.*, Campinas, v. 37, n. 134, p. 133-152, Mar. 2016, p. 147 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100133&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 maio 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Guido Fernando Silva. Estudos de Direito Comparado (I) - O que é a "Common Law";, em particular, a dos EUA. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, v. 92, p. 163-198, 1 jan. 1997. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67360>. Acesso em: 18 de jun. 2019.

TOCQUEVILLE. Alexis de. *A democracia na América:* Livro 1 Leis e costumes. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. *A democracia na América:* sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

COMPLIANCE E COMBATE À CORRUPÇÃO: APONTAMENTOS SOBRE O PL 367/2019 DO ESTADO DE MINAS GERAIS

COMPLIANCE AND FIGHT AGAINST CORRUPTION: NOTES ON THE PL 367/2019 OF THE STATE OF MINAS GERAIS

Carolina Angelo Montolli[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Gestão Pública; 2. Corrupção; 3. A Lei Anticorrupção: contexto de criação; 4. Apresentação do *Compliance*; 5 Aplicabilidade do *compliance* na Administração Pública; 6 O Planejamento Executivo no estado de Minas Gerais; 7. A Reforma Administrativa no estado de Minas Gerais; 8. Conclusão; Referências.

1 - Pós-Doutora em Ciências Jurídicas - Direito Penal Internacional Humanitário pela Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, Argentina. Pesquisadora e professora do Observatório de Políticas Públicas em Segurança. Pós-Doutora em Direito Penal e Garantias Constitucionais pela Universidad Nacional de La Matanza, Buenos Aires, Argentina. Doutora em Direito Público, com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professora do Curso em Administração Pública da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro. Fundação João Pinheiro - Diretoria de Políticas Públicas. Pesquisadora em Ciência e Tecnologia Nível IV - Grau B.

RESUMO: No Brasil, são crescentes os dados a respeito do alto índice de corrupção que acomete principalmente os setores da administração pública. Mesmo diante de uma série de iniciativas, muitos políticos ainda conseguem burlar esse sistema e cometer atos corruptíveis, saindo impunes da situação. Nessa esteira, o presente estudo objetivouanalisar a aplicabilidade do *compliance* na administração pública no estado de Minas Gerais, bem como avaliar o PL 367/2019 e a sua funcionalidade no combate a corrupção, que está presente de forma significativa no estado. Essa revisão de literatura pretende mostrar que há leis de combate à corrupção no país, entretanto, elas ainda não são tão eficientes como deveriam ser.

PALAVRAS-CHAVE: *Compliance*. Lei Anticorrupção. Reforma Administrativa. Minas Gerais. Corrupção.

ABSTRACT: In Brazil, the data on the high level of corruption that mainly affects the sectors of the public administration is growing. Even in the face of a series of initiatives, many politicians are still able to circumvent this system and commit corruptible acts by going unpunished. Thus, this study had as an analysis the applicability of compliance in public administration in the state of Minas Gerais, as well as evaluate PL 367/2019 and its functionality in the fight against corruption that is present in a significant way in the state. This literature review aims to show that there are anti-corruption laws in the country, however, they are still not as effective as they should be.

KEYWORDS: Compliance. Anti-Corruption Law. Administrative Reform. Minas Gerais. Corruption.

INTRODUÇÃO

A proposta de reforma administrativa enviada pelo governador de Minas Gerais, Romeu Zema, à Assembleia Legislativa, no dia 05 de fevereiro de 2019, determina a criação de um Núcleo de Combate à Corrupção, vinculado à Controladoria-Geral do Estado (CGE). A reestruturação interna da pasta permitirá que esse grupo especializado atue em investigações de supostos casos de corrupção para coibir eventuais práticas ilícitas e garantir o bom uso dos recursos públicos. Essa apuração será feita a partir do cruzamento de diversas bases de dados do Estado - contratos, compras, pessoal -, entre outras fontes.

O objetivo da medida é ter um setor especializado que trabalhe nas negociações de operações especiais, atividades de inteligência e acordos de leniência – mecanismo usado para auxiliar nas investigações de crimes e previsto na Lei nº 12.846/13 – Lei Anticorrupção. A partir desse núcleo, a CGE vai intensificar sua atuação na parceria com outros órgãos de combate à corrupção, como o Ministério Público Estadual (MPE) e a Polícia Civil. A esse respeito, o controlador-geral do Estado, Rodrigo Fontenelle, afirma que "*A CGE cria esse núcleo porque entendemos que o órgão precisa ser mais efetivo no combate à corrupção e com atuação estratégica, articulada com as outras entidades. A atuação em rede é fundamental para os bons resultados que queremos colher*".

Ainda segundo a CGE, esse grupo vai absorver a atual Assessoria de Inteligência em Controle Interno, que hoje é responsável pela produção de informações estratégicas. Também vai envolver servidores da pasta detentores de conhecimento sobre acordos de leniência e que tenham atuado em apurações que envolvam grandes montantes de recursos.

O plenário da Assembleia Legislativa de Minas Gerais recebeu na semana passada mensagem do governador contendo o projeto da reforma administrativa, que vai tramitar em regime de urgência na Casa. A proposta prevê a redução das atuais 22 secretarias para 12 pastas, representando uma economia de R$ 1 bilhão ao longo de quatro anos, valor que será atingido também devido à extinção de empresas, autarquias e fundações. Além disso, o corte de cargos de comissão e o ganho de eficiência com a fusão das pastas também contribuirão para a racionalização de despesas. Assim, ao final da reforma, haverá a redução da estrutura estadual de 75 para 57 órgãos.

1. GESTÃO PÚBLICA

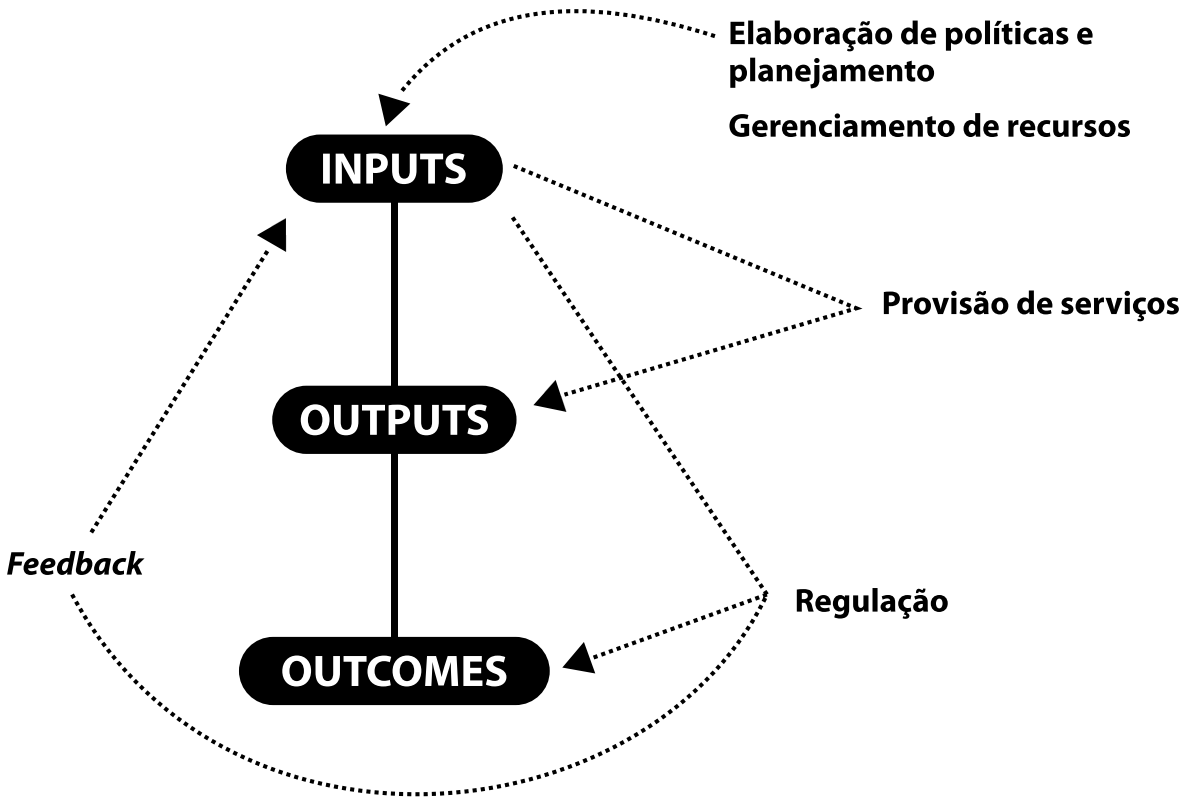
A crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar, não apenas porque este não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre caracterizou o setor público, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, por meio da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores por intermédio das empresas estatais. Essa estratégia oportunista do regime militar inviabilizou a construção no país de uma burocracia civil forte, nos moldes propostos pela reforma

de 1936. A crise agravou-se, entretanto, a partir da Constituição de 1988, quando se configura o cenário oposto, passando a administração pública brasileira a sofrer um enrijecimento burocrático extremo. As consequências da sobrevivência do patrimonialismo e do enrijecimento burocrático, muitas vezes perversamente misturados, serão o alto custo e a baixa qualidade da administração pública brasileira (BRESSER-PEREIRA, 1996).

Alcançar uma boa prática de gestão pública por resultados não implica somente a implementação de mecanismos de avaliação institucional. A gestão pública por resultados é viabilizada por diversos mecanismos gerenciais, começando pelo planejamento estratégico das ações governamentais, sejam elas organizadas em projetos ou programas; ampliação da flexibilidade gerencial; desenvolvimento de indicadores de desempenho; e, por fim, a avaliação de desempenho, que, além da medição das metas estabelecidas, fornece subsídios para retroalimentação de informações para o desenvolvimento de futuras metas gerenciais.

Os projetos e programas de governo precisam estar alinhados com o planejamento estratégico e com os objetivos de governo, para que eles não percam sua prioridade em detrimento de outras ações integradas ao planejamento estratégico, ou mesmo pelo fato de, apesar de gerarem produtos satisfatórios, não produzirem resultados eficientes (Figura 1).

FIGURA 1: Transformando inputs em outputs.



Fonte: Lawson (apud Girishankar, 2001).

O planejamento estratégico de recursos da política pública e a seleção de políticas prioritárias servem de inputs para o processo de produção de resultados das políticas. Esse processo de transformação de inputs em *outputs* é realizado a partir da formulação da política pública e da alocação dos recursos administrativos nas ações que conduzirão aos resultados pretendidos pela política pública. Os *outcomes* envolvem a implementação de instituições que governam as relações entre setores da administração pública. Maior autonomia e flexibilização gerencial se figuram como parte dessas instituições. Dado o foco no cumprimento de ações definidas, é necessário maior vinculação entre a alta direção e suas "unidades" operativas, para que sejam definidos as responsabilidades e compromissos mutuamente assumidos. Para fortalecer esse vínculo, acordos que estipulam os resultados a serem alcançados são, geralmente, articulados entre as duas partes. Nesse tipo de acordo, as unidades operativas se comprometem a cumprir as metas previamente estabelecidas, enquanto a alta direção fornece incentivos que favorecem o alcance das metas (CORRÊA, 2007).

2. CORRUPÇÃO

Segundo Madrid (2012), a corrupção, cuja raiz etimológica remete aos vocábulos "pútrido" e "apodrecido", atualmente é concebida popularmente como a prática de atos degenerados, depravados, devassos e desmoralizados, levando o indivíduo corrompido a afastar-se da retidão. A etimologia do termo, que antes se referia somente à matéria e passou a ser extensiva a moral e a ética, ajuda a traçar a compreensão do fenômeno em questão.

Zancanaro (1994) indica que a origem do termo está no verbo latino *rumpere*, correspondendo a romper, fender, separar, quebrar, degradar, e no substantivo *corruptio*, traduzido como depravação, deterioração, prostituição, degradação.

A corrupção pode assumir muitas formas e pode até ser incorporada em tradições culturais, mas sua análise geralmente enfoca a variável associada à atividade governamental. Estudos feitos por Krueger (apud LEITE; WEIDMAN, 2002), ao investigar os efeitos das regulações na atividade econômica e comércio internacional, demonstraram que restrições governamentais à atividade econômica tendem a provocar um parasitismo político e gerar comportamentos que favorecem a busca por vantagem indevida (fenômeno denominado *rent seeking behavior*).[2]

No Brasil, havia pelo menos três leis que poderiam servir como possível base para impor responsabilidade administrativa a pessoas jurídicas envolvidas em caso de suborno estrangeiro. São elas: Lei nº 8.666, de 21 de junho 1993 (Licitações); Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (Mercado de Valores Mobiliários); e Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994 (Proteção da Ordem Econômica). Entretanto, consoante análise exposta no Relatório sobre aplicação da Convenção sobre o Combate daCorrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais (Convenção da OCDE) e com fundamento na recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007, nenhuma das referidas leis gerava a perspectiva de que uma pessoa jurídica seria julgada pelo delito de suborno estrangeiro (OCDE, 2007).

2 - Os autores usam o termo "*rent seeking behavior*" que pode ser traduzido como renda de favorecimento político. O termo popularizado pelo economista Gordon Tullok foi cunhado para designar a troca de favores entre políticos, latifundiários e empresários, que tem como objetivo se beneficiarem mutuamente de vantagens advindas de regulações de seu interesse, e da criação de tributos e taxas indevidas.

3. A LEI ANTICORRUPÇÃO: CONTEXTO DE CRIAÇÃO

O controle da corrupção é um importante elemento de governança e uma meta declarada de muitos governos (STAPENHURST; JACOBS; PELIZZO, 2014). A boa governança no setor público permite ao Estado, além de outrasações necessárias a um ambiente democrático e participativo, ser transparente, mantendoos cidadãos informados a respeito das decisões tomadas e dos riscos envolvidos, bem como utilizar-sede controles internos eficazes para manutenção de riscos em níveis aceitáveis (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014). O movimento global anticorrupção possui sua origem mais difundida no escândalo *Watergate* e na promulgação do *Foreign Corrupt Practices Act (F*CPA), ambos ocorridos nos EUA na década de 1970. O país, que possuía uma imagem íntegra quanto ao sistema político e ao ambiente de negócios, teve sua imagem abalada significativamente após a evidenciação do escândalo de corrupção (FARIA, 2012). Embora os primeiros passos tenham sido dados nos exemplos supracitados, a comunidade internacional tornou-se efetivamente sensível ao tema combate à corrupção durante a década de 1990 (DEMATTÉ, 2015).

Os esforços da OCDE para o desenvolvimento de ações anticorrupção são considerados significativos em decorrência de dois fatores. Em primeiro lugar, devido à atuaçãoda entidade como força motriz por trás de ferramentas internacionais anticorrupção. Em segundo, porque vários dos maiores *players* do mercado internacional são de países-membros da OCDE (WOUTERS; RYNGAERT; CLOOTS, 2013).

No Brasil, as iniciativas de combate à corrupção esbarram no fenômeno denominado impunidade. A impunidade é, sem dúvida, o mal dos males. É a principal avalista da corrupção. Se corruptores e corruptos fossem alcançados pelos ditames expressos da lei, a realidade brasileira seria outra (SIMON, 2010). Aliado a isso, insere-se no aspecto comportamental antropológico do brasileiro o que o economista Eduardo Gianetti (2001, p.12,15) chama de paradoxo do brasileiro.

> O paradoxo do brasileiro é o seguinte. Cada um de nós isoladamente tem o sentimento e a crença sincera de estar muito acima de tudo isso que aí está. Ninguém aceita, ninguém aguenta mais: nenhum de nós pactua com o mar de lama, o deboche e a vergonha da nossa vida pública e comunitária. O problema é que, ao mesmo tempo, o resultado final de todos nós juntos é precisamente tudo isso que aí está! A autoimagem de cada uma das partes a ideia que cada brasileiro gosta de nutrir de si mesmo não bate com a realidade do todo melancólico e exasperador chamado Brasil. Aos seus próprios olhos, cada indivíduo é bom, progressista e até gostaria de poder "dar um jeito" no país. Mas enquanto clamamos pela justiça e eficiência, enquanto sonhamos, cada um em sua ilha, com um lugar no Primeiro Mundo, vamos tropeçando coletivamente, como sonâmbulos embriagadas, rumo ao Haiti.
>
> [...]
>
> O brasileiro é sempre o outro, não eu.

Em 2004, o Grupo de Trabalho sobre Corrupção nas Transações Comerciais Internacionais, que promove a avaliação e apresenta recomendações sobre a implementação da Convenção

da OCDE, formado por integrantes dos países signatários da Convenção (entre eles, o Brasil), apresentou o primeiro relatório, intitulado Fase 1,[3] sobre o Brasil. Nesse relatório, foi analisada a adequação normativa da legislação brasileira aos termos da Convenção.

Jána Fase 2,[4] ocorrida em 2007, foram analisados os avanços concretos e efetivos referentes às recomendações do primeiro relatório e da própria Convenção da OCDE.

A OCDE, após analisar as atitudes tomadas pelo Brasil no combate à corrupção, recomendou a reforma da legislação para ampliara responsabilidade das pessoas jurídicas pelos delitos de imoralidade administrativa que envolvam funcionário público estrangeiro. Nessa fase, foi constatado que a legislação brasileira era ineficiente na responsabilização de pessoas jurídicas.

Em 2010, o Poder Executivo, com o intuito de dar concretudeaos compromissos assumidos internacionalmente, encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 6.820/2010, que dispunha sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública nacional ou estrangeira, além de dar outras providências (XAVIER, 2015).

O Projeto tramitou no Congresso até 2013,[5] ano em que a população, inconformada com os inúmeros escândalos de corrupção que assolavam o país, foi às ruas para protestar contra a situação crítica na qual o país se encontrava. Assim, em virtude da pressão internacional e da insatisfação da população, que exigia medidas urgentes de combate à corrupção, no dia 1º de agosto de 2013, foi aprovada a Lei nº 12.846/2013, ficando popularmente conhecida como "Lei Anticorrupção".

Com o advento da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e da Convenção Interamericana contra a Corrupção,entrou em vogaa análisede um tema que adquiriu enorme relevância a partir da Lei nº 12.846/2013: a necessidade do desenvolvimento dos programas de *compliance* pelas pessoas jurídicas, com o intuito de serem detectadas, processadas e solucionadas internamente pela empresa condutas previstas na lei anticorrupção, podendo assim amenizar as possíveis sanções administrativas e/ou judiciais (HAYASHI, 2014).

De acordo com o jurista Juliano Heinen (2015, p. 36):

> A Lei nº 12.846/2013 disciplina típicos ilícitos administrativos, os quais podem ser resumidos como sendo o descumprimento voluntário de uma regra, prevendo-se para tanto, uma sanção a ser aplicada por determinada autoridade no exercício de função administrativa. Logo, a referida legislação não tem natureza penal. E essa afirmação não demanda maior complexidade.

A Lei Anticorrupção foi fruto de compromissos assumidos pelo governo do Brasil para enfrentamento da corrupção, em particular, nos termosda Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da OCDE, e

3 - CGU. *Articulações Internacionais.* Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/articulacao-internacional/convencao-daocde/arquivos/avaliacao1_portugues.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

4 - CGU. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/alaiacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 15 maio 2019.

5 - Informações sobre a tramitação. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=466400>. Acesso em: 15 maio 2019.

também da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que influenciaram grandemente a criação do projeto de lei para promulgação da Lei Anticorrupção brasileira (CAPANEMA, 2014).

4. APRESENTAÇÃO DO *COMPLIANCE*

Segundo o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC):

> Governança corporativa é o sistema pelo qual as empresas e demais organizações são dirigidas, monitoradas e incentivadas, envolvendo os relacionamentos entre sócios, conselho de administração, diretoria, órgãos de fiscalização e controle e demais partes interessadas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA — IBGC, 2018).

"As práticas de governança ajudam a empresa a comprovar o seu comprometimento com a ética. O compliance, por sua vez, é a ferramenta pela qual uma organização garante que a sua atuação está seguindo as normas do mercado (DEPS TECNOLOGIA — DT, 2018).".

O termo *compliance*, para a maior parte da doutrina, está ligado ao verbo inglês *to comply*, podendo ser compreendido como estar em conformidade com normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever correspondente.

Apesar de o cumprimento de um conjunto mínimo de regras ser alicerce básico da vida em sociedade, alguns subsetores sociais, em especial as instituições financeiras, perceberam a necessidade de redefinir a legitimidade de determinadas regras, reforçando sua eficácia.

Com o recrudescimento das leis e a forte pressão internacional, e com o objetivo de estimular a participação do setor privado no gerenciamento adequado de variáveis, surgiu uma proposta nova de minimização dos riscos da sociedade moderna e contemporânea, o instituto do *compliance*. A ideia surgiu por meioda legislação norte-americana, com a criação da *Prudential Securities*, em 1950, e com a regulação da *Securities and Exchange Commission* (SEC), de 1960, em que se fez menção à necessidade de institucionalizar os programas de *compliance*, com a finalidade de criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre pessoas. Alguns anos depois, em nove de dezembro de 1977, mais especificamente, registrou-se na Europa a Convenção Relativa à Obrigação de Diligência dos Bancos no Marco da Associação de Bancos Suíços, instituindo as bases de um sistema de autorregulação de conduta, vinculando as instituições.O descumprimento de tal regramento resultaria na aplicação de multas e outras penalidades (CERVINI, 2011).

Pode-se destacar ainda o Ato Patriótico dos Estados Unidos, de outubro de 2001, criado logo após os atentados terroristas de 11 de setembro. Em seu art. 352, foi estabelecido que as entidades financeiras deverão desenvolver políticas e procedimentos de controle interno, com o intuito de proteger-se contra a lavagem de dinheiro.[6]

6 - "Section 352: Anti-Money Laundering Programs Requires financial institutions to establish anti-money laundering programs, which at a minimum must include: the development of internal policies, procedures and controls; designation of a compliance officer; an ongoing employee training program; and an independent audit function to test programs". Disponível em: <http://www.fincen.gov/statutes_regs/patriot/>. Acesso em: 16 maio 2019.

A partir desse momento, os programas de *compliance* começaram a apresentar uma constante evolução. No ano de 1974, os Bancos Centrais dos países membros do G-10 criaram o Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, com o escopode discutir questões relacionadas à atividade bancária, visando incrementar a qualidade da supervisão bancária e fortalecer a segurança do sistema bancário internacional (FERREIRA, 2013).

Sendo assim, o *compliance* pode e deve ser utilizado, seja como uma ferramenta de controle, proteção e prevenção de possíveis práticas criminosas nas empresas,seja como um instrumento de transferência de responsabilidade, evitando ou amenizando a responsabilidade da pessoa jurídica quando do surgimento de alguma patologia corruptiva.

Em 1988, com a assinatura do Acordo da Basiléia, instituído pelo Comitê da Basiléia no âmbito do BIS, a prática dos controles internos adquire ainda mais força e respaldo. Esse Acordo contém os 13 princípios concernentes à supervisão, pelos administradores, da cultura e da avaliação de controles internos, e tem como fundamento a ênfase na necessidade de controles internos efetivos e na promoção da estabilidade do Sistema Financeiro Mundial (FERREIRA, 2013).

Naquele mesmo ano, no Brasil, foi publicada a Lei nº 9.613/1988, que dispõe, basicamente, sobre o crime de "lavagem" de dinheiro e ocultação de bens e a prevenção da utilização do Sistema Financeiro Nacional para atos ilícitos. Posteriormente, em 1997, os países-membros da OCDE, além do Brasil e outros, celebraram a Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais, forçando os Estados signatários a assumirem o compromisso de adequarem suas legislações às medidas necessárias à prevenção e combate à corrupção de funcionários públicos estrangeiros no âmbito do comércio internacional (FERREIRA, 2013).

O Programa de *Compliance* tem previsão expressa no art. 7º, inciso VIII, da Lei nº 12.846/2013, que preceitua que será considerada, na aplicação das sanções, "a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica" (Quadro 1).

QUADRO 1: Principais iniciativas de *compliance* após a regulamentação da Lei Anticorrupção brasileira.

Principais iniciativas de *Compliance* pós regulamentação da Lei Anticorrupção Brasileira

5 principais elementos para a Gestão da Ética e *Compliance* nas Empresas

Segundo o relatório "Building world-class ethics and compliance programs", elaborado pela Deloitte em 2016, existem muitos fatores que separam o "bom" do "excelente". Com base na nossa experiência, existem cinco ingredientes que são chave nos Programas de Ética e *Compliance* de alta performance:

Tone at the Top

O ponto Inicial do programa de *Compliance* de nível internacional é a participação da Alta Administração e o senso de responsabilidade sobre os shareholders, suas finanças e suas reputações. A liderança deve empoderar (empower) e fornecer os recursos adequados para os indivíduos que possuem a responsabilidade de mitigar os riscos e construir a confiança organizacional.

Cultura Organizacional

Uma cultura de integridade é vital para a eficiência de um programa de Ética e *Complience*. Iniciativas que não colaborem diretamente com o comportamento ético devem ser vistas como prejudiciais.

Avaliação de Riscos

O Risk Assessment em um Programa de Ética e *Compliance* não trata apenas de processos, mas também de entender os riscos que a organização está exposta. A Avaliação de Riscos deve focar a Alta administraçao nos riscos mais significativos e prover as diretrizes para evitar, mitigar ou remediar esses riscos.

Chicf Comphanca Officer

O CCO tem a responsabilidade cotidiana de gerenciar o *compliance* e os riscos de reputação. Este é o agente das obrigações da Alta Administração relativas a este assunto.

Testar e Monitorar

Um programa de teste e monitoramento robusto pode garantir que os controles são eficazes. O processo começa com a implementação dos controles apropriados, que devem ser testados e então monitorados continuamente.

Fonte: DELOITTE (2017).

Entretanto, a adoção de programas de *compliance* no Brasil, mesmo com a criação da Lei nº 12.846/2013, ainda não é obrigatória para as empresas que objetivam contratar com a Administração Pública. E mesmo que a pessoa jurídica decida por elaborar um programa, não está obrigada a fazê-lo pelos moldes propostos pela Portaria MJ nº 48/2009 ou pela orientação do Decreto nº 8420/2015. Pelo contrário, possui discricionariedade para criar programas de acordo com suas características específicas, de modo a prevenir a ocorrência de ilícitos no âmbito da organização (ROMANIELO, 2011).

5. APLICABILIDADE DO *COMPLIANCE* NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao longo de décadas, presenciamos escândalos que culminaram em diversas reformas, mas em todos eles o dinheiro público foi o principal alvo. A História mundial fez com que diversos países passassem a se preocupar com aspectos relacionados à governança.

A organização administrativa reflete a estrutura e a forma de governo do próprio Estado. No caso do Brasil, uma federação e um Estado Democrático de Direito conformado pela união dos estados-membros, municípios e o Distrito Federal, todos com autonomia político-administrativa, vê-se que sua administração corresponde claramente a esses conceitos estruturais (MEIRELLES, 2012).

Diante do que foi exposto até o momento, torna-se evidente que o inciso VIII do art. 7º da Lei nº 12.846/13[7] não é suficiente para normatizar um sistema que tem como objetivo prevenir atos ilícitos contra a Administração Pública.Tal dispositivo apenas introduzo programa de *compliance* no sistema jurídico nacional.

Quando se pensa em *compliance*, pensa-se em moralidade administrativa, mas este não é o único princípio condutor da justificação e controle de tais programas. É essencial considerar a importância da aplicação dos princípios da eficiência administrativa e da razoabilidade ou proporcionalidade na estruturação dos programas de integridade e conformidade com regras de conduta ética. O princípio constitucional da eficiência está previsto no caput do art. 37 da Constituição Federal, servindo como importante parâmetro para o controle da atividade econômica, em que pese se destinar, inicialmente, só à estrutura orgânica do Estado. Já o princípio da razoabilidade/proporcionalidade é uma norma constitucional implícita, destinada à Administração Pública, mas também presente no regime jurídico de direito privado (GARBADO; CASTELLA, 2015).

A incorporação do *compliance* na administração pública é uma necessidade do Estado brasileiro, considerando-se a conjuntura social e política de corrupção e a má prestação dos serviços públicos. Essas falhas sistêmicas que afetam o setor público têm sido objeto de discussão,visandoa elaboração de normas que possam mitigá-las.

Nesse contexto, importa destacar que, a partir da interpretação sistemática dos princípios constitucionais norteadores da administração pública, é possível inferir que o *compliance*

7 - BRASIL. *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 18 maio 2019.

encontra o seu fundamento de validade no princípio implícito do interesse público, razão pela qual a atuação do agente público precisa estar em conformidade com o ordenamento jurídico,isto é, precisa se dar de forma ética, legal e transparente (ALEXANDRE; DEUS, 2017; SOUZA; SOUZA-LIMA, 2018).

Para ilustrar a importância do *compliance* no cenário brasileiro, cite-se a fala do Ministro-Chefe da Controladoria-Geral da União (CGU), Jorge Hage, no ano de 2014, em entrevista à Carta Capital:

> Não existe nenhum remédio milagroso, mas as novas regras devem fazer as empresas coibirem as práticas ilícitas. A lei vai contribuir com a mudança de atitude e mentalidade do empresariado brasileiro. [...] Percebemos o interesse das empresas em se preparar, em instaurar mecanismos de compliance [integridade] e códigos de conduta. Os empresários estão ansiosos para saber qual vai ser a exigência da administração pública.

Para Colares (2014), desde a abertura do mercado brasileiro, em 1990, o *compliance* se fez necessário. Nesse sentido, o autor apresenta uma linha cronológica,que sedeuda seguinte maneira: em 1992, ocorreu a publicação da Lei de Improbidade. Após, em 1996, a Lei de Concorrência Desleal. No ano de 2011, Lei de Defesa da Concorrência, originariamente de 1994;a nova lei, de 30 de dezembro de 2011, foi atualizada, e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica sofreu mudanças em suas funções. A publicação da Lei de Lavagem de Dinheiro ocorreu em 1998, lei que, atualizada em 2012, criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). Foi apenas em 2013 que a legislação anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) foi publicada, em vigor a partir de janeiro de 2014. Ou seja, a notoriedade e a importância do *compliance* se estabeleceram a partir da vigência da LAC (Lei Anticorrupção) no cenário brasileiro, momento em que houve uma exacerbada quantidade de atos de corrupção e fraudes.

6. O PLANEJAMENTO EXECUTIVO NO ESTADO DE MINAS GERAIS

O processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais começou pela definição da visão, da missão e das metas do Estado. Para dar início ao processo de implementação da reforma administrativa, o governo priorizou diversas políticas públicas que deveriam ser geridas sob as estratégias definidas no "choque de gestão". O "choque de gestão" pode ser definido como o processo de reengenharia pela qual passou o estado de Minas Gerais nos últimos três anos (CORRÊA, 2007).

Anastasia (apud Vilhena, 2006, p.15) explicita o conceito do Choque de Gestão como sendo "um conjunto de medidas de rápido impacto para modificar de vez o padrão de comportamento da Administração estadual, imprimindo-lhe um ritmo consentâneo com a contemporaneidade própria de uma gestão eficiente, efetiva e eficaz".

Como iniciativa de curto prazo, o estado de Minas Gerais presenciou um processo de reforma institucional que, por si, já deu início a umamudança de paradigma que garantiria que o processo de planejamento fosse duradouro e eficaz. Foram instituídos o colegiado de gestão

governamental e as câmaras temáticas; as áreas de planejamento, de gestão e de finanças de cada órgão e entidade foram integradas; a função de gerente executivo de projetos foi implementada; o comitê de governança eletrônica foi criado; e, entre outras iniciativas, foi adotado o modelo de OSCIP como estratégia de fortalecimento da sociedade civil na promoção de serviços nãoexclusivos do Estado (CORRÊA, 2007).

Para o planejamento de longo prazo do Estado, estabeleceu-se o Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado – PMDI, com horizonte temporal de 20 anos, inicialmente de 2003 a 2020. Após revisão em 2006,definiu-se o novo horizonte temporal de 2007 a 2023. O PMDI consolida a visão de futuro para o Estado. Em consonância com o PMDI, para o médio prazo, é elaborado Plano Plurianual de Ação Governamental,voltadoa uma perspectiva de quatro anos. Sua vigência atual contempla o período de 2008-2011. O referido plano plurianual define programas e ações governamentais, bem como as previsões das realizações físicas e financeiras. Atreladas a essa visão de médio e longo prazo, estão as Leis que regem o planejamento de curto prazo, ano a ano: a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO e a Lei Orçamentária Anual – LOA, as quais representam a estratégia para o presente, sem desconectar-se das pretensões futuras (PMDI e PPAG) (VILHENA, 2006).

No âmbito fiscal, os resultados foram obtidos ainda nos primeiros anos de governo.Prova disso foi o alcance do chamado "*déficit zero*", ajuste das despesas fixadas (excluindo-se precatórios e a dívida pública do governo) às receitas estimadas.

Em Minas Gerais, o ciclo orçamentário inicia-se com o desenvolvimento do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI), que foi definido, na Constituição estadual de Minas Gerais, como um plano plurianual de desenvolvimento a ser apresentado pelo Executivo e discutido com os demais representantes dos cidadãos no estado. O texto do PMDI de 2004-07 expressa a importância dada à função planejamento estratégico no governo:

> O Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado (PMDI) é, na sua essência, um plano estratégico indicativo para o estado de Minas Gerais. Nesse sentido, consolida um conjunto de grandes escolhas que orientarão a construção do futuro de Minas Gerais num horizonte de longo prazo (2020) e sob condições de incertezas. Desse modo, o PMDI representa uma resposta consistente a três grandes questões: 1. onde estamos? 2. aonde pretendemos estar? 3. como "chegar lá"?

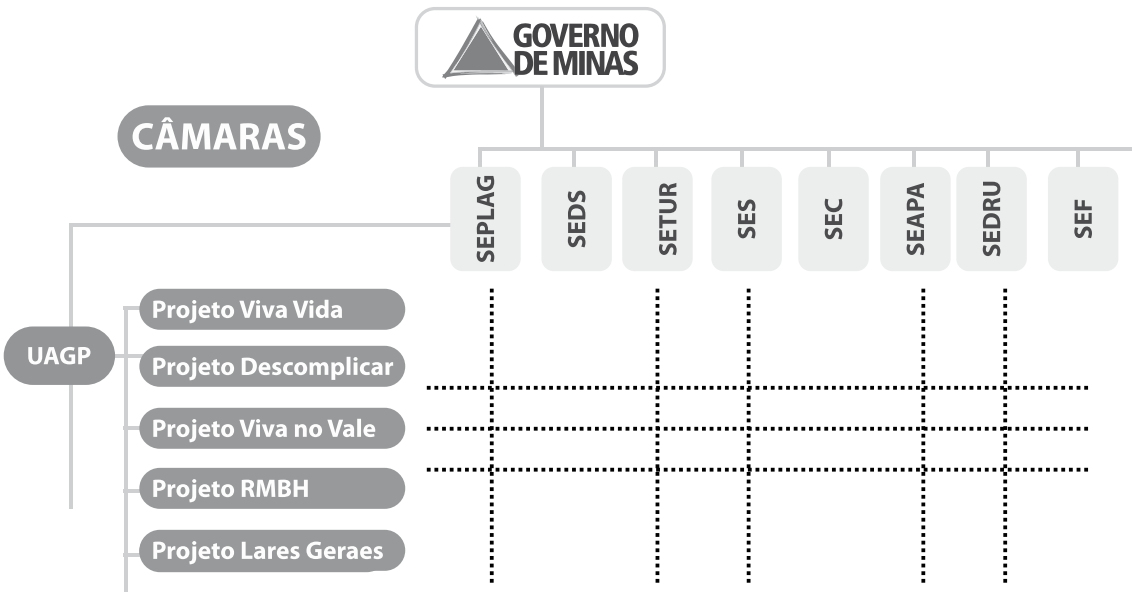
Outra inovação, não menos importante, é o diferencial do controle nos projetos estruturadores por meio da Metodologia Estruturada de Planejamento e Controle de Projetos – MEP-CP, baseada no Guia PMBOK, do Instituto de Desenvolvimento Gerencial que auxiliou o governo de Minas na implementação da reforma administrativa. (GUIMARÃES; ALMEIDA, 2006).

A estrutura de gerenciamento de projetos do governo mineiro foi composta por uma equipe do projeto, formada por um gerente-executivo, responsável pela tomada de decisões e indicado pela Secretaria à qual o projeto está ligado, ao qual cabe designar o restante da equipe: gerente adjunto, auxiliar do gerente-executivo e os responsáveis pelas ações, que devem atuar como gerentes-executivos no âmbito de suas ações específicas (GUIMARÃES; ALMEIDA, 2006).

Essa dinâmica foi adotada visando oferecer condições favoráveis ao gerenciamento dos

projetos estruturadores, com basena estrutura matricial na modalidade balanceada, arranjo organizacional criado com a premissa de igualdade entre gerente do projeto e as unidades funcionais ou setoriais participantes da execução, conforme a Figura 2.

FIGURA 2: Estrutura organizacional GERAES



Fonte: Disponível em: www.geraes.mg.gov.br

Criado em janeiro de 2007, tendo como marco legal a Lei Delegada n° 112, de 25 de janeiro de 2007, o programa Estado para Resultados surgiu no segundo mandato do governador Aécio Neves, 2007-2010, como a segunda geração do Choque de Gestão. A missão do Estado para Resultados é estruturar uma efetiva gestão por resultados no Governo de Minas Gerais (GUIMARÃES; CAMPOS, 2008).

A Lei Delegada nº 112/2007 explicita as diretrizes para gestão por Resultados:

> Art. 6º A gestão para resultados pautar-se-á pelas seguintes diretrizes:
>
> I - alocação de recursos financeiros, observados os critérios de prioridade definidos na estratégia de longo prazo definida no Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado - PMDI;
>
> II - gestão de recursos humanos orientada pela lógica de formação, capacitação, qualificação e avaliação permanentes;

> III - gestão de recursos técnicos orientada para integração das ações e potencialização de resultados, racionalização de tempo de resolução e ampliação da abrangência e qualidade de atendimento da rede de serviços públicos do Estado;
>
> IV - articulação das técnicas organizacionais pela lógica da flexibilização; e V - gestão de resultados com base em indicadores qualitativos e quantitativos, com ênfase nos impactos sociais das ações (MINAS GERAIS, 2007).

A elaboração e gestão de um sistema de monitoramento e avaliação para o governo está também elencada entre as diretrizes da Gestão por Resultados. Nesse sentido, o PMDI, agora abrangendo o intervalo 2007-2023, é inovador na gestão pública estadual, pois incorpora indicadores finalísticos a serem alcançados pelo Estado. Tais indicadores vislumbram a situação atual, o horizonte até 2011 e, no longo prazo, valores para o ano de 2023.

A Figura 3 ilustra o planejamento integrado em Minas Gerais, já contemplando a atualização do PMDI, que passou a vislumbrar o horizonte 2007-2023, bem como do PPAG, relativo ao ciclo de planejamento 2008-2011.

FIGURA 3: Construção da Estratégia MG.

Fonte: adaptado por MARTINS (2009).

Influenciada pela Convenção Interamericana contra a Corrupção e pela Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção e direcionada pelo programa do governo eleito em Minas Gerais em 2014, a SCA/CGE, a partir do 2º semestre de 2015, pautada por uma lógica de gestão verdadeiramente pública, iniciou a implementação de nova política pública de enfrentamento da corrupção, buscando compatibilizar os pilares da prevenção, detecção, apuração e punição de desvios. Nesse ínterim, destacam-se a nomeação de 35 novos auditores internos e a edição da Lei nº 21.726/2015, que fortaleceu significativamente as condições da carreira.

Inicialmente, foi identificada a necessidade de definir os objetivos estratégicos da SCA/CGE: ser efetivamente o órgão central do controle interno no que tange aos assuntos correcionais; aumentar a efetividade das ações disciplinares empreendidas pelos diversos órgãos/entidades do Poder Executivo estadual. Para tanto, diante da limitação de recursos humanos no órgão central

(70 servidores) e do tamanho do Poder Executivo estadual, foi editada a Instrução de Serviço n° 02/2016, conferindo às unidades setoriais e seccionais o dever de promover, de forma descentralizada, a apuração dos casos mais simples e, em contrapartida, reservando à SCA/CGE a prerrogativa de promover, de forma centralizada, a apuração dos casos mais complexos, atinentes a questões de elevada repercussão, a dirigentes de órgãos/entidades e/ou a lesão significativa ao erário.

Como medida de transparência das ações disciplinares, com o objetivo de reduzir o índice de impunidade e, dessa forma, desestimular novas infrações, desde 2015, a SCA/CGE passou a divulgar relatórios trimestrais de expulsões de servidores do Estado, por meio do Cadastro dos Servidores Públicos Civis Excluídos da Administração Pública Estadual – CEAPE.

O CEAPE constitui-se em um rol de informações oriundas de penalidades expulsivas aplicadas no âmbito da Controladoria-Geral do Estado. Tais informações punitivas têm como base a Lei nº 869/1952, que estabelece as penas disciplinares que levam à exclusão do servidor dos quadros da Administração Estadual. Esse cadastro está em consonância com a Lei Federal nº 12.527, de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI), que objetiva regulamentar o direito de acesso à informação, previsto na Constituição Federal de 1988. Ressalte-se, ainda, que, além de ser um importante instrumento de incremento da transparência ativa, o banco de informações se alinha ao disposto no art. 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, que dispõe sobre os casos de inelegibilidade a cargos públicos.

7. A REFORMA ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE MINAS GERAIS

Diante disso, o governador do estado de Minas Gerais, Romeu Zema Neto, em 2019, encaminhou para a Assembleia Legislativa o Projeto de Lei (PL) nº 367/2019, versando sobre a Reforma Administrativa do Poder Executivo do estado, que visa reestruturar a administração política a partir de medidas necessárias e urgentes.

Para tanto, toma-se imperioso modificar a lógica e a estrutura de secretarias, autarquias, fundações e a vinculação de entidades da administração indireta, visando a moralização, modernização, racionalização administrativa e os ganhos de eficiência para a entrega de serviços públicos. Além disso, as atuais Secretarias de Estado serão expressivamente reduzidas de 22 para apenas 12, sem qualquer comprometimento das atividades estatais, implicando redução de custos com despesas administrativas e de pessoal, inclusive cargos de provimento em comissão.[8]

Como estabelecido no art. 1º, capítulo 1: "Esta lei estabelece a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais". No capítulo II, art. 6º, § 1º, da mesma PL, afirma-se que:

> Os mecanismos a que se referem este artigo possuem como competência o diálogo e a atuação conjunta entre a Administração Pública e a sociedade civil, no âmbito do Poder Executivo, para a formulação, a execução, o monitoramento e a avaliação das políticas, dos programas e das ações públicas.

8 - ALMG. *PL. 367/2019*. Governo do Estado de Minas Gerais.

Sendo assim, o objetivo do PL nº 367/2019 é estreitar o diálogo entre a Administração Pública e a sociedade civil, para que haja melhor elaboração, execução, monitoramento e avaliação de todos os tipos de ações e programas que forem implantados pelo governo do estado.

Com relação aos atos de corrupção existentes no cenário político do estado de Minas Gerais, o PL, em seu art. 46, define que:

> A Ouvidoria-Geral do Estado - OGE -, tem como competência assistir diretamente o Governador no desempenho de suas atribuições, no âmbito do Poder Executivo, relativas à fiscalização, ao aperfeiçoamento da prestação dos serviços e atividades públicas e ao apoio à prevenção e combate à corrupção e ao assédio moral.

Os incisos II e IV do art.46 indicam que cabe à OGE, entre outras competências:

> II - propor, em conjunto com a Controladoria-Geral do Estado, normas e diretrizes sobre a prevenção e o combate à corrupção e ao assédio moral;
>
> [...]
>
> IV - receber, analisar, encaminhar e acompanhar até decisão administrativa final reclamações sobre prática de assédio moral e denúncias sobre corrupção;

Portanto, cabe à OGE acompanhar o desempenho do governador e, sempre que necessário, apresentar propostas para combater os atos de corrupção, ou ainda, denunciar os casos que foram constatados e que ocorrem na Administração Pública.

O capítulo 49 indica ainda a CGE como órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo. Confira-se:

> Art. 49 - A CGE, órgão central do sistema de controle interno do Poder Executivo, tem como competência assistir diretamente o Governador no desempenho de suas atribuições quanto aos assuntos e providências atinentes, no âmbito da Administração Pública direta e indireta do Poder Executivo, à defesa do patrimônio público, ao controle interno, à auditoria pública, à correição, à prevenção e ao combate à corrupção, ao incremento da transparência e do acesso à informação e ao fortalecimento da integridade e da democracia participativa.
>
> [..]
>
> XIX - propor, em conjunto com a OGE, normas e diretrizes sobre a prevenção e o combate à corrupção e ao assédio moral.

Complementando as competências da CGE quanto ao combate à corrupção, o art. 50, inciso VI, conceitua que a CGE tem como uma de suas estruturas orgânicas básicas o "núcleo de combate à corrupção".

No art. 49, incisos XII e XIII, é apresentada uma proposta para fortalecer a integridade

e a ética na administração pública com o uso de *compliance* para a realização do controle interno da gestão pública. A proposta é que a CGE possa:

> XII - promover o fortalecimento da integridade, ética, governança, gestão de riscos, conformidade - *compliance* - e prestação de contas - *accountability* - no âmbito da administração pública estadual; e,
>
> XIII - propor ações que estimulem a integridade, ética, conformidade -compliance -, transparência e prestação de contas - accountability - no âmbito da iniciativa privada e do terceiro setor.

O art. 53 aponta as áreas que integram a competência da CGE por subordinação administrativa. A respeito do combate à corrupção, destaque-se o inciso III:

> Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, de natureza consultiva e propositiva, que tem por finalidade debater e sugerir medidas de aperfeiçoamento e fomento de políticas e estratégias, no âmbito da Administração Pública Estadual, sobre prevenção e combate à corrupção, fomento da transparência e do acesso à informação pública, integridade e ética nos setores público e privado e controle social para acompanhamento e fiscalização da aplicação dos recursos públicos.

Assim como a OGE, a CGE tem poder para debater e sugerir medidas de aperfeiçoamento aos projetos anticorrupção, bem como investigar e coibir a prática desses atos por aqueles que pertencem à administração pública.

8. CONCLUSÃO

Como uma política de integridade, o *compliance* se mostra uma necessidade da administração pública brasileira, tendo em vista que mitiga as externalidades negativas do modelo de administração patrimonial, bem como reforça os institutos do modelo de administração atual.

Compreende-se, então, que a utilização desse mecanismo de conformidade vai além da elaboração de códigos de éticas e regimentos internos. Com base nele, pretende-se colocar as organizações em conformidade com a lei; evitar a prática de atos de corrupção e fraudes, mensurando-se o risco,e penalizarcom rigor pessoas jurídicas que incorrerem em tais ações; alterar o clima organizacional para que o trabalho seja realizado em um ambiente mais honesto e transparente;fiscalizaro funcionamento de organizações bancárias e até mesmo a atuação estatal em questões ambientais.

Com a apresentação do PL nº 367/2019, o governo do estado de Minas Gerais objetivou debater e sugerir novas medidas para controle e combate à corrupção, bem como desenvolver formas eficazes de prevenção desses atos, buscando reduzir o índice de corrupção no estado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo; DEUS, João de. *Direito administrativo* [livro eletrônico]. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A reforma da administração pública*. Capítulo 16 de Bresser-Pereira, Luiz Carlos. Crise Econômica e Reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Editora 34, 1996: 269-294.

CAPANEMA, Renato de Oliveira. Inovações da Lei nº 12.846/2013. In: NASCIMENTO, M. D. do (Org.). *Lei Anticorrupção Empresarial. Aspectos críticos à Lei 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CERVINI, Raul. Quo vadis? El cumplimiento normativo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 92, ano 11, p. 337.

CORRÊA, Izabel Moreira. Planejamento estratégico e gestão pública por resultados no processo de reforma administrativa do estado de Minas Gerais. Fundação Getúlio Vargas. *Revista de Administração Pública – RAP*, Rio de Janeiro 41(3):487-504, maio/jun. 2007.

DEMATTÉ, Flávio Rezende. *Responsabilidade de pessoas jurídicas por corrupção*: A Lei nº 12.846/2013 segundo o direito de intervenção. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

DEPS TECNOLOGIA. *Governança corporativa e compliance*: você entende as diferenças? 07 abr. 2018. Disponível em: <http://deps.com.br/governancacorporativa-e-compliance-voce-entende-as-diferencas>. Acesso em: 20 maio 2019.

FARIA, Amanda de Oliveira. *Governança Global*: Uma análise da influência de mecanismos internacionais de combate à corrupção. 2012. 147 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais, Universidade de Brasília, 2012.

FERREIRA TRAPP, Hugo Leonardo do Amaral. Compliance Na Lei Anticorrupção: Uma Análise Da Aplicação Prática Do Art. 7º, VIII, Da Lei 12.846/2013. *Boletim Jurídico*, Uberaba/MG, a. 13, nº 1237.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a Administração Pública. *A&C – Revista de Dirireito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GIANNETTI, Eduardo. *Vícios Privados, Benefícios Públicos?* Companhia das Letras: São Paulo, 2005. p. 12/15.

GUIMARÃES, Tadeu Barreto; CAMPOS, Éder Sá A. Gestão da estratégia no Governo do Esta-

do de Minas Gerais: em busca da harmonia entre a ação e os resultados. *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de laAdministración Pública*, 13. 2008, Buenos Aires, Argentina. Anais... Buenos Aires 2008.

GUIMARÃES, Tadeu Barreto; ALMEIDA, Bernardo Tavares. Da estratégia aos resultados concretos: a experiência do governo de Minas (2003-2005). *Cadernos BDMG*, Belo Horizonte, Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais, n. 12, abr. 2006.

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo; RIOS, Rodrigo Sánchez. *Medidas transnacionais de combate à corrupção como meta de desenvolvimento globalizado sustentável*. 2014. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2014. p. 132.

HEINEN, Juliano. *Comentários à lei anticorrupção, Lei nº 12.846/2013*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. *Governança corporativa*. 27 mar. 2018. Disponível em:<http://www.ibgc.org.br/index.php/governanca/governanca-corporativa>. Acesso em: 20 maio 2019.

LEITE, Carlos; WEIDMANN, Jens. Does Mother Nature corrupt? In: ABED, George; GUPTA, Sanjeev (editors). *Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington, DC. International Monetary Fund, 2002.

MADRID, Daniela Martins. Corrupção: do patrimonialismo à "banalização do mal" por meio da violação dos direitos fundamentais. In: *Publicação do XXI Encontro Nacional do CONPEDI, 2012*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/ artigos/?cod=41f1f19176d38348>. Acesso em: 20 maio 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2012.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre aplicação da convenção sobre o combate ao suborno de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais e a recomendação revisada de 1997 sobre o combate ao suborno em transações comerciais internacionais da OCDE de dezembro de 2007*. p. 63. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/ocde/publicacoes/arquivos/avaliacao2_portugues.pdf>. Acesso em: 18 maio 2019.

ROMANIELO, Enrico Spini; DE PAULA, Germano Mendes. Política Antitruste e Governança Corporativa no Brasil Os programas de compliance como boas práticas de governança. *Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 20. jul. 2011, p. 253.

SIMON, Pedro. *A impunidade veste colarinho branco*. Senado Federal. Brasília, 2010.

SOUZA, Silvia Regina; SOUZA-LIMA, Sandra Maciel. Aplicabilidade do Compliance na Administração Pública Face o Momento Político Atual Brasileiro. *Percurso*, v. 1, n. 24, p. 1-22, 2018. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2865/371371509>. Acesso em: 16 out. 2018.

STAPENHURST, Frederick; JACOBS, Kerry; PELIZZO, Riccardo. Corruption and legislatures: Meso-level solutions for a macro-level problem. *Public Integrity*, v.16, n. 3, p. 285-304, 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Governança pública*: referencial básico de governança aplicável a órgão e entidades da administração pública e ações indutoras de melhoria. Brasília: TCU, Secretaria de Planejamento, Governança e Gestão, 2014.

VILHENA, Renata [et al.] (Org.). *O Choque de Gestão em Minas Gerais*: políticas da gestão pública para o desenvolvimento. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006.

XAVIER, Christiano Pires Guerra. *Programas de Compliance Anticorrupção no contexto da Lei 12.846/13*: elementos e estudo de caso. 2015.

WOUTERS, Jan; RYNGAERT, Cedric; CLOOTS, Ann Sofie. The international legal framework against corruption: Achievements and challenges. *Melbourne Journal International Law*, volume 14, número 1, p. 205, jan. 2013.

ZANCANARO, Antônio Frederico. *A corrupção político administrativa no Brasil*. Guarulhos, São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 52-53.

DEFESA DA PROBIDADE NA ADVOCACIA PÚBLICA FEDERAL: AS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E O CASE DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL

DEFENSE OF PROBITY IN THE FEDERAL PUBLIC ADVOCACY: THE ACTIONS OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY AND THE CASE OF THE FEDERAL GENERAL ATTORNEY

Bruno Félix de Almeida[1]

Rafael Moreira Nogueira[2]

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Novo Regime Civil de Punição da Corrupção Administrativa Introduzido pela Constituição Federal de 1988; 2. A Advocacia Pública Constitucional e o Desafio da Defesa da Probidade; 3. O *Case* da Procuradoria-Geral Federal na Política de Atuação em Ações de Improbidade; 4. Conclusão; Referências.

1 - Mestrando em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Pós-Graduado em Direito Público pela UNB. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal.

2 - Pós-Graduado em Direito Público pela UNB. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Procurador Federal.

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 representou o pacto entre as forças sociais que saíram do fim do regime autoritário para dar ao País um novo ferramental constitucional a reger as relações jurídicas nas próximas gerações. Passados 30 anos, foram constatados avanços e problemas, com dilemas se formando sobre o que está por vir. Nessa jornada, uma importante ferramenta foi dada à sociedade na relação de controle do poder em relação aos potenciais desvios na condução da coisa pública, com a previsão expressa, no art. 37, § 4º, do texto constitucional, do ilícito civil de improbidade, independente das sanções penais, com severas consequências para os atos classificados como tais. Nesse percurso, a jornada da Advocacia Pública no exercício da legitimidade ativa nas ações de improbidade não foi muito clara, mas esse cenário tem mudado.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal. Probidade Administrativa. Legitimidade Ativa. Advocacia Pública. Procuradoria-Geral Federal.

ABSTRACT: The Federal Constitution of 1988 represented the pact between the social forces that left the end of the authoritarian regime to give the country a new constitutional tool to govern juridical relations in the next generations. After the thirty years there were advances, there were problems, and there are dilemmas about what will happen. In that day an important tool was given to society in the relationship of power control in relation to potential deviations in the conduct of public affairs, with the provision expressed in article 37, 4, of the civil wrong of improbity, independent of criminal sanctions, with severe consequences for acts classified with such. In this course the Public Advocacy journey was not very clear, but this scenario has changed.

KEYWORDS: Federal Constitution. Administrative Probity. Active Legitimacy. Public Advocacy. Federal Attorney General.

INTRODUÇÃO

A moralidade na administração pública é indicada como princípio vetor para atuação do gestor público, nos termos art. 37 da Constituição Federal de 1988. Tal princípio difere da moralidade comum, pois se trata de uma moralidade qualificada, jurídica (uma moral da administração como tal), na qual aspectos que vão além da formalidade e competência entram em cena para aferição da validade do ato do agente público.[3]

É da moralidade administrativa que se extrai a conduta da probidade administrativa,[4] encarada como dever do administrador,[5] sendo certo que a violação desse dever de probidade acarreta severas consequências, como se vê no texto constitucional em seus arts. 15, inciso V (perda ou suspensão de direito político); 37, § 4º (além da perda e suspensão dos direitos políticos, o dispositivo trata de perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário) e 85, inciso V (atentado à probidade na administração como crime de responsabilidade do Presidente da República).

A Constituição Federal de 1988, portanto, deu tratamento especial ao ilícito civil classificado como "improbidade administrativa", diferenciando-o dos tipos penais similares em termos de consequência jurídica, a despeito da clara correspondência entre os regimes,[6] civil e penal, dentro do espectro sancionador do Estado.

Para cumprir o dispositivo constitucional, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, que estabelece as regras processuais para ação específica e identifica os tipos da improbidade e as penas respectivas. Essa norma legal de rara felicidade vem, há 26 anos, estimulando intensos debates, tendo se solidificado como instrumento de combate aos desvios observados na administração pública. Além disso, tem permitido, embora com percalços, a recuperação de recursos públicos desviados ou mal utilizados, propiciando, assim, um ambiente geral de melhor governança e conformidade no âmbito da administração.

Neste artigo, busca-se analisar o histórico do pouco uso da legitimidade ativa, de atribuição da Advocacia Pública, na responsabilização por improbidade administrativa, conforme opinião doutrinária e dados específicos levantados perante a Procuradoria-Geral Federal (PGF), e compará-lo com o novo modelo adotado pela PGF para ajuizamento de ações de improbidade administrativa no contexto estatuído pela Constituição brasileira.

3 - SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 652.

4 - Ibidem, p. 653; MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016. p. 110. DOI: https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/108986. Acesso em: 20 jul. 2019; KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, maio 2014. p. 130. DOI: https://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32143. Acesso em: 20 jul. 2019.

5 - MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 99-100.

6 - ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. A culpabilidade no ato ímprobo: aplicação da teoria normativa pura na análise da improbidade administrativa. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 217-238, jul./set. 2017. p. 223. DOI: https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.16.n.03.2017.805. Disponível em: https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/805. Acesso em: 20 jul. 2019.

A análise partiu de uma revisão bibliográfica com referenciais teóricos sobre a improbidade administrativa e sua ação judicial de responsabilização, bem como o papel constitucional da advocacia pública. Foi realizada também uma verificação comparativa de dados sobre ajuizamentos de ações civis públicas de improbidade administrativa pela PGF desde o início do registro da série histórica do órgão, em especial após a criação da Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa (ETR-Probidade).

1. O NOVO REGIME CIVIL DE PUNIÇÃO DA CORRUPÇÃO ADMINISTRATIVA INTRODUZIDO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal estabelece, de maneira clara, uma regra de combate ao desvio na administração nos seus precisos termos:

> Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.[7]

O texto constitucional é muito objetivo ao trazer uma oração com tempo verbal que menciona diretamente as graves consequências que os atos de improbidade administrativa causarão para quem os comete. Destaque-se que essa configuração firme da punição de tais atos se dá em um contexto de virada constitucional, no qual o direito sancionador do Estado iniciava sua aplicação com o filtro das novas garantias instituídas na Carta, como é o caso do devido processo legal e da ampla defesa.

Restava, portanto, estabelecer o que seriam tais atos de improbidade, ou melhor, como se tipificariam esses atos. Cabe destacar que a probidade encontra determinação conceitual mais objetiva na qualificadora contrária, ou seja, no ato de improbidade ou no atentado à probidade. De fato, descrever condutas ímprobas (ou atentatórias à probidade na administração) revela-se uma técnica de mais fácil compressão do termo "probidade" do que defini-lo *a priori*.

Com efeito, os contornos gerais de probidade e de moralidade, dado seu caráter principiológico, são, em grande parte, esclarecidos em regras relativamente objetivas que descrevem condutas consideradas ímprobas ou imorais, pelo que foi necessária uma positivação que definisse as características gerais da improbidade administrativa.[8]

Observa-se, então, que há uma correlação entre o dever de probidade como uma cláusula geral de cunho positivo na administração e a gestão da coisa pública. Essa cláusula será atendida, ou seja, não violada, enquanto não se verificar uma conduta classificada como ímproba.

7 - BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

8 - OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 391.

O dever geral de probidade é, portanto, uma regra a ser exercida diariamente na administração pública, e a Constituição Federal foi a matriz original desse movimento em busca da boa administração, com o fim claro de atingir os objetivos traçados em seu texto.

Para que, então, esse novo sistema civil fosse efetivo, foi editada a Lei de Improbidade Administrativa, estabelecendo, como sobredito, as regras processuais e materiais dessa nova modalidade de direito sancionador estatal de caráter civil.

Nessa esteira, a Lei n. 8.429/92 define conceitos de agente público, alargando seu alcance (arts. 1º e 2º); prevê sanções a particulares, em situações que induzam ou concorram ou que tenham proveito econômico (art. 3º); estabelece a obrigatoriedade de ressarcimento do dano e de devolução do enriquecimento ilícito acrescido ao patrimônio do agente ímprobo (arts. 5º e 6º) e institui a representação para fins de indisponibilidade de bens ao Ministério Público, em casos de lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito (art. 7º). Os tipos da improbidade são subdivididos em três grandes grupos, quais sejam: os atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), que em muito se assemelham aos tipos penais do peculato e da corrupção passiva, por exemplo; os atos que causam danos ao erário (art. 10) e os atos que implicam violação aos princípios da administração pública (art. 11).[9]

Ao longo dos 26 anos de aplicação da referida legislação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) estabeleceu parâmetros de interpretação às normas dos arts. 9º, 10 e 11 para definir que:

> A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que não se pode confundir improbidade com simples ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Assim, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92 é indispensável, para a caracterização de improbidade, que o agente tenha agido dolosamente e, ao menos, culposamente, nas hipóteses do artigo 10.[10]

A Lei de Improbidade Administrativa também cria regras processuais próprias da ação civil de improbidade administrativa em seus arts. 16 a 18, notadamente.

Vê-se, pois, que aquela norma constitucional do art. 37, § 4º, foi atendida pelo legislador infraconstitucional e que, assim, tem-se hoje, no País, um sistema razoavelmente consolidado de atuação civil no combate à fraude e à corrupção na administração pública, que forçou inclusive a criação de ferramentas de governança e transparência, a exemplo do cadastro nacional dos condenados por atos de improbidade, gerido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

A partir dos dados obtidos no CNJ, estudos estimaram que, no período de maio de 1995 a julho de 2016, as condenações por improbidade administrativa com trânsito em julgado resul-

9 - BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano 130, n. 105, p. 6693, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

10 - STJ, AgRg no REsp 1.500.812/SE, Relator: Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 21/05/2015, DJe 28/05/2015, p. 1.

taram no pagamento de R$ 3,208 bilhões, sendo 11.607 condenações em 6.806 processos.[11] Ainda com base nos dados do CNJ, estimou-se, em 2015, a existência de quase 37.000 ações de improbidade administrativa em curso.[12]

2. A ADVOCACIA PÚBLICA CONSTITUCIONAL E O DESAFIO DA DEFESA DA PROBIDADE

Ao mesmo tempo em que introduziu esse novo sistema de punição por improbidade administrativa, a Constituição Federal também trouxe aperfeiçoamentos para a advocacia pública, elevando seu *status* a função essencial à justiça e colocando-a em novo patamar institucional. O processo para essa institucionalização ainda está em curso, e muitos percalços continuam sendo enfrentados na própria definição da identidade das advocacias públicas[13] no contexto do Estado democrático de direito.

No que se refere ao setor da Advocacia Pública Federal responsável pelo serviço jurídico das autarquias e fundações federais, a Procuradoria-Geral Federal (PGF), criada pela Lei n. 10.480, de 2 de julho de 2002,[14] é o órgão que detém a competência exclusiva para representação judicial e extrajudicial das referidas entidades de direito público. O caminho para sua consolidação avançou muito, e o surgimento de novos desafios foi substancial.

Nessa linha de institucionalização, a exigência de que a Advocacia Pública Federal exerça papel de maior protagonismo quanto à temática da improbidade administrativa cresceu a par da constatação, pela doutrina, da ausência de sua atuação nessa seara.

Ressalte-se que o conceito moderno de improbidade administrativa tem três dimensões essenciais. São elas: má gestão pública, corrupção e ineficiência grave do serviço público.[15]

Na perspectiva do controle da improbidade administrativa, pode-se destacar basicamente dois tipos de atuação, o preventivo e o repressivo. A Advocacia Pública deparou com o desafio de se tornar um importante ator no âmbito do controle interno da improbidade já instalada, desde o início da investigação à decisão administrativa que afere a improbidade até o posterior ajuizamento da ação e sua atuação contenciosa.

11 - MARTINES, Fernando. Em uma década, condenações por improbidade somam R$ 3,2 bilhões. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/10-anos-condenacoes-improbidade-somam-32-bilhoes. Acesso em: 20 jul. 2019.

12 - COPOLA, Gina. O Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 30, n. 9, p. 665-669, set. 2014. p. 668. Disponível em: https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/11770. Acesso em: 20 jul. 2019.

13 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FIGUEIREDO, Diogo de. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, ES, v. 4, n. 4, p. 21-63, jul./dez. 2005. p. 25. Disponível em: https://pge.es.gov.br/Media/pge/Publicações/Revista%20PGE/PGE_04_editado.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

14 - BRASIL. Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 126, p. 1, 3 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10480.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

15 - OSÓRIO, op. cit., p. 389-390.

Toda essa atividade, tão comum na realidade do Ministério Público no exercício do controle externo, é também realizada via controle interno pela Advocacia Pública. A diferença de perspectiva do âmbito em que realizado o controle, interno ou externo, cria possibilidades e características ainda pouco estudadas. Ao contrário, vigora a percepção de que tal legitimidade dos entes públicos lesados é pouco exercida na prática, revelando-se a certeza da captura política de suas procuradorias pelo chefe de governo.[16]

O contexto diferenciado do controle interno repressivo de improbidade administrativa está exatamente no tipo de relação e nos modos de interação entre a Advocacia Pública Federal e os órgãos representados.

O constituinte de 1988 separou a defesa da União das demais atribuições do Ministério Público, dotando a União de um órgão – Advocacia-Geral da União (AGU) – com competência para desempenhar consultoria, assessoramento e representação contenciosa da Administração Pública Federal.[17]

A AGU é um modelo de instituição totalmente novo na história constitucional brasileira,[18] tendo sido positivamente recebida pela doutrina constitucional pátria como um acerto do constituinte.[19]

Moreira Neto classificou as procuraturas constitucionais em: advocacia específica da sociedade e de valores constitucionalmente explícitos, sob a responsabilidade do Ministério Público; advocacia dos necessitados, a cargo da Defensoria Pública; e advocacia dos entes estatais (Advocacia Pública em sentido estrito), sendo exercida pela AGU, Procuradorias dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estando voltada à defesa dos interesses públicos primários (da sociedade) e secundários (do Estado em sentido estrito). O autor define como traço comum às procuraturas a defesa da democracia e dos direitos fundamentais.[20]

A Advocacia Pública em sentido estrito atua na gênese da política pública, formatando o projeto político dentro do espaço da juridicidade. Assim, o representante político democraticamente eleito e o projeto político aclamado nas urnas podem efetivar seus objetivos, desde que atendidos os parâmetros de constitucionalidade e legalidade, sendo estes também estabelecidos dentro do sistema democrático.

A missão de revisar as políticas públicas sob o prisma da juridicidade preenche a legiti-

16 - NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*: direito material e processual. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 138; PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 207.

17 - MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008. p. 43.

18 - PAIVA, Adriano Martins de. *Advocacia-Geral da União*: instituição de Estado ou de governo? São Paulo: LTr, 2015. p. 15.

19 - DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Art. 131. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013, p. 1542-1543.

20 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A nova classificação de funções essenciais para uma democracia eletiva e seletiva pós-moderna. In: CASTRO, Aldemário Araújo; MACEDO, Rommel (org.). *Advocacia Pública Federal*: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2016. p. 11.

mação democrática da atuação da Advocacia Pública, tendo papel decisivo e essencial na interpretação do direito no âmbito da Administração Pública.[21]

Essa interação entre a Advocacia Pública e os entes representados na formatação das políticas públicas e na defesa judicial dessas ações estatais influencia no exercício da função de controle interno repressivo da improbidade.

Dentro da perspectiva de Advocacia de Governo, que ressalta a visão de uma advocacia vinculada ao elemento político, pode transparecer inviável o exercício da função de combate à improbidade, como já evidenciado por doutrina especializada em probidade administrativa.[22]

O modelo constitucional da AGU criou, no entanto, uma burocracia autônoma, dotada de compromisso de atuação dentro dos paradigmas de democracia e direitos fundamentais, tendo como destino o interesse público, sendo ainda capaz de distanciar-se de eventuais desvios de finalidade. Registre-se, contudo, que a instituição não se encontra isenta de sofrer interferências pelo político.[23]

Dentro do paradigma de Advocacia de Estado, a AGU pode desempenhar o papel de combate e controle da corrupção e concretizar as políticas públicas priorizadas pelo governo democraticamente eleito, sem esquecer as exigências constitucionais e legais também formuladas, de maneira democrática, pelo Parlamento.

O fato é que, ao longo dos 30 anos da Constituição Federal e dos 26 anos da Lei de Improbidade Administrativa, a atuação da Advocacia Pública em sentido amplo sempre foi muito aquém do que poderia em relação a ser protagonista no ajuizamento das ações de improbidade, cenário este que começa a ser alterado.

3. O CASE DA PROCURADORIA-GERAL FEDERAL NA POLÍTICA DE ATUAÇÃO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE

A primeira ação para se realizar uma mudança estrutural no cenário de ajuizamentos de ações de improbidade, após prévia investigação, seria um diagnóstico acerca do papel que a PGF desempenhava até então.

Esse diagnóstico foi realizado, de maneira muito precisa, pela Coordenação-Geral de Cobrança e Recuperação de Créditos (CGCOB) da Procuradoria-Geral Federal. Em razão da riqueza e objetividade da descrição da situação, cita-se a seguinte passagem:

> Conforme a Portaria PGF nº 14/2010 (alterada pela Portaria PGF nº 33/2010), é considerada prioritária, no âmbito da Procuradoria-Geral Federal, a atuação de Procuradores Federais em execuções fiscais de decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da

21 - BINENBOJM, Gustavo. Relações entre a Advocacia-Geral da União e as agências reguladoras federais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=64588. Acesso em: 20 jul. 2019.

22 - NEVES; OLIVEIRA, op. cit., p. 138; PAZZAGLINI FILHO; ROSA; FAZZIO JÚNIOR, op. cit., p. 433.

23 - PAIVA, op. cit., p. 120-122.

União, ações regressivas previdenciárias, ações de improbidade administrativa, ações de ressarcimento ao erário decorrentes de Tomadas de Contas Especiais e seus respectivos procedimentos criminais, e ações de cobrança de créditos superiores a R$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Tal definição indica a opção institucional de maior ênfase nas atividades de combate à corrupção, escolha reveladora da intenção da PGF em confiar maior protagonismo a seus membros na defesa dos interesses de suas entidades representadas, principalmente, no que concerne à recuperação de valores ao erário e ao esforço voltado à punição de condutas ímprobas, estimulando o uso dos mecanismos jurídicos dispostos no ordenamento pátrio.

No entanto, é imperioso que, para a consecução de mais efetividade e abrangência nas ações de combate à corrupção, sejam traçados métodos mais eficazes de atuação nessa área, conferindo-lhe materialmente uma roupagem estratégica, com priorização da Ação de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), na medida em que esta reúne em um só meio processual as possibilidades de condenações em penas restritivas de direito e ao ressarcimento ao erário.

Verificando-se os números obtidos com a atual sistemática de gerenciamento e operacionalização de ações de improbidade administrativa, conforme dados gerenciais da CGCOB, **foram ajuizadas 400 demandas dessa natureza, sendo 309 entre os anos de 2010 e 2015. Desse total, 287 ações foram ajuizadas por apenas 10 unidades de um total de 13511** [...].

Nesse cenário, observa-se que o pequeno número de ajuizamentos de ações de improbidade administrativa pela PGF frente ao universo dessas demandas em que há atuação e a disparidade de números entre suas unidades **revela a urgência de soluções que confiram mais agilidade e eficácia na análise dos casos recebidos.**

Ressalte-se que a concentração da maioria dos ajuizamentos em algumas poucas unidades da PGF indica um problema mais voltado à proatividade do que aos problemas estruturais e de demanda, já que, dentre as dez unidades com maiores números, encontramos exemplos nas diversas regiões do país e em termos de composição das unidades.

Igualmente, essa disparidade, apesar dos esforços voltados à padronização de entendimentos, ainda pode ser observada na falta de uniformidade na condução dos Procedimentos de Instrução Prévia (PIP-Ressarcimento) e na abordagem dos temas apresentados à análise.

[...]

Assim, para dar maior ênfase ao ajuizamento de ações de improbidade administrativa, com a eleição desse instrumento de combate à corrupção ao patamar de prioridade frente às demais ações dessa natureza, é **necessário que se criem mecanismos que possam oferecer maior concentração de esforços nas atividades voltadas** à **análise e instrução de PIPs**.

Uma solução válida do ponto de vista operacional é atribuir exclusividade à atividade de ajuizamento dessas demandas, com concentração de trabalhos em uma única equipe para todo o país, a qual pode ser atingida com a criação de uma ETR especializada na análise e instrução dos casos que chegam ao conhecimento da PGF, ofertando melhores condições ao Procurador Federal incumbido desse mister.[24]

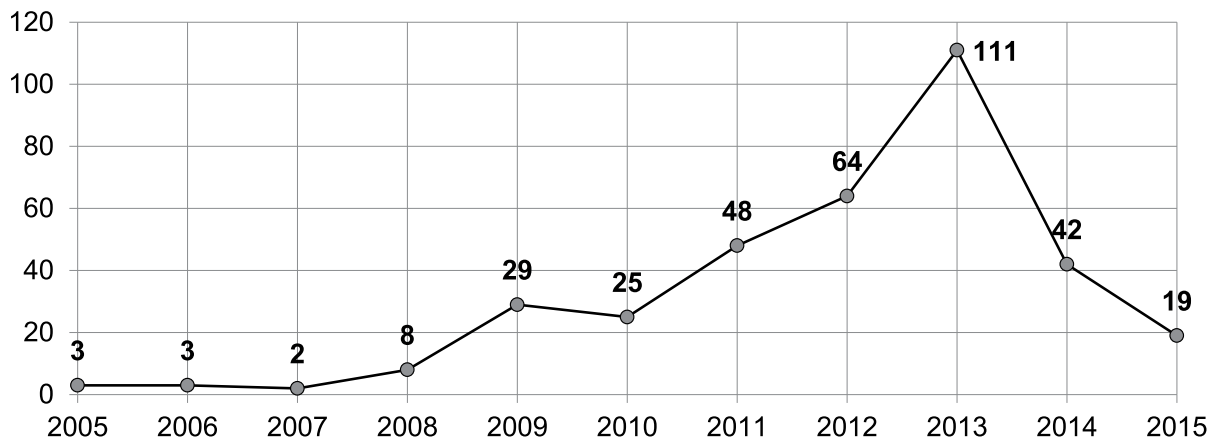
24 - BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. *Equipes de Trabalho Remoto*: Ações de Improbidade Administrativa. Brasília: AGU-PGF, mar. 2016b, p. 6-8, grifo nosso.

Esse foi o diagnóstico no ano de 2015, e a solução foi a criação da Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa, agregando as seguintes características-chaves: concentração da equipe, teletrabalho, quebra da regionalização territorial (equipe nacional), uniformidade e exclusividade na análise dos procedimentos de investigação.

De início, a equipe formada por dois membros recebeu grande quantidade de procedimentos represados nas unidades, sendo realizado o tratamento dessas informações e feitas alterações nas rotinas existentes (por exemplo, a mudança da Portaria PGF n. 530, de 13 de julho de 2007,[25] que permitiu o ajuizamento das ações sem prévia autorização da unidade da PGF junto ao órgão em casos de demissão ou ausência de prestação de contas). Posteriormente, houve o acréscimo de mais cinco membros, completando a equipe, sendo um deles o coordenador. Foi minutada uma rotina geral dos procedimentos (Ordem de Serviço n. 03/2016, da CGCOB/PGF[26]), ocorrendo também uma melhoria no fluxo dos processos a partir das entidades representadas e de outros órgãos.

Os resultados mostraram um acerto, e essa conclusão se dá em números, conforme se demonstrará a seguir. De acordo com o diagnóstico realizado no referido estudo,[27] essa era a realidade de ajuizamento das ações de improbidade antes da ETR-Probidade (Gráfico 1):

GRÁFICO 1 – Número de ações ajuizadas pela Procuradoria-Geral Federal, no período de 2005 a 2015



Fonte: Procuradoria-Geral Federal, 2016b.

25 - BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Portaria nº 530, de 13 de julho de 2007. Regulamenta a representação judicial das autarquias e fundações públicas federais pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano 144, n. 135, p. 1, 16 jul. 2007. Disponível em: http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=16/07/2007. Acesso em: 20 jul. 2019.

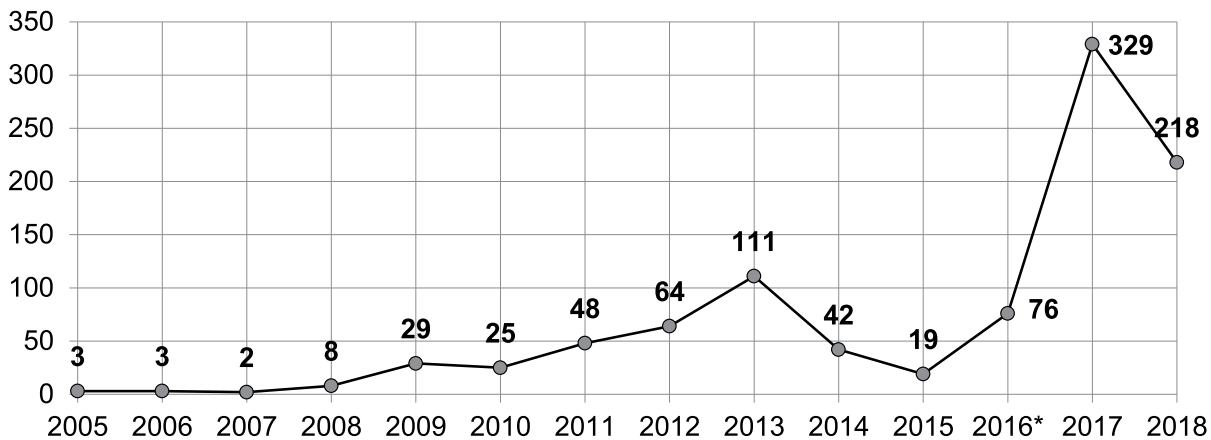
26 - Publicada no Boletim de Serviço n. 9, de 1 de março de 2017, ano XXIV.

27 - BRASIL, 2016b, p. 11.

No Gráfico 1, observa-se que o número médio de ajuizamentos correspondia a cerca de 27 ações por ano, revelando a falta de atuação em ações envolvendo as autarquias e fundações em matéria de improbidade, pois, a despeito de ter ajuizado aproximadamente 400 ações em nome das entidades que a PGF representa, havia uma atuação como assistente do autor (Ministério Público Federal ou Município) em torno de 1.523 processos, ou seja, havia demanda!

Considerando-se o ano de 2016, com a equipe sendo finalmente consolidada em novembro daquele ano, e os anos de 2017 e 2018, os números foram os seguintes (Gráfico 2):

GRÁFICO 2 – Número de ações ajuizadas pela Procuradoria-Geral Federal, no período de 2005 a 2018



* Consolidado dos meses de maio a novembro de 2016.
Fonte: Elaborado pelos autores com dados da Procuradoria-Geral Federal.

Esse novo modelo de atuação representou um aumento de 667% (média de 2016/2018 x média anterior 2002/2015) no número de ajuizamentos das ações, e o primeiro diagnóstico que esses números apontam é que o objetivo primário de incrementar o ajuizamento (aspecto quantitativo) foi alcançado com significativo sucesso.

A adoção do modelo com essa nova estruturação administrativa da política pública que se desejava aplicar (combate à corrupção administrativa com o incremento dos ajuizamentos das ações) se revelou um acerto, pelo menos nesse aspecto, mas outras questões se desnudaram após esse fato, podendo ser resumidas nos seguintes pontos: a) coleta de informações gerenciais – identificação de padrões e aprimoramento de rotinas; b) uniformidade – maior segurança jurídica na

atuação; c) incremento do sucesso judicial – aumento dos bloqueios via liminares e sentenças de mérito; e d) reposicionamento da PGF no combate aos atos de corrupção.

Essa nova postura da Advocacia Pública Federal, considerando todas as peculiaridades do exercício do controle interno repressivo da improbidade administrativa, e a importante função do ressarcimento ao erário são reveladoras de um cenário garantista ao direito fundamental à boa administração, que engloba um somatório de direitos subjetivos públicos, entre eles o direito à administração pública proba. A probidade ora em exame é composta de um padrão de condutas éticas definidas juridicamente, sem confusão com a esfera puramente moral, apesar de a ela vinculada.[28] Tal atuação é harmoniosa com as demais regras setoriais de responsabilização em processos administrativos, que, com base em um dever geral de controle da probidade, deverão considerar, nos seus procedimentos, a coleta de informações atinentes a atos ímprobos e a possibilidade de acionamento de medidas acautelatórias do patrimônio público.

Outro importante avanço que se almeja é a preocupação com a necessidade de fornecer informações para o aprimoramento da atividade de controle preventivo da improbidade administrativa, apontando falhas estruturais e de rotina que podem ser corrigidas para evitar novos desvios. Desse modo, será possível uma contribuição efetiva para o melhoramento de todo o serviço público, por meio do estabelecimento de um elo entre a atividade administrativa e a jurisprudência acerca da improbidade administrativa.

Já é possível identificar padrões de condutas que podem ser combatidas na origem, coibindo o ato de improbidade em uma perspectiva de controle geral de integridade.

Assim, a atuação da PGF nas ações de improbidade administrativa ganhou relevância em face da necessidade do aprimoramento das ações de controle da corrupção no serviço público e dos paradigmas institucionais das funções públicas envolvidas nessas ações de controle. O fenômeno da corrupção sistêmica traz um cenário de desafio, que demanda a revisão da atuação clássica de funções responsáveis pelo controle interno da Administração, visando ao controle mais eficaz da improbidade, à recuperação de ativos e ao ressarcimento público.

Dessa maneira, foi possível repensar a atuação do serviço público, particularmente a respeito da função institucional atribuída modernamente à AGU, como consequência do *status* de função essencial à justiça, nos termos da Constituição Federal, por meio da implementação de paradigmas mais modernos de Estado e da Administração Pública e exercendo efetivamente um papel de ator no combate à improbidade administrativa.

Isso somente foi realizável em virtude de uma boa verificação dos dados (uma análise factual e evidenciada da atuação na área), que possibilitou a edição de atos normativos internos que permitiram esse avanço, como a Portaria PGF n. 156, de 8 de março de 2016,[29] responsável pela criação da ETR-Probidade.

28 - FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 21-22.

29 - BRASIL. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Portaria nº 156, de 8 de março de 2016. Cria a Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF). *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, DF, n. 10, Suplemento A, 10 mar. 2016a. Disponível em: https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1508958. Acesso em: 20 jul. 2019.

4. CONCLUSÃO

O quadro normativo inserido na Constituição brasileira conferiu à probidade administrativa um patamar extremamente elevado, fazendo com que se estruturasse todo um sistema repressivo, dotado basicamente de duas funções, a saber: estimular a correção da conduta administrativa à moralidade administrativa e punir severamente autores dos atos definidos como improbidade.

Esse sistema civil de atribuição de responsabilidade é fundamentado no art. 37, § 4º, da Constituição Federal de 1988, e na Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). O novo formato que a Constituição conferiu ao Ministério Público fez com que a assunção quase plena das ações judiciais de responsabilização por improbidade fosse exercida primordialmente por esse ente, sendo certo que a Advocacia Pública, ainda em estruturação, tinha atuação muito tímida na área.

A evolução dos diagnósticos internos, aliada à adoção de normativos que estruturaram setores para o melhor desenvolvimento da prerrogativa de defesa da probidade das entidades representadas, no caso da PGF, obteve um sucesso significativo em termos de objetivos iniciais, considerando o aspecto isolado do aumento do ajuizamento das ações.

Isso confirma a hipótese de que a não realização das ações no período 2002/2015 não se dava pelo fato de não haver situações para isso (investigações administrativas, denúncias, etc.), mas sim, em razão de que não havia uma estruturação interna adequada.

A legitimidade ativa conferida pela Lei de Improbidade Administrativa precisava ser implementada no planejamento de política pública interna da PGF. E uma vez feito isso, os resultados apareceram. E o que isso revela? Primeiramente, mostra o amadurecimento da instituição em termos gerenciais, sendo capaz de, na imensa miríade de processos a seu cargo, conseguir, com suas estruturas internas, identificar um problema – para além dos "achismos – " e propor uma solução sujeita a essa posterior avaliação de resultado.

Outro ponto revelado é a própria implementação dos comandos normativos, com a criação da equipe (Portaria PGF n. 156/2016), o ingresso de membros, a estruturação interna e o fluxo dos processos, considerando o fechamento de ciclo (recebimentos dos processos, instauração das investigações e ajuizamento ou arquivamento).

Verifica-se que o acerto inicial desse novo modelo ocorreu, de maneira mais imediata, em virtude da estruturação interna desenhada após um correto diagnóstico que deu concretude às normas constitucionais e legais demandantes dessa atuação dos agentes reguladores da probidade administrativa. Os desafios agora são: avaliar essa política pública; analisar o resultado dessas ações; averiguar que tipos de melhorias nos controles internos podem ser realizadas; mensurar o custo de tempo e de recursos demandados para uma avaliação mais qualitativa; e verificar o que de fato representa esse aumento das ações de improbidade já materializado.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Henrique Figueredo de. A culpabilidade no ato ímprobo: aplicação da teoria normativa pura na análise da improbidade administrativa. *Revista da AGU*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 217-238, jul./set. 2017. DOI: https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.16.n.03.2017.805. Disponível em: https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/ article/view/805. Acesso em: 20 jul. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. Relações entre a Advocacia-Geral da União e as agências reguladoras federais. *Revista Brasileira de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, out./dez. 2009. Disponível em: http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdi Cntd=64588. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2005. DOI: https://dx.doi. org/10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/ index.php/rda/article/view/43855. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano 130, n. 105, p. 6693, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Lei nº 10.480, de 2 de julho de 2002. Dispõe sobre o Quadro de Pessoal da Advocacia-Geral da União, a criação da Gratificação de Desempenho de Atividade de Apoio Técnico-Administrativo na AGU – GDAA, cria a Procuradoria-Geral Federal, e dá outras providências. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 126, p. 1, 3 jul. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10480.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____. Advocacia-Geral da União. Procuradoria-Geral Federal. Portaria nº 156, de 8 de março de 2016. Cria a Equipe de Trabalho Remoto de Ações de Improbidade Administrativa no âmbito da Procuradoria-Geral Federal (PGF). *Boletim de Serviço Eletrônico*, Brasília, DF, n. 10, Suplemento A, 10 mar. 2016a. Disponível em: https://www.agu.gov.br/atos/detalhe/1508958. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____; _____;_____. Portaria nº 530, de 13 de julho de 2007. Regulamenta a representação judicial das autarquias e fundações públicas federais pelos órgãos de execução da Procuradoria-Geral Federal. *Diário Oficial da União [da] República Federativa do Brasil*: seção 1, Brasília, DF,

ano 144, n. 135, p. 1, 16 jul. 2007. Disponível em: http://pesquisa.in. gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&pagina=1&data=16/07/2007. Acesso em: 20 jul. 2019.

_____; _____; _____. *Equipes de Trabalho Remoto*: Ações de Improbidade Administrativa. Brasília: AGU-PGF, mar. 2016b.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial 1.500.812/SE*. Processual civil e administrativo. Agravo Regimental no Recurso Especial. Ação Civil Pública. Improbidade Administrativa. [...]. Relator: Min. Mauro Campbell Marques, 21 de maio de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/ processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1410581&num_registro=201403115770&data=20150528&formato=PDF. Acesso em: 20 jul. 2019.

COPOLA, Gina. O Cadastro Nacional de Condenados por Ato de Improbidade Administrativa e por Ato que Implique Inelegibilidade. *Boletim de Direito Municipal*, São Paulo, v. 30, n. 9, p. 665-669, set. 2014. Disponível em: https://dspace.almg. gov.br/handle/11037/11770. Acesso em: 20 jul. 2019.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Art. 131. In: CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2013. p. 1541-1545.

FREITAS, Juarez. *Direito fundamental à boa administração pública*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

KIM, Richard Pae; PORTO, Valéria do Vale. O conteúdo da moralidade na Lei de Improbidade Administrativa: obrigação à conduta do homem público e direito fundamental difuso do cidadão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 266, p. 125-166, maio 2014. DOI: https://dx.doi.org/10.12660/rda.v266.2014.32143. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/32143. Acesso em: 20 jul. 2019.

MACEDO, Rommel. *Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988*. São Paulo: LTr, 2008.

MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016. DOI: https://doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v3i1p104-120. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/108986. Acesso em: 20 jul. 2019.

MARTINES, Fernando. Em uma década, condenações por improbidade somam R$ 3,2 bilhões. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 29 ago. 2017. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/10-anos-condenacoes-improbidade-somam-32-bilhoes. Acesso em: 20 jul. 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A nova classificação de funções essenciais para uma democracia eletiva e seletiva pós-moderna. In: CASTRO, Aldemário Araújo; MACEDO, Rommel (org.). *Advocacia Pública Federal*: afirmação como função essencial à justiça. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2016. p. 11-37.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FIGUEIREDO, Diogo de. A Advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado democrático de direito. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Espírito Santo*, Vitória, ES, v. 4, n. 4, p. 21-63, jul./dez. 2005. Disponível em: https://pge.es.gov.br/Media/pge/Publicações/Revista% 20PGE/PGE_04_editado.pdf. Acesso em: 20 jul. 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Manual de improbidade administrativa*: direito material e processual. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAIVA, Adriano Martins de. *Advocacia-Geral da União*: instituição de Estado ou de governo? São Paulo: LTr, 2015.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Márcio Fernando Elias; FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Improbidade administrativa*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

ÉTICA E DIREITO: A MODERNIDADE E O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DO AGIR

ETHICS AND LAW: MODERNITY AND THE PROBLEM OF THE BASIS OF ACTION

José Rezende Silveira[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Definição da Ética e da Moral; 2. A Lei Natural; 3. A Guinada da Modernidade e o Problema da Fundamentação da Ética Moderna; 4. A Crise da Fundamentação e as Relações Entre a Ética e o Direito; 5. Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal aposentado, graduado e mestrando em Filosofia pela UFMG-MG. Membro da Comissão de Ética da OAB-MG. e-mail: joserezendesilveira@gmail.com

RESUMO: O objetivo deste artigo é introduzir o leitor na complexa questão da definição da ética e da moral, bem como discutir os fundamentos do agir ético-moral na crise de fundamentação do pensamento contemporâneo. Quais as implicações da perda da ideia de lei natural para a complexa relação entre a Ética e o Direito? Quais são as razões que levaram a uma descontinuidade entre a lei e o ser? E quais as suas consequências para o Direito?

PALAVRAS-CHAVE: Ética. Moral. Direito. Lei Natural.

ABSTRACTS: The purpose of this article is to introduce the reader to the complex question of the definition of ethics and morals as well as to discuss the foundations of ethical-moral action in the crisis of the foundation of contemporary thought. What are the implications of losing the idea of natural law to the complex relationship between ethics and law? What are the reasons that led to a discontinuity between law and being? And what are its consequences for the Law?

KEYWORDS: Ethics. Moral. Right. Natural Law.

INTRODUÇÃO

Caso se fizesse uma enquete sobre os mais graves problemas que afetam o nosso país, certamente a crise ética seria apontada como um dos nossos principais desafios. Mas o que é a ética? Provavelmente, muitos dos que acham a crise ética um dos problemas mais sérios da sociedade brasileira atual teriam dificuldades em definir o significado de ética.

Este artigo tem como primeiro objetivo introduzir o leitor na árdua tarefa de definição conceitual da ética e da moral. Em seguida, buscar-se-á a definição aristotélica da ética.

Primeiramente, tentar-se-á situar a ética aristotélica na perspectiva de uma lei moral em conformidade com uma lei natural. Em outras palavras, qual é o sentido de uma ética baseada na lei natural?

Em segundo lugar, procurar-se-á compreender o porquê de a lei natural haver perdido a sua força na nossa existência e em nossas discussões morais. Quais são as razões que levaram a uma descontinuidade entre a lei e o ser? E quais as suas conseqüências para a ética moderna?

Tentar-se-á mostrar que a perda da lei natural não pode ser situada apenas no surgimento das ciências positivas dos séculos XVI e XVII, mas que os primeiros sintomas dessa mudança devem ser buscados no cristianismo e na visão de mundo que lhe é inerente, mais especificamente, na sua concepção de uma *Creatio ex nihilo*. Segue-se o esboço de uma conclusão.

1. DEFINIÇÃO DA ÉTICA E DA MORAL

Na linguagem do dia a dia, ética e moral são termos usados como sinônimos. Com isso, perde-se muito das nuances e especificidades de cada expressão. É comum se afirmar, por exemplo, que uma determinada pessoa não possui ética. Aqui se encontra um equívoco conceitual, pois, dada a constituição antropológica do ser humano, todos somos responsáveis pelos nossos atos e opções e, portanto, o nosso agir não é neutro, mas marcado pelo reino da eticidade (Hegel, 1993, pp. 10-21). O ser humano não está circunscrito ao fechamento inexorável do código instintivo. Isso faz de nós humanos seres que precisam construir o seu mundo e a sua própria existência. Diferentemente do animal, que é o seu mundo, nós temos o nosso mundo. O mundo do animal é o ***habitat*** onde ele se encontra especializado para viver e atuar. Mexer no habitat é ferir um animal de morte. O mundo humano é o mundo da cultura, e cada gesto humano é impregnado de símbolos, forjados pelo ***ethos*** em que cada um de nós se encontra inserido.[2]

Diferentemente do animal, que é a sua existência, nós temos a nossa existência. Isso significa que o ser humano não nasce pronto ou predeterminado: cada um de nós tem que construir a sua própria existência. A tarefa de construir o nosso próprio ser é responsabilidade nossa, que não se pode delegar ou abrir mão: o ser humano está fadado a ser livre. Isso faz de nós seres que

2 - Ver o brilhante trabalho de Ernest Cassirer (1994), no qual ele define o ser humano como animal simbólico ao invés de animal racional.

podem ser cultivados. Esse é justamente um dos sentidos da palavra cultura, que vem do cultivo da terra. A palavra cultura denota, pois, a ideia de aperfeiçoamento espiritual da humanidade nas artes, ciências e demais expressões da genialidade humana.

A língua alemã ainda mantém dois termos para se referir à cultura: *Bildung* e *Kultur*.

Segundo Barros:

> [...] voltemos, preliminarmente, nossas atenções para a própria noção de cultura, começando por lembrar os dois significados hoje usuais da palavra para os quais, entre as línguas cultas, apenas o alemão, ao que saibamos, tem dois vocabulários distintos e específicos. Aquele que se refere ao significado mais antigo e tradicional da palavra que é o substantivo feminino Bildung, que o Wahrig, dicionário de excelente categoria, conceitua como forma espiritual e interior, aperfeiçoamento ou ainda como conhecimentos variados, aliados ao gosto, juízo, sentido para os valores. O outro vocábulo, de origem latina, é Kultur. No latim, cultura, o cultivo do campo. Em sentido figurado é que ela se refere ao cultivo da alma, do espírito. ... a expressão surge de uma comparação entre o cultivo da terra e o da alma. Diz aí Cícero: 'da mesma forma que um campo, por capaz que seja de fertilidades, não pode dar frutos se não é cultivado, a alma permanece estéril enquanto não é instruída, nem a cultura, nem a boa terra podem dar grande coisa uma sem a outra' (Barros, 1990, p. 59-60).

O humano em nós não é uma condição dada de uma vez por todas, mas é uma tarefa que percorre a própria aventura humana enquanto tal. Cada época vai definindo para si o próprio conceito do humano, e este vai se tornando, por assim dizer, patrimônio *de toda a humanidade. Por isso mesmo, a concepção do que seja o ser humano vai se* constituindo parte do direito, que garante a todos uma série de direitos inalienáveis, independentemente do país ou da cultura. Essas são as bases modernas para a noção dos direitos individuais, que mais tarde foram consagrados pela ONU com a Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana: os ***direitos humanos***.

Na medida em que o ser humano se aperfeiçoa construindo a si mesmo e tendo que criar o seu mundo, o seu agir é evidentemente diferente do agir do animal.[3] Assim sendo, todo o agir humano é marcado por opções, valores e responsabilidade. Nesse sentido, não existe uma pessoa sem ética, pois todo o agir humano pressupõe a liberdade básica inerente ao ser humano: nós estamos livres do código instintivo que circunscreve e predetermina o agir do animal.

Com o intuito de tornar mais claro este ponto, que pode soar para muitos um tema bastante controverso, vamos tentar estabelecer uma definição e diferenciação entre ética e moral.

Aristóteles inicia o livro da Metafísica afirmando que o ser humano deseja naturalmente conhecer (Aristóteles, 1991, p. 1552). Isso significa que o problema da verdade não é algo periférico para a existência humana, mas integra a própria definição do que seja o homem. A

3 - Para Hegel (1993, pp. 21-30), só o agir humano é marcado pela culpabilidade.

situação ontológica do ser humano livre da circunscrição do código instintivo faz com que o Homem seja o único ser que precisa construir o seu próprio ser e o seu mundo. Essa reflexão abre outra possibilidade: o ser humano pode também deixar de ser.[4] Ser ou não ser é uma possibilidade humana com inúmeras implicações éticas, morais, políticas e religiosas.

Na possibilidade intrínseca de ser ou não ser, inscrita no próprio ser do homem, encontra-se o fundamento ontológico para o agir ético-moral do ser humano. Se o homem precisa construir a sua existência, o seu agir também precisa ser construído segundo valores e opções. Como toda existência humana encontra-se situada num *ethos*, no mundo da cultura, o agir do homem deverá se pautar segundo os diferentes códigos de conduta aceitos e normatizados pela sociedade na qual estamos inseridos. Quando nascemos, o mundo já existia, a sociedade já possuía os seus valores e normas. Não fomos nós que criamos o mundo nem os valores das sociedades em que nascemos e que se traduzem na lei moral ou código de moralidade. Nessa perspectiva, todo o agir humano encontra-se marcado pelo reino da eticidade, na medida em que somos[5] responsáveis pelos nossos atos. Assim sendo, a finalidade da *práxis* ou do agir ético é a ação pautada pela convenção que se traduz na lei, tendo em vista a bondade moral.

A palavra ética é derivada do grego *ethikos* e significa tanto a morada do homem (cultura) como a repetição, hábito, costumes, comportamento. A ética é a parte da filosofia que lida com o agir humano sob o ponto de vista das noções de bem e mal, justo e injusto. Em suma, a ética é a ciência do agir e, como tal, tem por objetivo elaborar princípios capazes de nortear o ser humano para um agir moralmente correto. A ética reflete sobre os sistemas morais, levando o indivíduo a se perguntar sobre as implicações disso em relação aos valores, às opções, às atitudes e às ações do sujeito, bem como de toda a sociedade. Se o ser humano, devido a sua condição ontológica, deve ser cultivado, a ética tem como meta construir o dever ser do homem e das sociedades.

A ética e a moral são comumente usadas como sinônimos. De fato, até mesmo em sua raiz etimológica, os dois termos apresentam certa semelhança. A palavra moral vem do latim *mos*, *moris*, *moralis*, *morale*, que significa modo de agir regulado pelo uso: costumes. Ou seja, a moral diz respeito ao conjunto de regras de conduta admitidas numa determinada sociedade em determinada época. As sociedades mudam, os costumes se modificam e a legislação moral vai acompanhando e refletindo essas mudanças de costumes. Sendo assim, quando se entra no reino da moralidade, adentra-se o reino da normatização e dos códigos legais. As questões éticas relativas aos valores e opções do indivíduo são colocadas pela consciência de cada pessoa e ou sociedade. Quando tais questões são respondidas apenas pelas consciências morais individuais ou da sociedade, surgem as normas morais, que são regras que têm por base apenas os indivíduos ou um determinado grupo social. Quando as respostas para as questões éticas saem do âmbito da consciência moral do sujeito e são respondidas pelo Estado, surgem as normas jurídicas, que pressupõem o poder coercitivo do Estado.

4 - Com esta intuição fundamental, o pensador dinamarquês Kiekegaard se torna um dos precursores do existencialismo, que influenciou enormemente a filosofia do século XX.

5 - Ver o trabalho magistral de Lima Vaz (1988), no qual o autor faz uma brilhante exposição da fenomenologia do ethos, de onde deriva a palavra ética.

2. A LEI NATURAL

Houve um tempo em que era possível justificar as categorias morais no próprio ser; fundamentá-las na natureza do ser. Isso significa fundamentar essas categorias morais numa lei natural, numa ordem inerente ao próprio ser. A lei natural, nessa perspectiva, era a norma última, a norma objetiva do que nós chamamos de bem; o moralmente bom é algo que, de certo modo, corresponde à lei natural. De maneira oposta, o moralmente errado é tudo aquilo que vai contra a lei natural, "contra a natureza". O bem não é, pois, determinado, nessa perspectiva, por uma lei geral, nem pela lei da razão, mas por um tipo particular de lei: uma lei inerente ao próprio ser. Essa é a ideia básica por trás da concepção de lei natural.

A lei natural é um fundamento; ela fundamenta as nossas categorias morais. Essa junção entre o bem e o ser, em que o bem é a expressão do que é, torna-se extremamente problemática em nossos dias. Afirmar que algo é bom porque está de acordo com a lei da natureza, ou vice-versa, não é mais tomado a sério como argumento moral.

Aristóteles é o fundador da ética ocidental. Ao responder à questão "como devo viver?", ele respondeu: segundo a natureza humana. A ética aristotélica é teleológica. Isso significa dizer que o desejo humano, em geral, é analisado no contexto de uma analogia com as assim chamadas tendências naturais; ou seja, tendências que pertencem à nossa própria natureza, à natureza do nosso corpo. O termo técnico latino é *Inclinatio naturalis*: um objeto corresponde ao nosso desejo do mesmo modo que um objeto corresponde a algumas tendências naturais. Do mesmo modo que nossas tendências naturais são internamente atraídas por, direcionadas para um objeto específico que pertence a essas tendências, assim também um determinado objeto corresponde ao nosso desejo. Isso significa que, da própria natureza de suas estruturas, nossas tendências naturais são atraídas por um ponto culminante, um ponto último, ou seja, aquilo que deve ser buscado por si mesmo. (Aristóteles, 1991). Desse modo, o objeto do desejo humano, em geral, pode ser determinado, por assim dizer, pela análise da sua própria estrutura, a natureza específica do desejo. Essa é a concepção mais geral do finíssimo interno, ou teleologia. Existe um objeto que corresponde ao nosso desejo; o objeto é de tal sorte que nele pode se encontrar nossa satisfação final, como acontece com tendências naturais tais como comer, beber e a sexualidade. Todas essas tendências possuem um objeto específico que é bom para algo: a sexualidade é boa para perpetuar a espécie; comer e beber são bons para manter o corpo. Elas possuem objetos específicos que só podem ser realizados de certa maneira. De certo modo, o desejo é tal objeto, e, ao realizá-lo, o desejo é satisfeito, podendo assim encontrar a sua felicidade.

Na perspectiva clássica aristotélica, tenta-se encontrar, pois, em primeiro lugar, um bem que pertença internamente ao desejo para que se possa determinar como um ser humano deve viver e quais ações ele deve praticar; existe uma ligação intrínseca entre o objeto e o desejo. Conseqüentemente, a organização de nossa vida não deve ser buscada fora dessa natureza. A noção de finíssimo interno significa, em termos gerais, que, na nossa própria natureza, existe um objeto que pertence ao nosso desejo. Ao realizar o nosso ***telos***, encontramos a felicidade. Num sentido mais estrito, o finíssimo interno significa que o objeto deve ser realizado, ou obtido, em conformidade com a própria estrutura do ser.

Os seres humanos e os animais possuem as mesmas inclinações (comer, beber, sexualidade [finíssimo interno]), mas a diferença é que os seres humanos realizam essas tendências de acordo com a sua estrutura. Nós possuímos em comum com os animais as mesmas tendências num nível sensível, que são realizadas de um modo apropriado (correspondente à própria estrutura da nossa natureza) à nossa natureza, ou seja, de acordo com a razão (temos aqui o intelectualismo aristotélico). Isso significa que até mesmo aqueles objetivos biológicos como a preservação de si e a procriação têm que ser realizados segundo os princípios da própria natureza do indivíduo.

A preocupação primeira de Aristóteles diz respeito à ação enquanto esta conduz ao bem. ***Areta*** ação é, exatamente, aquela que conduz ao bem, sendo que a má ação é a que se opõe à consecução do bem. Segundo Aristóteles:

> [...] admite-se geralmente que toda arte e toda investigação, assim como toda ação e toda escolha, têm em mira um bem qualquer, e por isso foi dito, com muito acerto que o bem é aquilo a que todas as coisas tendem. (Aristóteles, 1991, 1094 a 1-3).

Aristóteles faz uma diferenciação entre os diferentes bens que correspondem às diferentes ciências e artes e se propõe a buscar o bem último, "o bem", ou seja, aquele que se deseja por ele mesmo.

Para Aristóteles, a ciência política ou social é aquela que estuda o bem para o homem. O estado e o indivíduo possuem o mesmo bem, apesar de o bem encontrado no Estado ser mais nobre:

> Com efeito, ainda que tal fim seja o mesmo tanto para o indivíduo como para o Estado, o deste último parece ser maior e mais completo, quer a atingir, quer a preservar. Embora valha bem a pena atingir esse fim para um indivíduo só, é mais belo e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as Cidades-Estado. Tais são, por conseguinte, os fins visados pela nossa investigação, pois que isso pertence à ciência política numa das acepções do termo. (Aristóteles, 1991, 1094b, 6-11).

A ética é, pois, vista por Aristóteles como um ramo da ciência política ou social. Para ele, não é possível adquirir precisão matemática na ética, já que a ação humana, que é o objeto da ética, não pode ser determinada com exatidão (Aristóteles, 1991, 1094 b 11-27). Para Aristóteles, a felicidade é uma atividade peculiar ao homem e o objetivo da vida humana, muito embora não seja fácil determinar o que ela de fato seja, já que diferentes pessoas possuem diferentes ideias a seu respeito. O que merece ser chamado de felicidade precisa se manifestar por toda a vida e não apenas em breves momentos, estando ligado à noção de excelência, que é, no caso do homem, viver segundo os grandes ideais da razão (Aristóteles, 1991, 1101 b 14-20). Para ele, a felicidade deve ser equipada com bens externos, ou seja, ela não exclui o prazer ou a prosperidade material. Os prazeres não são maus, como tais, muito embora não seja "o bem". Nós temos que optar por certas atividades, mesmo que nenhum prazer delas resulte (Aristóteles, 1991, 1174 a 7-8). Como atividade peculiar ao homem, ela é uma atividade com a razão. A felicidade é uma virtude ou excelência intelectual.

Se a felicidade é uma atividade segundo a virtude, nada mais lógico que ela seja segundo a virtude mais elevada, ou seja, aquilo que existe de melhor em nós. E a faculdade cujo exercício constitui a felicidade perfeita é, segundo Aristóteles, a faculdade contemplativa, ou seja, a faculdade da atividade intelectual ou atividade filosófica.

Ainda de acordo com Aristóteles:

> Se a felicidade é atividade conforme a virtude, será razoável que ela esteja em concordância com a mais alta virtude; e essa será a de que existe de melhor em nós. Quer seja a razão, quer alguma outra coisa esse elemento que julgamos ser o nosso dirigente e guia natural, tomando a seu cargo as coisas nobres e divinas, e que seja ele mesmo divino, quer apenas o elemento mais divino que existe em nós, será atividade conforme a virtude que lhe é própria será a perfeita felicidade. (Aristóteles, 1991, 1177 a 12-18).

Como a ética aristotélica é teleológica e tem como base a noção de uma lei natural, o bem é visto como a realização de algo já presente no ser. A razão moral não é, pois, a capacidade de se definir algo, ou de determinar o que é bom por meio de uma abstração do corpo sensível; tampouco é ela a capacidade de transcender as emoções e as paixões, mas sim a capacidade de se descobrir as normas já presentes em nossa natureza. Assim sendo, da perspectiva de Aristóteles, não existe, como no cristianismo, um além da lei. Segundo Blumenberg, o fim da lei natural acontece simultaneamente à convicção de que existe algo além da lei. Em outras palavras, juntamente com a medida do bem determinado pela lei, existe outra medida, que denominamos de divina. O resultado é que a unidade do ser é quebrada. Não existe mais uma ordem que tudo penetra, mas duas ordens, havendo, pois, uma tensão entre elas.

Em suma, para Aristóteles, de acordo com a perspectiva da lei natural, a ética é apenas e tão somente um problema humano, não se referindo aos deuses. Os deuses gregos não são apresentados como o aperfeiçoamento da existência humana. Eles não servem de exemplo. A perfeição não é encontrada além desse mundo; é exatamente a pessoa virtuosa, e não os deuses, que é a medida do bem. Em muitos pontos, os deuses gregos são, moralmente falando, menos perfeitos do que os seres humanos. Os deuses não conhecem limites em suas paixões. Alguns humanos tornam-se heróis não porque imitaram os deuses, mas por realizarem de maneira heroica algumas das possibilidades humanas, de acordo com medidas humanas. A medida do bem é uma medida humana.

3. A GUINADA DA MODERNIDADE E O PROBLEMA DA FUNDAMENTAÇÃO DA ÉTICA MODERNA

"Moderno", "modernismo", "modernidade" são termos que encontramos freqüentemente na mídia e em revistas especializadas. Eles possuem uma grande variedade de significados, sendo utilizados em diferentes áreas e situações. Entretanto, precisamos nos deter cuidadosamente sobre eles e fazer importantes distinções, que se mostrarão úteis para uma investigação séria e sistemática do tema proposto neste artigo.

"Moderno" é um termo correlativo que indica tudo o que é novo em oposição ao antigo. É interessante observar que, nessa perspectiva, o que é considerado moderno num determinado momento aparecerá como ultrapassado num outro período. E esse processo envolve também as religiões. O mundo ocidental moderno, na famosa "Batalha dos Livros" ou a "Querela entre os Modernos e os Antigos" no séc. XVIII, introduziu originariamente a percepção de progresso e de superioridade do presente em relação ao passado. Assim sendo, a dinâmica das sociedades ocidentais modernas mudou drasticamente em relação às tradições, costumes e, sobretudo, à autoridade do passado.[6] Este último aspecto se mostra evidente na ciência e nas artes, que, libertas da autoridade do passado, evidenciam a superioridade do presente e a abertura infinita para o progresso.

O termo "Modernismo", por sua vez, significa uma adesão ao moderno, diferenciando-se de modernização, que implica políticas de implementação do novo. Desse modo, nós podemos falar de modernismo no que se refere às tradições religiosas, mas não de modernização das religiões, sendo este termo aplicado para se falar de modernização tecnológica ou das estruturas de uma fábrica, por exemplo. É justamente devido à adesão ao moderno na religião que muitos argumentam que o modernismo traz em si uma sombra de secularização sobre as tradições religiosas.

Diferentemente de modernismo e modernização, a modernidade faz parte de uma nova consciência do mundo ocidental que introduziu uma ruptura radical com a racionalidade do passado e os seus fundamentos. Não se pode precisar milimetricamente o início da modernidade, mas é unânime a figura de René Descartes (1596-1650) como o autor cujo pensamento alicerçou a modernidade num novo paradigma de verdade.

A grande dificuldade com a definição da modernidade se deve ao fato de que todo mundo pensa que entende, num certo sentido, o que o termo significa.

A modernidade introduz um novo paradigma de racionalidade que coloca em xeque todo o edifício do saber construído ate então. Descartes inicia duvidando de tudo na tentativa de estabelecer um princípio de certeza indubitável. Com a guinada da modernidade, a razão autônoma se coloca como o único fundamento da verdade. Toda referência e elos teológicos heteronômicos são deixados de lado. A razão de si e para si mesmo justifica, constrói e fundamenta. Immanuel Kant (1724-1804) é o precursor de um novo modo de conceber o agir humano fora dos parâmetros da lei natural e da teleologia da ética aristotélica. Para ele, todos os seres racionais devem agir segundo um imperativo categórico derivado da lei universal da razão autônoma. (KANT, 1990b)

Para que se possa melhor apreciar a radicalidade da guinada da modernidade, é necessário compreender o alcance da novidade trazida pelo ***cogito*** cartesiano. Isso nos ajudará a apreciar melhor a segunda conseqüência que o conceito de autopreservação desencadeia, a saber, a negação do princípio de teleologia. Para Descartes, o ***cogito*** é uma instância epistemologicamente autopreservadora. A sua importância para a guinada moderna está nos novos fundamentos que a razão precisa encontrar em si mesma para a fundamentação do conhecimento. A concepção cartesiana de um *genius malignus* radicalizou a concepção nominalista da impossibilidade de acesso

6 - Sobre a "Batalha dos Livros", ver Nibest (1980, p. 151-156). Ver também o brilhante artigo de Roy Porter, "Ancients and Moderns", (1994, p. 25-27) e a obra de Peter Gay, *The Enlightenment:* An Interpretation, The Rise of Modern Pagans (1977).

à racionalidade do mundo. Ao radicalizar a *potência absoluta* com a hipótese de um deus enganador, Descartes acentua a dúvida concernente aos fundamentos da certeza do nosso conhecimento. Assim sendo, qualquer pressuposição metafísica que barrasse a possibilidade de conhecimento deveria ser simplesmente ignorada (BLUMENBERG, 1986, p. 194-195).

Baruch Espinosa (1632-1677) é de capital importância para a constituição do paradigma moderno de racionalidade. A maior preocupação do sistema espinoseano é a alteração sofrida por um objeto e não a manutenção de sua constituição, já que, segundo esse autor, a persistência das coisas pertence à própria essência de cada ser. Em outras palavras, não existe nenhum fator intrínseco de dissolução ou decomposição presente no ser do mundo. As mudanças ou transformações sofridas são decorrentes de fatores externos e não do caráter inerente das coisas. Assim sendo, o mundo encontra-se liberto das pressuposições teleológicas implícitas no conceito de criação do nada.

Este segundo princípio estrutural da racionalidade moderna será estendido para o campo da constituição da ordem social e política.

Thomas Hobbes (1588-1679) lança as bases de uma nova universalidade para a filosofia política moderna ao alterar drasticamente a teoria clássica da ordem natural das coisas. Ele concebe um estado de natureza abandonado pelo homem com o objetivo de preservar a sua vida, indo formar a sociedade política. O estado de natureza primordial no qual o homem vivia é anterior à sociedade, não sendo concebido por Hobbes numa perspectiva teleológica. Pelo contrário, trata-se de um estado de caos, cuja anomia coloca em risco a vida do homem, já que existe a prevalência da **lei do mais forte**. Devido a essa situação de caos e insegurança, faz-se necessária a construção de uma ordem política baseada na razão autoassertiva.

A razão humana, ao se afirmar a si mesma sem a necessidade de qualquer referência a princípios ou pressuposições metafísicas, impõe as suas leis autorreguladoras sobre a natureza. A autopreservação faz, como categoria moderna, com que a situação vivida no estado de natureza seja concebida como um obstáculo à preservação. Os direitos dados pelo estado de natureza precisam se transformar nos direitos segundo os ditames da vontade legisladora, cujo fundamento é a razão autônoma. A preservação de si não se deve a um impulso interno, mas se acha ligada às exigências inerentes à estrutura autoafirmadora de uma racionalidade autônoma. Ou seja, a preservação se torna uma categoria ética primordial. Segundo Espinosa: *"Cada coisa se esforça por preservar em seu ser"* (ESPINOSA, 1980, Livro III, proposição VI).

Os homens e as sociedades têm como obrigação moral a preservação de si mesmos. A moralidade deve ser concebida como uma concordância implícita que fazemos com os outros seres humanos com o intuito de nos beneficiarmos de uma vida social cooperativa. Isso significa que, a partir da modernidade, o homem passa a ser pensado como separado da sociedade. A vontade individual, por meio de um contrato social, é que fundamenta a vida em sociedade. A dimensão social não é mais vista como parte da natureza do homem. Pelo contrário, a sociedade é uma camisa de força que fere a liberdade de cada indivíduo, que anteriormente vivia num estado de liberdade absoluta. Nesse estado anterior à sociedade, o indivíduo estava, porém, à mercê da lei do mais forte. A fim de preservar a sua vida e a sua propriedade, o indivíduo abre mão desses direitos e aceita a camisa de força social.

O que fundamenta, pois, a sociedade não é a natureza, mas um contrato social. Permanece, contudo, na noção de indivíduo, a desconfiança básica de que o outro indivíduo é sempre uma ameaça. Ou seja, não sendo naturalmente social, o indivíduo aceita a imposição da vida em sociedade por motivos meramente individuais, já que continua se definindo como uma ilha, que não necessita do outro como complemento.

Afinal de contas, o inferno são os outros no dizer de Jean-Paul Sartre (1905-1980).

No princípio normativo da razão autônoma, a modernidade ocidental encontra o novo princípio normativo da ética. Kant e o imperativo categórico inauguram uma nova fundamentação humana para o agir: o indivíduo se dá a sua própria lei. Não existe mais uma fundamentação para o agir ético-moral calcado na noção de natureza. A razão autônoma nos oferece uma série de hipóteses fundadas numa razão que não tem outro fundamento que não si mesma. Assim sendo, o conflito das éticas se torna inevitável, na medida em que não existe mais um princípio último de fundamentação para o agir ético que não a lei, que, por sua vez, se baseia em um imperativo categórico da razão autônoma.

Segundo Lima Vaz (1993), para se ficar na brevidade de uma fórmula, pode-se dizer que, na antropologia política clássica, a universalidade do Direito tem a forma de uma universalidade nomotética, ao passo que, na antropologia política moderna, estamos diante de uma universalidade hipotética. A universalidade nomotética é aquela que tem como fundamento uma ordem do mundo que se supõe manifesta e na qual o ***nómos*** ou a lei da cidade é o modo de vida do homem que reflete a ordem cósmica contemplada pela razão. A universalidade hipotética, ao invés, é aquela cujo fundamento permanece oculto e requer uma explicação, a título de hipótese inicial não verificada empiricamente e que deve ser confirmada dedutivamente pelas suas consequências (LIMA VAZ, 1988, p. 146-147).

A universalidade nomotética diz respeito a uma ordem natural objetiva que se impõe como lei obrigatória e como padrão para a formulação de toda a legislação. A lei da cidade não pode ir contra a lei da natureza. Ninguém fere a lei natural se for punido severamente. A universalidade hipotética encontra-se fundamentada na razão autônoma moderna, que encontra apenas em si mesma o fundamento de todos os seus atos legisladores. Essa passagem da universalidade nomotética, baseada na noção de natureza, para a universalidade hipotética, fundada na razão autônoma,[7] é responsável pela grande encruzilhada ético-moral da contemporaneidade: a impossibilidade de fundamentação última do agir humano. Nada mais possui um valor intrínseco na medida em que todos os valores são relativos ao ***ethos*** e ao momento histórico em que somos inseridos. A sociedade e os indivíduos na contemporaneidade não deixaram de ser éticos, apenas perderam a possibilidade de justificar, em última instância, a eticidade do seu próprio agir. A fundamentação do agir é relegada ao que diz a lei, mas a lei é baseada numa razão autônoma que não possui outro fundamento que não si mesma.

Vivemos em tempos equivocados, alternando entre um desencantamento com as coisas, que expressa um relativismo ético e, do outro lado, uma seriedade moral intensa. Indiferença e

7 - Segundo Lima Vaz (1993), "a evolução do conceito de natureza, oferece o fundamento para a definição da universalidade do Direito, é que permite a passagem da universalidade nomotética. à universalidade hipotética... esta crise, por sua vez recoloca em termos de extrema gravidade o problema das relações entre Ética e Direito."

intensidade podem parecer, mas não estão totalmente dissociadas uma da outra. Desmond sugere que talvez elas sejam faces de uma mesma moeda, com os olhos desviados do que poderíamos chamar de "incógnito do bem" (DESMOND, 2001, p. 1-3).

Nas últimas décadas, tem surgido uma proliferação de escritos sobre a ética, mas os filósofos sentem-se hesitantes em falar sobre o Bem, o que levou a modernidade ocidental a desenvolver um *ethos* da desvalorização do ser (DESMOND, 2001, p.7). Herdeiros da modernidade, nós ainda assim herdamos uma profunda perplexidade sobre o status do valor intrínseco do ser: o ser é bom! Entretanto, um niilismo ético não confessado continua sendo o nosso companheiro inominável. Convive-se com esse companheiro uma hora lutando contra ele, outra hora, sentimo-nos desorientados sem encontrar um modo de dar um nome ao Bem.

4. A CRISE DA FUNDAMENTAÇÃO E AS RELAÇÕES ENTRE A ÉTICA E O DIREITO

O Direito vive uma grave crise existencial. Não consegue entregar os dois produtos que fizeram sua reputação ao longo dos séculos. De fato, a *injustiça* passeia pelas ruas com passos firmes,[8] ao passo que a *insegurança* é a característica de nossa era.[9] A regra geral insculpida no art. 5º do Cap. I do Título II da CRFB/88,[10] de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, carece de fundamentação última, ficando a aplicação desses sagrados direitos constitucionais à mercê da hermenêutica jurídica e da súmula vinculante nº 11 do Supremo Tribunal Federal. Tais garantias começam ser reguladas, ainda que timidamente.[11]

A lei menor codificada nas diversas áreas do direito funciona de forma analógica ao texto constitucional.

Em face da ineficiência da norma legal nos diversos aspectos jurídicos, a Constituição passa a ter, nas relações entre o Estado e o indivíduo, uma função reguladora na interpretação jurídica em geral.

No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu no ambiente de reconstitucionalização do país na elaboração e promulgação da CRFB/88.

A Constituição foi capaz de promover, de maneira bem-sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário para um Estado de Direito.

O marco filosófico do novo Direito Constitucional é o pós-positivismo, situado na

8 - BRECHT, Bertolt. Elogio da Dialética. In: *Antologia Poética*. 1977.

9 - GALBAITH, John Kenneth. *A era da incerteza*. 1984.

10 - CRFB/88 – Art. 5º do Título 2º - Dos Direitos e Garantias Fundamentais Cap. I.

11 - Cf. MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, j. 16-9-1999, P, DJ de 12-5-2000).

confluência das duas grandes correntes de pensamento, que oferecem paradigmas opostos para o Direito: o ***jusnaturalismo*** e o ***positivismo***. Opostos, mas, por vezes, singularmente complementares. A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de ideias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo.[12]

O jusnaturalismo moderno, desenvolvido a partir do século XVI, aproximou a lei da razão e transformou-se na filosofia natural do Direito. Fundado na crença em princípios de justiça universalmente válidos, chegou ao apogeu com as constituições escritas e as codificações.

Em busca da objetividade científica, o Positivismo equiparou o Direito à Lei, afastou-o da Filosofia e das discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abrigaram reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

O pós-positivismo busca ir além da legitimidade escrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.

A interpretação e a aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas, procurando abrigo neste paradigma em construção, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana.

A partir do que se convencionou chamar de "virada Kantiana", isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre a ética e o direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a base da Justiça fundada no imperativo categórico.

Nesse sentido, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Filosofia.

5. CONCLUSÃO

A crise da fundamentação contemporânea afetou imensamente a ética e o direito. A universalidade hipotética nos diz, em última instância, que devemos obedecer a lei porque é a lei. Como a lei está alicerçada numa razão autônoma que não se fundamenta em mais nada a não ser nela mesma, devemos nortear o nosso agir apenas a partir dos imperativos que essa mesma razão nos exige. Com a guinada pragmático-linguística da contemporaneidade, iniciou-se um processo de desconstrução da razão moderna.

12 - RAWLS, John. *A theory of justice*. 1980.

O pensamento ocidental não busca mais um princípio de certeza como fundamento da construção do edifício do saber. O que resta são jogos linguísticos com regras próprias que se igualam. A verdade que fora totalmente secularizada pelo pensamento kantiano perde o fundamento do ***cogito*** e se restringe ao modelo ou jogo linguístico em que se encontra.

O sentido ou a verdade do texto a ser lido se encontra determinado por quem lê e não mais por quem escreve. Isso significa a impossibilidade de uma hermenêutica última que determine o sentido primeiro ou final de um texto. O sentido do texto estará sempre aberto e passível de tantas interpretações quantos forem os leitores. Isso significa que, no que tange ao agir ético e à moralidade, a livre decisão de cada indivíduo é fundamental, na medida em que nada se pode dizer em geral a respeito da moralidade e de seu fundamento. No que se refere ao Direito especificamente, surge o desafio de se formular leis que de fato correspondam ao caráter fragmentário das sociedades contemporâneas, que se tornam cada vez mais multiculturais. Talvez um possível caminho seja um questionamento profundo da prioridade dada ao sujeito moderno e à sua desconstrução pós-moderna. O que se busca é a possibilidade de uma valoração ontológica do ser para além do fundamento: o fundamento de um não fundamento.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Oxford: Princeton University Press, 1991.

BARNES, Jonathan (ed.). *The Cambridge Companion to Aristotle*. Cambridge: The Cambridge University Press, l99l.

BARROS, Roque Spencer Maciel de. *Razão e Racionalidade*. São Paulo: T.A. Queiroz, 1980.

BLUMENBERG, Hans. *The Legitimacy of the Modern Age*. Trad. Robert M. Wallace.Cambridge: The Mit Press, 1983.

_____. Self-Preservation and Inertia: On the Constitution of Modern Rationality". *Contemporary German Philosophy*. v. 3. ed. Darrel E. Christensen. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1983. 209-256.

BOFF, Leonardo. *Ethos Mundial*: um consenso mínimo entre os humanos. Brasília: Letraviva, 2000.

COPLESTON, Frederick. *A History of Philosophy*. v. I. Livro I. New York: An Image Book Doubleday, 1985.

DESMOND, William. *Philosophy and its others*: ways of being and mind. New York: State University Press, 1990.

_____. *Ethics and the Between*. New York: University press, 2001.

GAY, Peter. *The Enlightenment*: An Interpretation, The Rise of Modern Pagans. New York: W. W. Norton & Company, 1977, pp 130-131

HARMAN, Gilbert. *The Nature of Morality*. Oxford: University Press, 1977.

JOSAPHAT, Carlos. *Moral, Amor, e Humor*. Rio de Janeiro: Nova Era, 1997.

JOHNSON, Oliver A. (ed.). *Ethics*: Selection from classical and contemporary writers. New York: Harcourt Brace College Publishers, 1993.

LIMA VAZ, H.C. *Escritos de Filosofia II*: ética e cultura. São Paulo: Loyola, 1993.

MACKIE, J. L. *Ethics*: Inventing Right and Wrong. Oxford: Penguin, 1977.

O'NEILL, Onara. *Acting on Principle*. Columbia: University Press, 1975.

POTER, Roy. *"Ancients and Moderns"*, *The Blackwell Companion to the Enlightenment*. eds. John W. Yolton, Roy Potter e Pat Rogers, London: Blackwell, 1994, p. 25-27.

SINGER, Peter (ed.). *A Companion to Ethics*. Oxford: Blackwell, 1996.

SMART, J. J. C.; WILLIAM, Bernard. *Utilitarianism for and Against*. Cambridge: University Press, 1973.

SOUZA, José Carlos Aguiar de. *O Projeto da Modernidade*: autonomia, secularização e novas perspectivas. Brasilia: Liber Livro, 2005.

_____. Modernidade, Secularização e Crise de Legitimidade: uma Introdução a Blumenberg. *Síntese Nova Fase*, v. 22 n. 70 (1995): 301-319.

NEORREPUBLICANISMO E CORRUPÇÃO: ELEMENTOS PARA A GOVERNANÇA DA ÉTICA PÚBLICA NO BRASIL

NEW REPUBLICANISM AND CORRUPTION: ELEMENTS FOR THE GOVERNANCE OF PUBLIC ETHICS IN BRAZIL

Farlei Martins Riccio de Oliveira[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. As Bases Teóricas do Neorrepublicanismo; 1.1. Constitucionalismo e Não Manipulabilidade do Poder; 1.2 Contestabilidade do Poder; 1.2.1. Uma Base para a Contestação: a república deliberativa; 1.2.2. Uma Voz Para a Contestação: a república inclusiva; 1.2.3. Um Espaço para a Contestação: a república responsiva; 2. Os Instrumentos de Combate à Corrupção sob a Perspectiva do Neorrepublicanismo e a Governança da Ética Pública; 2.1. O Sistema Jurídico e os Órgãos Federais de Combate à Corrupção; 2.2. A Governança da Ética Pública; 3. Conclusão; Referências.

1 - Pós-Doutor em Administração Pública pela Universidade Ca' Foscari de Veneza - Itália (2015). Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro - PUC-Rio (2012). Mestre em Direito da Administração Pública pela Universidade Gama Filho-RJ (2003). Advogado da União em exercício na Procuradoria Regional da União no Estado do Rio de Janeiro (2000). Professor de Direito Administrativo e Direito Constitucional. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro - IDAERJ, da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas – ABCD, e da Comissão de Assuntos Legislativos da OAB/RJ. Membro fundador do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro - IDARJ. Atua na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo, Direito Constitucional, Direito Regulatório e Direito Militar, e na área de Gestão Pública, com ênfase em Administração Pública.

RESUMO: No Estado Democrático de Direito, os instrumentos jurídicos de combate à corrupção administrativa buscam dissuadir e sancionar os agentes públicos que agem de forma corrupta, positivando instrumentos ou mecanismos de tutela da probidade administrativa. Inobstante a institucionalização dos instrumentos de combate à corrupção no sistema normativo, a forma como o Estado se organiza politicamente e como os órgãos públicos de repressão se articulam pode ser determinante para a sua eficácia. Tendo como referencial teórico o neorrepublicanismo, o presente artigo pretende verificar se o desenho político-administrativo do Estado brasileiro favorece a plena eficácia dos instrumentos de combate à corrupção e, em caso positivo, como eles poderão ser empregados para a elaboração e promoção de uma governança da ética pública.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção. Neorrepublicanismo. Brasil. Governança. Ética Pública.

ABSTRACT: In Democratic State, legal instruments to combat administrative corruption seek to dissuade and punish public agents who act in a corrupt manner, adopting instruments or mechanisms to protect administrative probity. In spite of the institutionalization of anti-corruption instruments in the normative system, the way in which the State organizes itself politically and how the public organs of repression articulate can be decisive for its effectiveness. Based on neo-republicanism, this article intends to verify if the political-administrative design of the Brazilian State favors the full effectiveness of the anti-corruption instruments and, if so, how they can be employed for the development and promotion of a governance of public ethics.

KEYWORDS: Corruption. New Republicanism. Brazil. Governance. Public Ethics.

INTRODUÇÃO

A prática da corrupção no exercício da função pública, entendida como a ação ou omissão pelo agente público do poder que a lei lhe outorgou em busca da obtenção de uma vantagem indevida para si ou para terceiros, possui múltiplas causas e vem sendo tratada por diversos campos do conhecimento (Ciência Política, Direito, Antropologia, História, Economia) e sob a égide de distintas abordagens teóricas (utilitarismo clássico, teorias da escolha racional, cultura política).[2]

Independentemente de suas causas, a corrupção administrativa tem profundas raízes históricas no Brasil,[3] podendo ser considerada um dos principais motivos de degradação social, política e econômica do país.[4]

No Estado Democrático de Direito, os instrumentos jurídicos de combate à corrupção administrativa buscam dissuadir e sancionar os agentes públicos que agem de forma corrupta, positivando instrumentos ou mecanismos de tutela da probidade administrativa.

No Brasil, os fundamentos do sistema jurídico de combate à corrupção administrativa podem ser encontrados na Constituição Federal de 1988, nos diversos tratados internacionais ratificados pelo país e nos diversos regimes jurídicos de responsabilização civil, penal, administrativa-disciplinar, política e de improbidade administrativa.

Inobstante a institucionalização dos instrumentos de combate à corrupção, a forma como o Estado se organiza politicamente e como os órgãos públicos de repressão se articulam pode ser determinante para a sua eficácia.

Com efeito, revela-se consolidado o entendimento de que sistemas juspolíticos estruturados em um regime democrático e participativo maximizam o controle no exercício dos poderes estatais, atendendo ao que se convencionou denominar de *accountability* vertical, dimensão ético-pragmática da ação política que complementa a já conhecida responsabilidade política.[5]

Assim sendo, e tendo como referencial teórico o neorrepublicanismo, o presente artigo pretende verificar, a partir de uma metodologia transdisciplinar,[6] se o desenho político-adminis-

2 - Tendo em vista os limites da presente análise, consulte-se, por todos, LEAL, Rogério Gesta. Os descaminhos da corrupção e seus impactos sociais e institucionais – Causas, consequências e tratamentos. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 14, n. 74, p. 31-57, jul./ago. 2012.

3 - Sobre o fenômeno sociológico da corrupção na formação histórica e cultural do Brasil, consulte-se, por todos, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016 e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder. Formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo; Publifolha, 2000.

4 - De acordo com estudo de 2010 realizado pela Fiesp - Federação das Indústrias de São Paulo, as perdas econômicas e sociais do Brasil com a corrupção foram estimadas em R$ 69,1 bilhões (valores de 2008), correspondentes a 2,3% do PIB. In: *Relatório Corrupção:* custos econômicos e propostas de combate. Março de 2010. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/aquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 25 jun. 2019.

5 - Sobre o caráter democrático de um regime político ancorado na contestação pública e direito de participação, consulte-se, por todos, DAHL, Robert. *Poliarquia:* participação e oposição. Tradução de Celso Mauro Paciornik. São Paulo: Edusp, 2005.

6 - Como bem observado por Newton Bignotto, o aspecto metodológico no tratamento do resgate da tradição republicana deve ser, em essencial, transdisciplinar, em oposição a um método interdisciplinar ou mesmo multidisciplinar. O estudo do tema implica demonstrar tanto a pertinência do procedimento no campo teórico, no momento atual, quanto sua relevância para uma pesquisa que tem a realidade brasileira como referência. Assim sendo, o retorno a uma dada tradição do pensamento político é uma forma eficiente de abordar temas contemporâneos de filosofia e teoria política, de uma perspectiva transdisciplinar. Em outras palavras, a coerência desse procedimento resulta no abandono dos caminhos estreitos das disciplinas para buscar, no campo alargado da transdisciplinariedade, o lugar de construção de um saber adaptado aos nossos problemas e a complexidade de nosso objeto. Com isso, podemos nos beneficiar do retorno ao republicanismo para enfrentar os desafios postos por nossa realidade. Cf. *Aspectos metodológicos do tratamento da questão republicana.* In DOMINGUES, I. (org.). Conhecimento e Transdisciplinariedade II. Aspectos Metodológicos. São Paulo: Humanitas, p. 345-359, 2005.

trativo do Estado brasileiro favorece a plena eficácia dos instrumentos de combate à corrupção e, em caso positivo, como eles poderão ser empregados para a elaboração e promoção de uma governança da ética pública.

1. AS BASES TEÓRICAS DO NEORREPUBLICANISMO

O conceito de república não é unívoco e tem sido empregado no pensamento e na análise política para se referir a diferentes questões. Em linhas gerais, duas acepções são empregadas: de um lado, a de uma forma de governo instituída pela vontade da comunidade política, o que, no caso das experiências contemporâneas, se contrapõe aos governos monárquicos e se aproxima dos regimes democráticos; a segunda acepção é a de uma forma de vida política fundada na primazia do interesse comum, o que requer o engajamento da comunidade na condução da coisa pública e se faz expressar de maneira especial nos princípios, nas práticas e nos procedimentos que conformam as instituições políticas.[7]

A expressão neorrepublicanismo nasceu no contexto acadêmico anglo-saxão por oposição à tradição republicana francesa e pretende designar uma ampla corrente doutrinária, que inclui autores de várias ciências e saberes. A história, a filosofia política ou o direito, por exemplo, representam perspectivas diferentes do neorrepublicanismo, suscitando também problemas diversos e abordagens distintas. Contudo, deve-se aos historiadores Hans Baron,[8] J. G. A. Pocock[9] e a Quentin Skinner[10] a contribuição para o fornecimento de um ponto de ligação entre o humanismo cívico italiano e o republicanismo contemporâneo, bem como a recuperação do pensamento republicano de Maquiavel e o relato do seu desenvolvimento até às origens da Revolução Americana.[11]

Na filosofia política, a história do neorrepublicanismo não é linear e coerente. Segundo Ricardo Leite Pinto,[12] muitos autores invocam valores republicanos, mas nem todos se intitulam republicanos (Habermas).[13] Alguns outros reclamam a conciliação do liberalismo e do re-

7 - MAIA, A. C. Republicanismo e vida política contemporânea: algumas reflexões. In: YUNES, E.; BAZILLIO, L. *A Chaga da Corrupção*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio, p. 89-90, 2005.

8 - BARON, Hans. *The crisis of the early Italian Renaissance*. Princeton: Princeton University Press, 1966.

9 - POCOCK, J.G.A. *The Machiavellian Moment:* Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition. Princeton: Princeton University Press, 1975.

10 - SKINNER, Quentin *The Foundation of Modern Political Thought*. Cambridge: Cambridge University Press, 1978. Esta obra seminal do autor possui uma tradução para o português realizada por Renato Janine Ribeiro e Laura Teixeira Motta. *As fundações do pensamento político moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

11 - No Brasil, as principais referências sobre o tema podem ser encontradas em BIGNOTTO, N. (Org.). *Pensar a República*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2000 e *Origens do republicanismo moderno*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2001; CARDOSO, S. (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2004; OLIVEIRA, M. A. C. de. *Direito, Política e Filosofia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

12 - PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. *Análise Social*, XXXVI (158-159), p. 468, 2001.

13 - Habermas concebe o republicanismo na formação democrática da vontade comum pela autocompreensão ética (autoentendimento político-ético) reconhecido pelos cidadãos porque enraizado de modo duradouro e livre nos seus motivos e sentimentos. Nesse modelo, a deliberação - cerne dessa auto compreensão - pode apoiar-se em um consenso de fundo baseado no fato de que os cidadãos partilham de uma mesma cultura. Esse consenso renova-se na rememoração ritual do ato da fundação republicana. Habermas toma na teoria do discurso elementos liberais (política deliberativa por compromissos entre interesses) e republicanos, e os integra na sua concepção de um procedimento ideal de deliberação e tomada de decisões. Cf. A inclusão do outro. *Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, p. 277-292, 2002.

publicanismo (Dagger, Terchek). Outros ainda escolhem alguns princípios do humanismo cívico ou do republicanismo clássico (Michelman, Llano).[14] Há mesmo quem não se identifique com o republicanismo, mas se veja assim rotulado, como é o caso de Dworkin. E há também a reivindicação comunitária, que recupera valores republicanos, mas que se pretende colocar em um campo autônomo do ponto de vista teórico e filosófico (Charles Taylor[15] e Michael Walzer[16]).

O que é comum aos vários autores que, direta ou indiretamente, reconhecem valores republicanos é justamente a utilização de teorias políticas do passado ou de conceitos políticos históricos para iluminar argumentos políticos e filosóficos atuais. Trata-se de recuperar noções como virtude cívica,[17] bem comum, espaço público, participação política, razão dialógica, soberania popular, cidadania, bom governo, entre outras, pertencentes à gramática da *res publica* e o seu originário conceito romano (coisa pública), como algo que liga uma dada comunidade. Tais autores pretendem, em última instância, regenerar a política mediante sua vinculação à ética; conectar os cidadãos com a esfera pública da política sem assumir uma identidade moral coletiva; reduzir a distância entre representantes e representados; estabelecer um novo desenho institucional e ativar os atores sociais para comprometerem-se e participarem da política com virtudes cívicas.[18]

No campo do direito, especialmente para os juristas norte-americanos que primeiro fizeram uso das investigações históricas republicanas, há uma ênfase particular na definição do bem comum pela via do diálogo que pressupõe o valor da virtude cívica. A qualidade republicana da democracia poderia ser aferida pela amplitude, profundidade e universalidade do diálogo entre os membros da comunidade, em momento anterior à deliberação democrática. A república seria, assim, uma "república de razões" que conformam a deliberação e lhe dão sentido.

14 - No seio do republicanismo, há uma corrente conservadora e aristocrática (Aristóteles, Guicciardini, os Ottimati da Florença renascentista e, nos Estados Unidos, John Adams) que procura criar uma estrutura constitucional que contenha, de forma considerável, os impulsos da participação popular. Para essa corrente, o povo não foi feito para governar, mas para eleger os governantes competentes, que governarão no interesse de todos, em função do bem comum. O republicanismo compreende, também, uma corrente democrática (Maquiavel, os Whigs radicais do século XVIII e Thomas Jefferson). Aqui, não se trata mais de equilibrar os interesses representados pelas diferentes classes e de defender o governo misto, porém, muito mais, de retomar a ideia de divisão de poderes, tão cara a Montesquieu. Ou, mais precisamente, de assegurar, a todos, poder de contestação e participação. Há também uma distinção entre o "republicanismo clássico" e o "humanismo cívico". Este último tende a considerar que o engajamento político corresponde a uma concepção do bem ou encerra, em si mesmo, um valor moral. Sob esse ponto de vista, o humanismo cívico aproxima-se do comunitarismo. Por outro lado, a posição republicana clássica situa-se na tênue fronteira que separa, de um lado, o humanismo cívico, e do outro, a ideia de que a participação política é um objetivo importante, porém, nada mais representa que uma concepção da vida realmente boa, entre outras (Rawls). Cf. BERTEN, A. Republicanismo e Motivação Política. In: MERLE, J. e MOREIRA, L. (org.) *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, p. 21-22 e 27, 2003. Sobre o legado do republicanismo aristocrático, consulte-se CONILL, J. La Tradición del Republicanismo Aristocrático. In: CONILL, J. e CROCKER, D. A. (editores). *Republicanismo y Educación* Cívica. Granada: Colmares, 2003.

15 - TAYLOR, Charles. *El Multiculturalismo y la Política del Reconocimiento*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

16 - WALZER, Michael. *Esferas da Justiça*. Uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

17 - Nas palavras de Maurizio Viroli, a noção de virtude cívica dos republicanos compreende o desejo de homens e mulheres de viver com dignidade e, porque sabem que não podem viver com dignidade em uma comunidade corrupta, fazem o que podem, quando podem, para servir à liberdade comum. A motivação vem de um senso moral e, mais precisamente, do desprezo às prevaricações, às discriminações, à corrupção, à arrogância e à vulgaridade; em outros, prevalece um desejo estético de decência e decoro; outros ainda são mobilizados por interesses legítimos: desejam estradas seguras, parques agradáveis e bem conservados, monumentos respeitados, escolas sérias, hospitais de verdade. Em muitos casos, estes motivos trabalham juntos, e um reforça o outro. São os cidadãos que tem o senso de responsabilidade civil e que só fizeram bem à comunidade e a si próprios. Para o mesmo autor, a noção de bem comum não é nem o bem (ou o interesse) de todos, nem um bem (ou um interesse) que transcende os interesses particulares, mas sim o bem dos cidadãos que desejam viver livres da dependência pessoal, e, como tal, é um bem oposto ao bem de quem deseja dominar. Cf. *Diálogo em torno da república:* os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, p. 16-18 e 48, 2002.

18 - ARIZA, S. S. La Recuperanción de la Política. Algunas reflexiones sobre el republicanismo. In: FIGUEROA, A. G. (coord.). *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 190, 2006.

Outro objeto de análise dos juristas republicanos norte-americanos é a tentativa de superação da dicotomia entre a Constituição e a democracia ("paradoxo contramajoritário"). Esse problema reside na circunstância de a Constituição proclamar a soberania popular, mas ao mesmo tempo estabelecer limites (direitos) e um mecanismo (*judicial review*) que pode obstar a afirmação daquela soberania popular em um dado momento histórico. O paradoxo transferiu-se mais recentemente para a crítica ao papel da Suprema Corte como órgão de controle da constitucionalidade das leis aprovadas pelo Congresso. Os republicanos sustentam que a democracia e a Constituição não são incompatíveis e não se excluem, procurando, assim, eliminar o paradoxo contramajoritário. Para esses juristas, é a Constituição que sustenta a comunidade política, promovendo a participação, a emancipação e a comunidade. O fórum do diálogo republicano é a Constituição. Assim, sem rejeitar os postulados liberais, na forma como dão relevância aos direitos fundamentais, especialmente aos direitos de participação política, o republicanismo constitucional dá ênfase, por meio de uma sofisticada reinterpretação da tradição republicana, à autenticidade, à isenção e à diversidade do diálogo constitucional.[19]

Daí se falar de um novo republicanismo (neorrepublicanismo) para denotar um despertar dessa tradição republicana, tematizar as relações sociais nos diferentes contextos de interação política e densificar os interesses públicos, como também para abordar a questão do desempenho e do aprimoramento do Estado e das instituições democráticas.

Segundo Patrick Savidan, o importante reconhecimento atual dessa escola do pensamento se explica tanto pelo seu caráter filológico quanto pela amplitude, seriedade e rigor das análises realizadas. Para o autor, o resgate do paradigma republicano é, depois dos trabalhos de John Rawls, um dos acontecimentos teóricos mais importantes ocorridos no domínio da filosofia política. O paradigma republicano possui atualmente um valor teórico e prático inestimável, capaz de empreender uma problematização fecunda dos princípios da modernidade liberal.[20]

Para os propósitos do presente artigo, serão destacadas as contribuições de Philip Pettit, filósofo e teórico político irlandês, radicado na Austrália, considerado um dos principais responsáveis pelo resgate da tradição republicana. O autor propõe nas suas principais obras,[21] como elemento organizador do neorrepublicanismo, a ideia de liberdade como não dominação, exigindo um Estado constitucional forte, de variante deliberativa, no qual as instituições, mais do que garantidoras da liberdade, são, elas próprias, constitutivas dessa liberdade.

1.1 Constitucionalismo e Não Manipulabilidade do Poder

Segundo o paradigma neorrepublicano, os instrumentos empregados pelo Estado no exercício do poder devem ser, na medida do possível, não manipuláveis. Isso significa dizer que

19 - PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. *Análise Social*, XXXVI, p. 474, 2001.

20 - CONILL, J.; CROCKER, D. A. (editores). *Republicanismo y Educación* Cívica. Granada: Colmares, p. 150-151, 2003.

21 - O original, em inglês, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government.* Oxford: University Press, 1997, e a edição, em espanhol, *Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno.* Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, 1999. Há uma tradução para português do artigo do autor intitulado *Democracy and Contestability*, publicado no livro *Direito e Legitimidade*, organizado por Jean-Christophe Merle e Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2003.

devem ser desenhados para a promoção de certos bens públicos e têm que ser relutantes ao seu emprego arbitrário, ou seja, nenhum indivíduo ou grupo deveria poder decidir discricionariamente o modo de usar esses instrumentos.

Em qualquer cenário possível, tendo em vista as realidades empíricas, haverá três condições genéricas que deverão ser satisfeitas para que um sistema seja considerado não manipulável: a) que esteja constituído sobre o império da lei; b) que disperse os poderes legais entre diferentes partes; c) que faça a lei relativamente resistente à vontade da maioria (contramajoritária).

A condição do império da lei traz consigo o requisito de que o Estado atue por meio de leis gerais, irretroativas, adequadamente promulgadas. Com isso, fica restringida a possibilidade de atuação de agentes públicos motivados por interesses pessoais ou escusos.

Tal concepção não significa negar o exercício do poder discricionário aos agentes públicos e, por isso mesmo, frustrar toda possibilidade de que as decisões governamentais se conformem às exigências dos casos particulares. Obviamente, tal negativa impediria a capacidade do governo para promover os objetivos republicanos. A forma de controlar a arbitrariedade no exercício desse poder discricionário seria fazer vincular medidas adicionais, como, por exemplo, as medidas de contestabilidade da tomada de decisão, que serão analisadas a seguir.

A condição da dispersão do poder resulta essencial para evitar que as autoridades adquiram poderes arbitrários. A condição serve também para aumentar a probabilidade de as autoridades seguirem motivações legais e legítimas, desempenhando suas funções com a devida consideração aos interesses públicos, tendo em vista a possibilidade de controle recíproco, segundo a taxinomia clássica da separação de poderes.

Mas não é só. A dispersão do poder tem que vir em apoio também de outras medidas distintas como, por exemplo, o sistema bicameral do parlamento; a descentralização territorial no sistema federal; a regionalização dos Estados que transferem o poder para organismos internacionais.[22]

Contudo, Pettit reconhece que, no contexto do desenvolvimento do Estado moderno, não é possível uma separação exata dos poderes, sendo inevitável, por exemplo, que, ao interpretar a lei, o Poder Judiciário se arrogue certo grau de poder legislativo.[23]

Por último, a condição contramajoritária serve para prevenir a influência de interesses escusos, em particular os majoritários, que podem estar representados no Estado. Significa dizer que as opções majoritárias dissociadas do interesse público ficam excluídas, na medida em que devem seguir procedimentos mais restritos e exigentes para a modificação das leis.

O argumento republicano a favor dessa condição é o de que as maiorias se formam com facilidade, permitindo aos agentes majoritários exercerem um poder arbitrário, a não ser que se res-

22 - Cf. PETTIT, Philip. *Republicanismo. Uma teoria sobre la libertad y el gobierno.* Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, p. 234, 1999.

23 - Sobre a problemática da judicialização da política, consulte-se, por todos, MACIEL, D. A. e KOERNER, A. Sentidos da Judicialização da política: duas análises. *Revista Lua Nova*, n. 57, 2002; CARVALHO, E. R. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política, Curitiba*, n. 23, p. 115-126, nov. 2004; CASTRO, M. F. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 12, n. 34, jul. 1997; VIANNA, L. W. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil.* Rio de Janeiro: Revan, 1999.

trinja sua vontade. Nessas condições, o neorrepublicanismo tende a apoiar as medidas contramajoritárias defendidas pelo republicanismo clássico: a divisão bicameral do parlamento; o reconhecimento de restrições constitucionais postas às leis e a introdução de uma carta de direitos fundamentais.

Por outro lado, a condição contramajoritária exige uma jurisprudência que, à margem do critério alternativo de apoio majoritário, sirva para declarar a validade ou invalidade das leis sob a perspectiva republicana. Para o neorrepublicanismo, esse critério de qualificação é o da liberdade como não dominação.

É de se notar que essa concepção de liberdade como não dominação, tipicamente republicana, não seria apenas um meio termo entre a dicotomia corrente da liberdade positiva (liberdade dos antigos), aquela concebida como autogoverno e controle do agente sobre si próprio, e a negativa (liberdade dos modernos), concebida como não interferência alheia. Muito menos se trata de liberalismo, comunitarismo ou humanismo cívico. A liberdade como não dominação provém da antiga tradição segundo a qual ser livre significa não estar sob o domínio de outrem; deve ser vista como um ideal qualitativamente distinto de sociedade.

Segundo Maurizio Viroli,[24] o republicanismo sustenta que, para realizar a liberdade política, é preciso opor-se à interferência e à coerção em sentido próprio, quanto à dependência da vontade arbitrária de outros indivíduos, pela razão de que a condição de dependência é um constrangimento da vontade e, portanto, uma violação da liberdade. Segundo o autor italiano, isso significa que quem ama a verdadeira liberdade do indivíduo não pode deixar de ser liberal, mas não pode ser apenas liberal, devendo também estar disposto a apoiar programas políticos que objetivem reduzir os poderes arbitrários que impõem a muitos homens e mulheres uma vida em condição de dependência.[25]

Em síntese, para promover a liberdade como não dominação, o Estado republicano necessita de um sistema de governo que satisfaça as condições constitucionais acima descritas, sob pena de o governo se tornar facilmente manipulável por vontades arbitrárias.

1.2 Contestabilidade do Poder

Na teoria neorrepublicana, a promoção da liberdade como não dominação exige o estabelecimento de um mecanismo para garantir que a tomada de decisão pública (seja no Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário) atenda aos interesses e às interpretações dos cidadãos por ela afetados, de tal modo que possa haver identificação entre os interesses da decisão e os dos ci-

24 - VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da República:* os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, p. 120-121, 2002.

25 - Cabe destacar que Viroli defende a noção de republicanismo patriótico, distinguindo essa noção da de nacionalismo, como forma de incitar os cidadãos a se dedicarem à sua comunidade política. A motivação política é um sentimento republicano de obrigação para com a pátria como obrigação de proteger a liberdade comum dos cidadãos. Com o mesmo objetivo, Habermas propõe um novo modelo que denomina de patriotismo constitucional, pós-convencional, voltado para os princípios de uma constituição democrática, presentes na cultura política constitutiva da nova identidade coletiva, já agora não mais formada em torno de uma etnicidade. Cf. O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *Revista Novos Estudos*, n. 43, São Paulo: CEBRAP, p. 93-96, 1995. Sobre a noção de patriotismo constitucional, *consulte-se, por todos*, MATUSTIK, Martin Beck. *Jürgen Habermas:* a philosophical-political profile. New York: Rowan and Littlefeld Publishers, 2001; CRONIN, Ciaran. Democracy and the colletive identity: in defense of constitutional patriotism. *European Journal of Philosophy*, London: Blackwell Publishing, v. 11, n. 01, April, 2003; MICHELMAN, Frank. Morality, identity and constitutional patriotism. *Ratio Juris*, v. 14, n. 3, September, 2001; MAIA, Antonio Cavalcanti. *Jürgen Habermas:* filósofo do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

dadãos. Em outras palavras, a tomada de decisão tem que considerar as inquietudes e o modo de pensar dos cidadãos destinatários do ato.[26]

Para que ocorra essa identificação da ação estatal com os interesses dos cidadãos, não basta o puro e simples consentimento, seja individual ou coletivo, implícito ou explícito. A não arbitrariedade requer não tanto o consentimento dos cidadãos, mas a contestabilidade efetiva sobre as decisões governamentais. Ou seja, se o Estado pratica um ato de restrição ou interferência na liberdade do cidadão, este deve ser capaz de contestar e criticar essa interferência sempre que ela não corresponda aos seus interesses e interpretações. O caráter não arbitrário das ações estatais decorre dessa condição e não apenas do fato de tais ações resultarem de algum processo formal de consentimento.

Nesses termos, o que Pettit propõe com a contestabilidade é a adoção de um determinado perfil democrático para as ações estatais, de menos consenso e mais dissenso. Um perfil que pode ser identificado com o de uma "democracia de dissenso",[27] uma democracia que segue pautas deliberativas da tomada de decisão, que inclua as principais vozes da diversidade presente na comunidade e que responda satisfatoriamente às contestações apresentadas. A democracia de dissenso é, substancialmente, um processo de contestação, e não um processo que passe necessariamente por uma tomada de decisão majoritária.

Assim sendo, para que a tomada de decisão estatal seja contestável, especialmente aquelas fundadas em prerrogativas discricionárias, pelo menos três condições, simultâneas e complementares, devem ser satisfeitas. A primeira é que a tomada de decisão se conduza de tal modo que haja uma base potencial para a contestação (república deliberativa). A segunda é que exista um canal ou uma voz a partir dos quais possa ser motivada a contestação (república inclusiva). E a terceira é que exista um espaço adequado para a contestação se fazer audível, um espaço no qual se possa estimar a validade das exigências e determinar as respostas adequadas (república responsiva).

1.2.1 Uma Base para a Contestação: A República Deliberativa

De acordo com a teoria neorrepublicana, para que a tomada de decisão pública possa permitir uma base de contestação, é necessário que seja baseada não apenas na negociação, em que os diferentes grupos de interesse procuram buscar acordo comumente benéfico com a menor concessão possível, mas, especialmente, no debate, de modo que as diversas partes escolham que ordenamento responde melhor às considerações que todos podem reconhecer como relevantes, sendo que uma dessas considerações é que deveria resultar em acordo.[28]

26 - PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government.* Oxford: University Press, p. 184, 1997.

27 - Importante ressaltar que essa expressão "democracia de dissenso" não está indicada expressamente na obra do autor, mas decorre da argumentação que o ele faz sobre as condições de contestabilidade da ação estatal.

28 - Na tomada de decisão baseada na negociação, as pessoas participam com interesses e interpretações predefinidos e forçam um acordo fazendo-se mútuas concessões. Na tomada de decisões baseada no debate, as pessoas partem do comum reconhecimento da relevância de certas considerações e se movem no sentido de um resultado acordado, interrogando-se mutuamente sobre a natureza e o alcance dessas considerações e convergindo em uma resposta à questão de qual decisão é garantida pelas considerações. Na tomada de decisões baseada na negociação, as preferências estão dadas; na tomada de decisões baseada no debate, as preferências se formam. Cf. PETTIT, Philip. *Republicanismo. Una teoria sobre la libertad y el gobierno.* Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, p. 244-245, 1999.

Dessa forma, o atrativo das contestações surgidas do debate é que estas estão abertas a todos os que consigam arguir plausivelmente contra as decisões públicas. A princípio, não necessitam ter um poder de peso ou particularmente grande para serem capazes de colocar razoavelmente uma decisão fundamentada.

O significado da tomada de decisão pública baseada no debate seria que, em qualquer contexto em que proferida – Legislativo, Executivo ou Judiciário –, existiriam procedimentos para identificar as considerações relevantes para a decisão, possibilitando assim que os cidadãos manifestassem opiniões sobre o apropriado dessas considerações. E significaria ainda a existência de procedimentos que permitiriam aos cidadãos formular um juízo sobre a real determinação do resultado pelas considerações relevantes: as decisões teriam que ser construídas com transparência, com votação, com liberdade de informação, etc.

Assim sendo, sob a ótica neorrepublicana, as considerações relevantes tomadas com base no debate deverão ter um formato imparcial, de modo que não privilegiem um setor de opinião ou interesse em detrimento de outros. Em qualquer caso, exigir-se-á das autoridades que decidam baseando-se em considerações adequadas e que deixem claramente motivadas as questões pelas quais se guiaram.

Trata-se, portanto, de um ideal que remete a um processo deliberativo de tomada de decisão muito próximo de um republicanismo tradicional ("república das razões") que Cass Sustein remeteu aos *American founders*, e que corresponde a uma democracia deliberativa, vista também em Joshua Cohen e Habermas.

1.2.2 Uma Voz para a Contestação: A República Inclusiva

Para a teoria neorrepublicana, a democracia de dissenso requer um instrumento por meio do qual qualquer cidadão possa defender os seus interesses e interpretações contra qualquer tipo de ofensa ou injustiça que uma tomada pública de decisão possa acarretar. Assim, a democracia não deve ser apenas deliberativa, mas também deve ser inclusiva.[29]

No âmbito do legislativo, para que as vozes tenham crédito, têm que vir do setor representado, e não serem simplesmente ecos da simpatia despertada por esse setor. Desse modo, o grupo logrará ser representado pela presença de algum de seus membros e não pela graça dos porta-vozes parlamentares. A legislatura includente terá que incorporar, por direito próprio, todas as vozes dissonantes que podem encontrar-se na comunidade.

O requisito da inclusividade no legislativo se propagará, de acordo com as circunstâncias, em um bom número de critérios recomendáveis para a seleção e a estruturação do Poder Legisla-

29 - Na tomada de decisão baseada na negociação, as pessoas participam com interesses e interpretações predefinidos e forçam um acordo fazendo-se mútuas concessões. Na tomada de decisões baseada no debate, as pessoas partem do comum reconhecimento da relevância de certas considerações e se movem no sentido de um resultado acordado, interrogando-se mutuamente sobre a natureza e o alcance dessas considerações e convergindo em uma resposta à questão de qual decisão é garantida pelas considerações. Na tomada de decisões baseada na negociação, as preferências estão dadas; na tomada de decisões baseada no debate, as preferências se formam. Cf. PETTIT, Philip. *Republicanismo. Una teoria sobre la libertad y el gobierno.* Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, p. 248, 1999.

tivo do Estado republicano. A maneira óbvia de selecionar os membros do legislativo é o sufrágio direto. Todavia, um modo de eleição que somente reflita circunstâncias regionais talvez não garanta que se dê a grupos significativamente diferentes uma voz própria. Uma vez que existe um sistema bicameral, poderia ser conveniente dispor de métodos distintos de sufrágio para as duas casas legislativas. Se há problemas com a eleição de mulheres, não seria má ideia exigir de cada partido a confecção de listas com percentuais mínimos de mulheres, assim como para a população indígena, etc.

No âmbito do Executivo e do Judiciário do Estado republicano, no qual a questão das eleições para o cargo reflete uma importância menor, poderia ser utilizado como critério para garantir a inclusividade nesses poderes, ainda que este não seja o mais importante, um certo número estatístico dos principais grupos interessados, como, por exemplo, a representação variada de distintos padrões culturais comunitários no corpo de jurados, que inclua tanto aqueles compartilhados com o acusado como os que não são. Esse critério, segundo Pettit, pode valer para todos os órgãos que integram os poderes executivo e judicial do Estado.

Todavia, a inclusividade, ao dispor de uma voz audível, não se reduz a estar satisfatoriamente representada. Mais importante ainda, sobretudo no Executivo e no Judiciário, é que haja margem para que as pessoas e os grupos relevantes a que pertencem possam exercer a contestação perante os órgãos do poder. Em outras palavras, esses atores têm que ser capazes de reclamar e de apelar; têm que ser capazes de apresentar uma injustiça e de pedir reparação, por meio de canais e ferramentas variadas, tais como o direito de petição aos órgãos públicos, a habilitação aos meios de acesso à justiça, a participação da sociedade civil organizada, dos movimentos sociais, etc.

Todavia, reconhece-se que o maior problema para fazer com que um sistema democrático de governo seja inclusivo está no fato de que os políticos necessitam de recursos para ganhar as eleições e que os partidos sejam obrigados a depender de determinados indivíduos e empresas para financiar suas atividades.[30] Essa dependência obriga os políticos a darem demasiada atenção aos interesses de seus beneficiários, o que significa que o parlamento e o governo tenderiam a deixar de ser substancialmente inclusivos. Para resolver esse problema, deve-se separar efetivamente o mundo do governo e o mundo dos negócios, o que leva à discussão sobre o financiamento privado e público de campanhas e o modo pelo qual se organiza o sistema eleitoral do Estado.

1.2.3 Um Espaço para a Contestação: A República Responsiva

A terceira condição a ser cumprida pela vida política para realizar a democracia de dissenso e a contestabilidade do poder é assegurar às pessoas não apenas uma base e uma voz para a contestação, mas também um espaço no qual as suas reclamações e contestações tenham a audiência apropriada. A vida política deve ser deliberativa e inclusiva desde logo, mas também responsiva.

30 - O poder dos lobbies em democracias liberais é muito bem analisado por Domenico Losurdo, quando estuda o que denomina de bonapartismo soft, movimento triunfante no final do século XX. Para Losurdo, o bonapartismo soft se configura como um regime não só em virtude da sucessão ordenada e indolor de um líder para outro, mas também pelo fato de que a competição se desenvolve com base numa plataforma substancialmente unitária e comum aos diversos candidatos que concorrem ao cargo de guia e intérprete supremo da nação. É o que se verifica, em particular, nos Estados Unidos da América. Cf. LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo:* triunfo e decadência do sufrágio universal. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/UNESP, p. 307-311, 2004.

Essa terceira condição suscita duas questões óbvias: primeiro, quais procedimentos são suficientes para garantir que as contestações recebam uma audiência adequada? Em segundo lugar, quais resultados podem satisfazer tais contestações?

No primeiro caso, para além da formação de coalizões em torno de grupos com o fim de assegurar a audiência, as contestações e as críticas. O que exige uma democracia de dissenso é que as reclamações sejam "despolitizadas", e sua audiência, apartada do tumulto da discussão popular informal. O que aqui exige a democracia de dissenso é o recurso à tranquilidade e à serenidade, por exemplo, das comissões parlamentares multipartidárias, dos tribunais de arbitragem ou dos órgãos autônomos e profissionais.

A segunda questão se relaciona com os tipos de resultados que devem alcançar essas audiências para obtenção de uma resposta satisfatória, isto é, para assegurar que o Estado não domine as partes que contestam as suas decisões.

Nesse caso, Pettit sustenta a necessidade de que a decisão seja tomada de acordo com procedimentos adequados e que seja motivada por um interesse que o contestante compartilhe com outros. Ou seja, a parte vencida não pode ver a decisão como um exemplo de dominação por parte do Estado ou de outros grupos. Em assim sendo, resulta perfeitamente possível que uma parte contestante não perca a confiança de seguir desfrutando a liberdade como não dominação pelo simples fato de que a decisão final lhe seja adversa.[31]

Desse modo, em qualquer sociedade republicana, tem que haver espaço para indivíduos e grupos dissidentes radicais poderem exigir da lei um tratamento especial, motivado na objeção procedimental de consciência, sem aspirar a benefícios exploradores, como tem acontecido, por exemplo, com o tratamento jurídico dado aos povos indígenas pós-coloniais, aos grupos religiosos, ao serviço militar obrigatório, etc.

Em suma, a contestabilidade da tomada pública de decisão, materializando-se de forma deliberativa, inclusiva e responsiva, exerce um papel fundamental na legitimação do Estado republicano.

2. OS INSTRUMENTOS DE COMBATE À CORRUPÇÃO SOB A PERSPECTIVA DO NEORREPUBLICANISMO E A GOVERNANÇA DA ÉTICA PÚBLICA

A teoria neorrepublicana, centrada nas restrições constitucionais e democráticas de não manipulabilidade do poder e contestabilidade da tomada pública de decisão, oferece critérios objetivos e um modelo bem definido para a análise da organização político-administrativa do Estado brasileiro, com vistas à prevenção e repressão dos atos de corrupção administrativa.

Nesses termos, é preciso verificar como foram positivados e articulados na Constituição Federal de 1988 e na legislação especial os instrumentos e os órgãos da Administração Federal de combate à corrupção administrativa, para, então, aplicando o modelo neorrepublicano de Estado,

31 - PETTIT, Philip. *Republicanismo. Una teoria sobre la libertad y el gobierno.* Tradução de Toni Domènech. Buenos Aires: Paidós, p. 257-258, 1999.

avaliar se esses instrumentos são eficazes, bem como estabelecer alguns parâmetros iniciais de institucionalização de uma governança da ética pública.

2.1 O Sistema Jurídico e os Órgãos Federais de Combate à Corrupção

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, de matriz principiológica ou pós-positivista,[32] consagrou-se o Estado Democrático de Direito, incorporando-se, por meio da cidadania e do princípio da dignidade da pessoa humana, opções valorativas e compromissos políticos não discriminatórios. Nesse processo evolutivo do constitucionalismo moderno, os princípios jurídicos adquiriram hegemonia axiológica e força normativa, identificando-se com a ideia de reserva de justiça.[33]

Ao consagrar o princípio democrático, a Constituição Federal vincula o poder do Estado de tal modo que sua organização e seu exercício devem sempre derivar da vontade do povo. Segundo Böckenförde, o conteúdo da democracia como princípio de organização da titularidade e exercício do poder do Estado é determinado de forma mais concreta por meio de uma pluralidade de enunciados fundamentais que aparecem como características estruturais da democracia: o povo como titular do poder do Estado; autogoverno e autodeterminação dos indivíduos e do povo; igualdade dos direitos políticos de participação e exigência de decisões majoritárias qualificadas para proteção das minorias; além de pressupostos específicos de natureza sociocultural, político-estruturais e éticos.[34]

Todavia, o caráter representativo da democracia traz consigo alguns problemas que, segundo Marcos Augusto Perez, podem ser assim resumidos:

> (1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização da política; (3) desinteresse dos eleitores pela participação política; (4) incapacidade dos parlamentares para identificar e resolver os complexos problemas inerentes à atuação estatal no domínio social e econômico; (5) falta de educação política dos eleitores, levando-os a optar mais emotiva do que racionalmente, no momento de escolha dos governantes; (6) dificuldade de contenção do abuso do poder econômico nas eleições; (7) influência nociva dos meios de comunicação de massas; (8) personalização excessiva do processo eleitoral; (10) concentração de poderes nas mãos da burocracia do Executivo; (11) cerceamento do debate parlamentar mediante a edição de atos normativos com força de lei pelo Executivo.[35]

32 - Luís Roberto Barroso assevera, a respeito do pós-positivismo, que se trata de um esforço de superação do legalismo estrito, característico do positivismo normativista, sem recorrer às categorias metafísicas do jusnaturalismo. Nesse esforço, segundo o mesmo publicista, incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana, reaproximando, dessa forma, o Direito e a Ética. Cf. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, prefácio.

33 - Consulte-se, por todos, HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição.* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

34 - BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia.* Madrid: Trotta, p. 53, 2000.

35 - PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática.* Belo Horizonte: Fórum, p. 31, 2004.

Diante desses fatores, a democracia representativa entra em crise, pois se revela insuficiente como instrumento de legitimação do poder político. Busca-se então uma democracia participativa, semidireta ou substancial. A democracia participativa surge como uma forma de reforçar o controle social (*accountability*) sobre a atuação estatal e torná-la associada ao papel de efetividade dos direitos fundamentais, objetivos do Estado de Direito em sua acepção material.

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> A realização da democracia material se suporta na participação política, aberta aos cidadãos ou a quaisquer pessoas físicas ou jurídicas em todos os Poderes e órgãos constitucionalmente autônomos do Estado para que tenham acesso à informação, para que sejam admitidos a manifestar sua opinião e influir na formulação de políticas públicas, para que possam, em alguns casos, co-participar das decisões e, por último, mas não menos importante, para que estejam legitimados para deflagrar os instrumentos de controle da legalidade, de legitimidade e de licitude para tanto dispostos na ordem jurídica vigente.[36]

É certo que o direito de participação política, tal como concebido na teoria democrática, pressupõe a sua institucionalização nas três funções estatais.

A participação na função legislativa é a mais antiga e, sem dúvida, a de maior importância, pois diz respeito à consentaneidade política das escolhas normativas fundamentais, isto é, à legitimidade finalística na norma legal. Formalmente, dá-se pela representação política e pela participação semidireta (plebiscito, referendo, iniciativa popular e *recall*). Informalmente, pelos canais de publicidade e diversas modalidades de influência, inclusive pelo *lobby* parlamentar.

A Constituição Federal de 1988 prevê no art. 14 quatro modalidades de participação popular na função legislativa mediante sufrágio universal: o voto direto e secreto; o plebiscito; o referendo e a iniciativa popular de lei.

A participação na função administrativa, já mais recente, é modalidade em rápida expansão, apresentando formas diversificadas. Essa modalidade de participação vem sendo desenvolvida em vários países, para aproximar o administrado das decisões executivas, procurando torná-las cada vez mais legítimas. Pode ocorrer em qualquer dos campos da atividade administrativa do Estado: se externa, no exercício do poder de polícia, na prestação de serviços públicos, no ordenamento econômico, no ordenamento social e no fomento público, ou, se interna, na gestão de pessoal, bens e serviços. [37]

A Constituição Federal de 1988 adotou institutos de participação em funções específicas executadas pela Administração Pública, podendo-se citar, a título exemplificativo: art. 10 (participação dos trabalhadores e empregados nos colegiados dos órgãos públicos); art. 194, VII (organização do sistema estatal de previdência social); art. 29, X (planejamento municipal); art. 187 (planejamento da política agrícola); art. 198, III (organização do serviço público de saúde); art. 204, II (organização do serviço público de assistência social); art. 205 e 206, VI (serviço público de ensino); art. 216

36 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, Pluralidade Normativa, Democracia e Controle Social. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 109-110.

37 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito de Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 76 e 87.

§ 1º (promoção e proteção do patrimônio cultural); art. 225 (defesa do meio ambiente); art. 227 § 1º (proteção da criança e do adolescente); art. 37 § 3º (prestação do serviço público).[38]

E, por fim, a participação na função judicial enriqueceu-se na medida em que novos interesses passaram a ser considerados como dignos de tutela judicial e as acrescidas modalidades de legitimação processual multiplicaram as possibilidades de suscitar a proteção de antigos e novos interesses. Admitem-se duas modalidades básicas de participação: primeiro, a mais significativa, pelo direito de ação, em geral e em especial, nesse último caso, quando referido a finalidades metaindividuais; segundo, a participação ocasional ou permanente, em órgãos de jurisdição, podendo-se citar o instituto do *amicus curiae* (art. 7º § 2º da Lei nº 9.868/1999).[39]

Ao lado do princípio democrático, o legislador constituinte de 1988 erigiu o princípio republicano como um dos núcleos essenciais e estruturantes da Constituição e do Estado.

Por essa razão, o princípio republicano não se resume apenas à eleição dos representantes do povo, renovável periodicamente (art. 27, § 1º; 28; 29, I e II; 82), mas implica também a igualdade de acesso dos cidadãos aos cargos públicos, eletivos ou não, preenchidos os requisitos legais (arts. 14 § 3º e 37, I), além de vincular a atuação dos agentes públicos à observância dos cânones da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37), significando que devem exercer a sua função visando exclusivamente ao interesse público. Em defesa desses postulados, estabeleceu a Constituição que à prática de atos de improbidade administrativa são aplicáveis as penalidades de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento ao erário, nos termos da lei (art. 15, V e 37 § 4º).[40]

Não é por outra razão que o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput) tem primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público. Como assinala Carmem Lúcia Antunes Rocha, "a moralidade administrativa desempenha, então, um papel preponderante e diretivo na garantia dos direitos subjetivos dos administrados no exercício do poder manifestado pela função administrativa."[41]

Outrossim, os fundamentos do sistema jurídico de repressão aos atos de corrupção administrativa podem ser encontrados nos diversos tratados internacionais ratificados pelo país, tais como: Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção - Decreto 5.687/2006; Convenção Interamericana Contra a Corrupção - Decreto 4.410/2002; Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos em Transações Comerciais Internacionais - Decreto no 3.678/2000.[42]

38 - BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 152-155, 2003.

39 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 76 e 91.

40 - Cf. LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

41 - ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34 n. 136 out./dez. 1997, p. 10.

42 - Para um estudo mais detalhado dos tratados internacionais de combate à corrupção consulte-se, por todos, BONELLI, Francisco Sérgio Oto Souza. Convenções internacionais contra a corrupção e a Lei de Improbidade Administrativa. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 6, n. 16, p. 9-40, jan./abr. 2017.

Por outro lado, a partir dos anos 90, iniciou-se no Brasil um debate sobre a necessidade de uma ampla reforma do setor público e do modelo econômico intervencionista, tendo a luta contra a corrupção um dos seus discursos legitimadores, a partir de teorias, conceitos e valores em torno do *framework* do *New Public Management* (Novo Gerencialismo Público).[43] Com a edição do Programa Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/90), e, posteriormente, com a adoção do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, foram estabelecidos os objetivos e as diretrizes da reforma da administração pública brasileira.

Quanto aos instrumentos e mecanismos de combate à corrupção, o sistema jurídico os integra nos diversos regimes jurídicos de responsabilização civil, penal, administrativa-disciplinar, política e de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92 - Lei de Improbidade Administrativa e Lei nº 12.846/2013 - Lei Anticorrupção).

De igual modo, consolida-se no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de instrumentos de governança corporativa viabilizados por regras, processos e práticas que aumentam o controle e a transparência da gestão pública, com o objetivo de prevenir a ocorrência de atos de corrupção administrativa. A Lei nº 12.527/2011 - Lei de Acesso à Informação, e a Lei nº 12.813/2013 - Lei de Conflito de Interesses, se ocupam de aspectos específicos da governança, nomeadamente, *accountability*, transparência e normas de condutas incidentes sobre agentes públicos. Com a edição da Lei nº 12.8462013 - Lei Anticorrupção, e da Lei nº 13.3032016 - Lei das Estatais, normas específicas sobre a promoção da integridade (*compliance*) foram positivadas no ordenamento jurídico brasileiro. Por sua vez, o Poder Executivo federal, por meio da Instrução Normativa Conjunta CGU/MP n. 001, de 10 de maio de 2016, dispôs sobre controles internos, gestão de riscos e governança nos órgãos públicos federais.

Quanto ao aspecto orgânico do sistema jurídico de combate à corrupção, a Constituição Federal e as normas infraconstitucionais previram uma série de órgãos especializados, contando a Administração Federal com comissões de ética[44] e comissões disciplinares,[45] com a atuação da Controladoria-Geral da União - CGU,[46] do Ministério da Justiça e Segurança Pública,[47] do Departamento de Polícia Federal,[48] do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF,[49] e da Advocacia-Geral da União.[50]

43 - As principais características desse novo modelo eram: a) a passagem a um *management* profissional e a utilização de instrumentos e medidas de performance da gestão pública; b) a importação de mecanismos de *management* típicos do setor privado; c) um maior rigor na utilização eficaz e eficiente dos recursos; d) a equiparação do cidadão a cliente. Assim, a denominada Administração Pública Gerencial emergiu como resposta à crise do Estado social, especialmente na área fiscal e como instrumento de proteção do patrimônio público contra os interesses do *rent-seeking* ou da corrupção aberta. Consulte-se, por todos, POLLITT, C. and BOUCKAERT, G. *Public Management Reform - A Comparative Analysis*. Oxford University Press, 2011.

44 - Vide Decreto 1.171, de 22/06/1994, que aprova o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil do Poder Executivo Federal e Decreto 9.895, de 27/06/2019, que dispõe sobre a Comissão de Ética dos Agentes Públicos da Presidência e da Vice-Presidência da República.

45 - Vide Lei 8.112, de 11/12/1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

46 - Vide art. 51, inciso I, da Lei 13.844, de 18/06/2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

47 - Vide art. 37, inciso VIII, da Lei 13.844, de 18/06/2019, que estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios.

48 - Vide art. 144, § 1º da Constituição Federal e Lei 9.266, de 15/03/1996, que reorganiza as classes da Carreira Policial Federal, fixa a remuneração dos cargos que as integram e dá outras providências.

49 - Vide art. 14 da Lei 9.613, de 3/03/1998, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF.

50 - Vide art. 131 da Constituição Federal e Lei Complementar 73, de 10/02/1993, que institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União. Sobre a atuação da advocacia pública no combate à corrupção, consulte-se, por todos, COUTINHO, Nilton C. A. Probidade e ética na gestão pública: a Lei no 12.846/2013 e a importância do advogado público no combate à corrupção. *Fórum Administrativo – FA*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 65-70, maio 2015.

A Controladoria-Geral da União realiza o controle interno de prevenção e repressão da corrupção, por meio de auditorias e procedimentos administrativos disciplinares, fomentando a ética e a integridade. O Departamento de Polícia Federal investiga os crimes dos quais a Controladoria-Geral da União identifica indícios. O Conselho de Controle de Atividades Financeiras repassa rotineiramente informações de operações suspeitas que envolvam agentes públicos e políticos para a Controladoria-Geral da União. Por sua vez, a Advocacia-Geral da União inicia ações de improbidade administrativa de acordo com informações providas pela Controladoria-Geral da União. Todos esses órgãos compartilham conhecimento técnico e informações sobre condutas tipificadas como de corrupção ou improbidade.

Assim sendo, com a confluência dos postulados democráticos e republicanos, e também com a positivação de princípios, regras, mecanismos e órgãos com competências específicas para investigação dos atos de corrupção administrativa, o Estado brasileiro consagra os valores neorrepublicanos e estabelece a ética pública como um dos seus deveres máximos.

Porém, como adverte Luis Federico Arias, o Direito, por si só, não é capaz de alterar a conduta dos agentes públicos. Ademais, não tem-se revelado eficaz solucionar esse problema com remissão a outra normatividade - de natureza ética -, uma vez que não existem razões para se supor que esta será cumprida com o descumprimento da primeira.[51]

Desse modo, admitindo-se o fracasso do sistema normativo (jurídico e ético), deve-se buscar mecanismos que assegurem uma maior governança para o combate à corrupção, tendo como paradigmas os valores e os postulados da teoria neorrepublicana.

2.2 Não Manipulabilidade e Contestabilidade na Governança dos Instrumentos e Órgãos de Combate à Corrupção Administrativa

Como visto, o resgate da tradição republicana pretende, em última instância, regenerar a política mediante sua vinculação à ética; conectar os cidadãos com a esfera pública da política sem assumir uma identidade moral coletiva; reduzir a distância entre os representantes e representados; estabelecer um novo desenho institucional e ativar os atores sociais para comprometerem-se e participarem da política com virtudes cívicas e patriotismo constitucional.

Para esse propósito, a teoria neorrepublicana reivindica um Estado constitucional forte, de variante deliberativa, inclusiva e responsiva, em que as instituições, mais do que garantidoras da liberdade, são, elas próprias, constitutivas dessa liberdade. Além disso, os instrumentos empregados pelo Estado no exercício do poder devem ser, na medida do possível, não manipuláveis, ou seja, devem ser desenhados para a promoção de certos bens públicos e têm que ser relutantes ao seu emprego arbitrário.

A principal forma de se concretizar esses elementos de não manipulação e contestabili-

51 - ARIAS, Luis Federico. De la corrupción, el derecho y otras miserias. In: OROZ, Miguel H. E. (coord.); D' ARGENIO, Inés A. (dir.). *Ejercicio de la función* pública. Ética y *transparencia*. La Plata: Librería Editora Platense, p. 388, 2007.

dade no exercício do poder passa pela instituição de uma governança específica que viabilize de modo mais efetivo o combate à corrupção.

Na síntese de Vanice Regina Lírio do Valle, o emprego do conceito de governança foi disseminado em 1992 pelo Banco Mundial e refinado pela mesma agência internacional 15 anos depois, ocasião em que se consubstanciou a antítese governança-corrupção:

> Governança se refere à maneira através da qual os agentes e instituições públicas adquirem e exercem sua autoridade para o provimento de bens e serviços públicos, incluindo a oferta de serviços essenciais, infraestrutura e um ambiente favorável ao investimento – corrupção é um produto de uma governança frágil.[52]

No âmbito da União Europeia, o tema foi explicitado pela primeira vez em 2001 no chamado Livro Branco, que enunciou o seguinte conceito: *"governança designa as normas, processos e comportamentos que influem no exercício dos poderes a nível europeu, especialmente desde o ponto de vista da abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência."*[53]

Tendo, pois, como objeto o combate à corrupção, a governança significa a capacidade do governo, com a participação dos diversos atores sociais, de conceber e implementar - de forma responsável, eficaz e coerente - normas, processos e comportamentos com vistas à prevenção e repressão dos atos de corrupção.

Tendo em conta os valores e premissas da teoria neorrepublicana, a governança para a ética pública deverá viabilizar canais de participação dos cidadãos por meio de instrumentos democráticos de natureza deliberativa, inclusiva e responsiva.

É por essa razão que a governança para o combate à corrupção deve estar correlacionada a políticas de transparência pública e de governança digital, com o objetivo de ampliar e simplificar o acesso dos cidadãos brasileiros aos atos e processos administrativos.[54]

Mas não é só. A governança para o combate à corrupção deve ser elaborada por meio de um plano estratégico de longo prazo, estruturado com objetivos, metas, iniciativas e indicadores de monitoramento e avaliação. Com isso, evitam-se os efeitos da falta de investimentos públicos, fatores que podem comprometer a efetividade da política, recorrendo-se a outras fontes e modelos de financiamento que habilitem a iniciativa privada na gestão da política pública.

> Sob esse aspecto, revela-se digna de nota a iniciativa do Ministério Público Federal ao propor medidas preventivas de combate à corrupção, tais como: a) criação de regras de *accountability* no âmbito do Poder Judiciário e do Ministério Público; b) teste de

52 - VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, p. 40, 2011.

53 - Ibidem, p. 41

54 - Não se desconhece o fato de que o grande desafio da execução de uma política de governança digital é a necessidade de se realizar uma profunda transformação da Administração Pública, não apenas do ponto de vista tecnológico, mas sobretudo do ponto de vista organizativo e da gestão de recursos humanos especializados em tecnologia da informação. Mas isso não pode ser um empecilho para a implementação da política. Limitações materiais podem ser contornadas com planejamento e programas de longo prazo.

> integridade dos agentes públicos; c) percentuais de publicidade para ações e programas para prevenção dos atos de corrupção; d) sigilo da fonte da informação que deu causa à investigação relacionada à prática de atos de corrupção, etc.[55]
>
> De outro lado, a governança para a ética pública deve ser alcançada por meio de uma maior coordenação e articulação entre os diversos órgãos públicos que atuam no combate à corrupção, nos três poderes do Estado e nas diversas esferas de governo.
>
> No caso do Poder Executivo federal, a ordem jurídica estabelece, como princípios de organização, a coordenação e a articulação entre os órgãos da Administração Pública, pelos quais se busca assegurar a uniformidade, a racionalidade, a simplificação e a coesão política no exercício das competências dos diferentes órgãos e entidades estatais (art. 6º, inciso II, do Decreto-Lei 200/67). De acordo com essa norma, a coordenação administrativa será exercida em todos os níveis da administração, mediante a atuação das chefias individuais, a realização sistemática de reuniões com a participação das chefias subordinadas e a instituição e funcionamento de comissões de coordenação em cada nível administrativo (art. 8º).

Nesse sentido, instrumentos de coordenação e articulação, como as denominadas forças-tarefas e outros instrumentos congêneres, são fundamentais para melhor aplicar os instrumentos de combate à corrupção.[56]

Tendo em conta essas premissas constitucionais e políticas, revela-se inafastável o dever do Estado de elaborar e promover políticas públicas de combate à corrupção, implementando instrumentos de governança colaborativa e participativa da sociedade civil, bem como de fortalecer as organizações da Administração Pública responsáveis pelo controle da corrupção, proporcionando uma maior articulação e coordenação entras elas, com vistas ao aprimoramento e à eficiência de suas competências.

3. CONCLUSÃO

A corrupção administrativa deve ser combatida de modo eficaz e contínuo pelos órgãos do Estado, pois materializa, em essência, desvio e desperdício de recursos públicos, corrompe as relações sociais e econômicas e atenta contra valores e princípios democráticos e republicanos.

Contudo, em que pesem os grandes avanços implementados pela Constituição Federal de 1988 e pelos diversos instrumentos jurídicos criados, tem-se revelado na prática que o sistema normativo (jurídico e ético) não é capaz, por si só, de obstar e dissuadir as práticas de corrupção administrativa.

---

55 - Ministério Público Federal. Dez Medidas Anticorrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 381-442, maio/ago. 2016.

56 - Nos últimos anos, houve intenso avanço no combate à corrupção administrativa, com o fortalecimento dos órgãos da administração pública responsáveis pelo controle e a criação de mecanismos de coordenação entre essas organizações e órgãos do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e do Ministério Público. À guisa de exemplo, cite-se os desdobramentos da Operação Lava Jato, desencadeada por meio de uma equipe de "força-tarefa", que identificou atos de corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro e outras práticas relacionadas, nos mais altos escalões da Administração Pública.

Ficou demonstrado com o presente artigo que as condições impostas pela teoria neorrepublicana podem ser alcançadas com a elaboração e promoção de uma governança da ética pública que permita viabilizar mecanismos, práticas e processos preventivos e repressivos de combate à corrupção, a partir de uma gestão participativa e colaborativa da sociedade civil e pela articulação e coordenação dos diversos órgãos de atuação específica.

Oportuno advertir que a análise e as ideias ora formuladas carecem de um maior aprofundamento quanto aos aspectos institucionais e práticos com vistas à elaboração de uma governança da ética pública, contudo, permitem, de pronto, indicar os caminhos e as melhores alternativas para o combate à corrupção.

REFERÊNCIAS

ARIAS, Luis Federico. De la corrupción, el derecho y otras miserias. In: OROZ, Miguel H. E. (coord.); D' ARGENIO, Inés A. (dir.). *Ejercicio de la función* pública. Ética y *transparencia*. La Plata: Librería Editora Platense, 2007.

ARIZA, S. S. La Recuperanción de la Política. Algunas reflexiones sobre el republicanismo. In: FIGUEROA, A. G. (coord.). *Racionalidad y Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a redefinição da supremacia do interesse público. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel (org). *Interesses Públicos versus Interesses Privados:* Desconstruindo o Princípio de Supremacia do Interesse Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BERTEN, André. Republicanismo e motivação política. In: MERLE, Jean-Cristophe; MOREIRA, Luiz (orgs.). *Direito e Legitimidade*. São Paulo: Landy, 2003.

BOCKENFORDE, Ernst W. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

CONILL, J. La Tradición del Republicanismo Aristocrático. In: CONILL, J.; CROCKER, D. A. (editores). *Republicanismo y Educación* Cívica. Granada: Colmares, 2003.

DOMINGUES, I. (org.). *Conhecimento e Transdisciplinariedade II*. Aspectos Metodológicos. São Paulo: Humanitas, 2005.

FIESP - FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DE SÃO PAULO. *Relatório Corrupção:* custos econômicos e propostas de combate. Março de 2010. Disponível em:<http://www.fiesp.com.br/aquivo-download/?id=2021>. Acesso em: 25 jun. 2019.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro. Estudos de teoria política*. São Paulo: Loyola, 2002.

_____ . O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *Revista Novos Estudos*, n. 43, São Paulo, CEBRAP, 1995.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. Reflexões em torno do princípio republicano. *Revista da Faculdade de Direito da USP*, n. 100, p. 189-200, jan./dez. 2005.

LOSURDO, Domenico. *Democracia ou bonapartismo:* triunfo e decadência do sufrágio universal. Tradução de Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/UNESP, 2004.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Dez Medidas Anticorrupção. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 272, p. 381-442, maio/ago. 2016.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Juridicidade, pluralidade normativa, democracia e controle social. In: *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____ . *Direito da Participação Política*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

PETTIT, Philip. *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*. Oxford University Press, 1997.

_____. *Republicanismo. Una Teoria sobre la liberdad y el gobierno*. Tradução de Toni Domènech. Barcelona: Paidós, 1999.

_____. *Teoria da Liberdade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____ . Deliberative democracy and the case for depoliticising government. *UNSW Law Journal*, v. 24, 2001.

PINTO, Ricardo Leite. Uma introdução ao neo-republicanismo. *Análise Social*, XXXVI (158-159), 2001.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no Direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 34 n. 136 out./dez. 1997.

VALLE. Vanice Regina Lírio do. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VIROLI, Maurizio. *Diálogo em torno da república:* os grandes temas da política e da cidadania. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

O ATIVISMO JUDICIAL INCENTIVADO PELO EXECUTIVO: UMA VISÃO MAQUIAVÉLICA

THE JUDICIAL ACTIVISM ENCOURAGED BY THE EXECITIVE: A MACHIAVELLIAN VIEW

Carlos Eduardo Da Silva Galante[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos Fundamentais; 1.1 Dimensões; 1.2 Direitos Sociais; 2. Brasil: Um País de Todos (?); 3. Ativismo Judicial; 4. O Interesse do Executivo: Ativismo, o Fim Justifica os Meios; 5. O Excesso de Ativismo Judicial na Suprema Corte; 6. Considerações Finais; Referências.

1 - Mestre em Direito pela Universidad San Carlos, Mestrando em Processo Legislativo pelo Centro de Formação da Câmara Federal, Pós-graduado em Direito Administrativo, Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Civil, Direito Processual Civil, Direito Constitucional e em Direito Administrativo pelo Instituto Processus. Graduado em Secretariado, Pedagogia e em Direito. Servidor Público do Governo do Distrito Federal, Professor de cursos de pós-graduação, de graduação e preparatórios para concursos públicos e Exame de Ordem. Pesquisador da Plataforma Brasil. Parecerista.

RESUMO: Este artigo apresenta a concepção de Maquiavel em sua obra O Príncipe, aplicada ao ativismo, demonstrando o interesse do Executivo na continuidade do ativismo judicial. Por meio de uma abordagem crítico-interpretativa, pretende-se expor a negligência dos detentores de representatividade legislativa e executiva diante dos direitos fundamentais, os quais perpassaram um longo lapso temporal para serem reconhecidos e garantidos à sociedade. Indaga-se, também, a abrangência das políticas públicas, uma vez que o Executivo se utiliza da "bondade" do Judiciário para promovê-las para aqueles que se socorrem ao Judiciário e não para todos, como deveria ser. O objetivo deste trabalho é evidenciar a postura paradoxal do Executivo, a qual, ao mesmo tempo em que condena o ativismo, também o incentiva, por meio de ações e omissões. Assim, torna-se oportuna uma análise desses atos pela filosofia maquiavélica, e questionando: quais são os interesses do Executivo no ativismo judicial? Concluindo-se que a culpa do ativismo judicial não é exclusiva do Judiciário, devido ao incentivo dos demais poderes para a continuidade dessa prática. Porém, o Poder Judiciário deve se utilizar do ativismo excepcionalmente.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Poder Executivo. Maquiavel. Políticas Públicas. Ativismo Incentivado.

ABSTRACT: This article presents the Machiavelli's conception in his work The Prince, applied to activism, showing the government's interest in the continuity of judicial activism. By means of an approach critic-interpretative it is intended to expose the holders' legislative and executive representativeness negligence in face of the Fundamental Rights, which have passed by a long time to be recognized and guaranteed to society. Also inquires, the public's polices comprehensiveness, since the Executive uses the "goodness" of the Judiciary to promote these for those who rely on the Judiciary and not for all as it should be. The purpose of this paper is to highlight the Executive's paradoxical stance, which at the same time condemns activism, is also encouraging by means of actions and omissions, and making it opportune an analysis of these acts by the Machiavellian philosophy, and questioning: what are the Executive's interests in judicial activism? Concluding that the guilt of judicial activism is not exclusive to the Judiciary, due to the incentive of the other powers for its continuity, however, the Judiciary must be attentive and use of the activism exceptionally.

KEYWORDS: Social Rights. Executive Power. Machiavelli. Public Policies. Encouraged Activism.

INTRODUÇÃO

O ativismo judicial é um tema que atrai fortes debates, os quais envolvem desde direitos fundamentais até políticas públicas, levantando questões pertinentes à conduta dos julgadores, mais especificamente, às decisões destes. Alguns as classificam como extravagantes, e outros como necessárias à garantia dos direitos primordiais à sociedade. Porém, é de se convir que o ativismo impacta jurídica, social e economicamente no âmbito nacional, podendo trazer riscos para as regiões que dele se utilizam e até mesmo para o país. Apesar de ser majoritariamente classificado como prejudicial, o ativismo é incentivado pelo Executivo, que, ainda, o imputa ao Judiciário e o condena, criando aqui uma relação paradoxal.

O tema proposto se torna complexo ao abranger direitos fundamentais sociais e políticas públicas, em que os primeiros devem garantir o bem-estar populacional, enquanto o segundo deve propor o desenvolvimento e a execução de ações que concretizem o primeiro. Contudo, não estamos em um mundo ideal, mas sim em um país fortemente "politizado" e de muitas vias corruptas, gerando barreiras, o que fomenta um ambiente propício ao ativismo. Além disso, o ativismo é exclusivamente imputado ao Judiciário, esquecendo-se das omissões executivas e legislativas. Ora, não se justifica o ativismo pelo fato de haver omissões dos outros poderes, porém, qual é o interesse maior em atribuir exclusivamente a culpa ao Judiciário? Não se defende aqui posturas ativistas, mas a reflexão para alcançar a solução e, conforme o dito popular, "agir na raiz do problema", pois a partir do momento em que omissões do Executivo e Legislativo diminuírem, o ativismo decairá também.

O trabalho, de forma geral, mostra a relação dos direitos fundamentais com as políticas públicas, desembocando no ativismo. E, de modo específico, vem ao leitor para demonstrar o longo lapso temporal decorrido para se ter o que chamam de direitos fundamentais, uma luta de muitas eras e muitas nações para alcançar um bem comum, que vem sendo negligenciado pelos detentores de representatividade, por interesses pessoais e má gestão.

A escolha do tema tem como premissa o fomento da discussão relativa ao ativismo judicial, objetivando ampliar os horizontes de que, se há ativismo no Judiciário, há omissão nos demais poderes. Dessa forma, se o ativismo é prejudicial à sociedade e, como é sustentado pelo Executivo, é uma ofensa ao princípio da separação dos poderes e até mesmo usurpação de poder, qual é o motivo de se perseverar em ações e omissões incentivadoras de tal prática?

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se tentar compreender o conjunto desta obra, é imperativo ter uma noção do que são os direitos fundamentais, como se relacionam com o Estado, sendo a postura deste positiva ou negativa à frente de tais direitos. Tem-se em mente que há divergências quanto à origem e classificações dos direitos fundamentais, as quais serão explanadas para um melhor entendimento da proposta deste artigo.

Quando se indaga sobre a origem dos direitos fundamentais, afirma-se em grande escala

que estes tiveram seu princípio na França (1789) ou nos Estados Unidos (1776). Contudo, é preciso que se retroceda um pouco mais no tempo para se ter uma visão ampla de toda a discussão e assim ter elementos para resolver a citada divergência.

Sabe-se que os direitos fundamentais não se edificaram na antiguidade. Tal afirmativa é tão verdadeira quanto a constatação de que "[...]o mundo antigo, por meio da religião e filosofia, influenciou diretamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de direitos naturais e inalienáveis ao homem, pelo fato de seu simples existir" (SARLET, 2015, p. 37-8), de modo que esta fase fora denominada "pré-história" dos direitos fundamentais.[2] Cite-se ainda que, segundo Sarlet:

> Do Antigo Testamento, herdamos a ideia de que o ser humano representa o ponto culminante da criação divina, tendo sido feito à imagem e semelhança de Deus. Da doutrina estoica greco-romana e do Cristianismo, advieram, por sua vez, as teses da unidade da humanidade e da igualdade de todos os homens em dignidade (para os cristãos, perante Deus). (2015, p. 38)

A influência das doutrinas jusnaturalistas a partir do século XVI foi de extrema importância para o reconhecimento dos direitos fundamentais no século XVIII, por meio de processos revolucionários. Na Idade Média, "[...] desenvolveu-se a ideia da existência de postulados de cunho suprapositivo" (SARLET, 2015, p. 38), os quais limitavam e organizavam o poder à época. Destaque-se o pensamento de Tomás de Aquino, que, "[...] além da já referida concepção cristã da igualdade dos homens perante Deus, professava a existência de duas ordens distintas" (SARLET, 2015, p. 38), sendo constituídas, respectivamente, pelo "[...] direito natural, como expressão da natureza racional do homem" (SARLET, 2015, p. 38), e pelo "[...] direito positivo, sustentando que a desobediência ao direito natural por parte dos governantes poderia, em casos extremos, justificar até mesmo o exercício do direito de resistência da população" (A.E., PEREZ LUÑO, 1995, p.30 apud SARLET, 2015, p. 38). O pensamento tomista foi de suma importância, influenciando outros pensadores e fazendo com que eles desenvolvessem o valor fundamental da dignidade humana, inserida nos ensinamentos de Tomás de Aquino. De tal forma, afirma-se que:

> [...] o valor fundamental da dignidade humana assumiu particular relevo no pensamento tomista, incorporando-se, a partir de então, à tradição jusnaturalista, tendo sido o humanista italiano Pico dela Mirandola quem, no período renascentista e baseado principalmente no pensamento de Santo Tomás de Aquino, advogou o ponto de vista de que a personalidade humana se caracteriza por ter um valor próprio, inato, expresso justamente na ideia de sua dignidade de ser humano, que nasce na qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado, como cerne da personalidade do homem. (SARLET, 2015, p. 38)

De acordo com Sarlet (2015), as teorias contratualistas, a partir do século XVI, mas

2 - Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 37-8), diz que "a consagrada concepção de que não foi na antiguidade que surgiram os direitos fundamentais, não menos verdadeira a constatação de que o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das ideias–chaves que [...] vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a sua concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada [...] 'pré-história' dos direitos fundamentais".

principalmente nos séculos XVII e XVIII, fizeram com que a doutrina jusnaturalista chegasse ao seu ápice de desenvolvimento. Junto a isso, ocorre "[...] um processo de laicização do direito natural, que atinge o apogeu no iluminismo, de inspiração jusracionalista" (SARLET, 2015, p. 39), contribuindo para esse cenário teólogos espanhóis do século XVI "[...] que pugnaram pelo reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, deduzidos do direito natural e tidos como expressão da liberdade e da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2015, p. 39).[3]

No decorrer do século XVII, "[...] a ideia de direitos naturais inalienáveis do homem e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural encontrou eco e elaborada formulação" (SARLET, 2015, p. 39) nas obras de H.Grócio (1583-1645); Samuel Pufendor (1632-1694); John Milton (1608-1674) e Thomas Hobbes (1588-1679). Ressalte-se aqui o pensador John Milton, que reivindicou "[...] o reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, de tolerância religiosa, da liberdade de manifestação oral e imprensa, bem como a supressão da censura" (SARLET, 2015, p. 39).

Diga-se, a título de curiosidade, que foi na Inglaterra do século XVII que o contratualismo e a ideia de direitos naturais obtiveram particular relevância, tanto no plano teórico quanto nas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas.[4] Outro pensador que se pode citar é o Lord Edward Coke (1552-1634), o qual teve importância na discussão em torno da *Petition of Right* de 1628.[5] Posteriormente, teve-se a contribuição doutrinária de John Locke (1632-1704), o qual foi o "[...] primeiro a reconhecer aos direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência), uma eficácia oponível, inclusive, aos detentores de poder" (SARLET, 2015, p. 40). Locke vai além, ressaltando que "[...] apenas os cidadãos poderiam valer-se do direito de resistência, sendo verdadeiros sujeitos, não meros objetos do governo" (SARLET, 2015, p. 40). Nesse contexto, um dos principais pensadores do iluminismo, de inspiração jusnaturalista, foi Kant (1724-1804), sobre o qual Ingo Wolfgang, citando Bobbio, expõe:

> É o pensamento de kantiano [...] o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens [...] Kant, inspirado em Russeau, definiu a liberdade jurídica do ser humano como a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento. (BOBBIO, 1992, p. 86 apud SARLET, 2015, p. 40)

Demonstrada, sucintamente, a influência do mundo antigo em relação a posterior consolidação dos direitos fundamentais, tem-se o impasse de pontuar a origem destes. Ao se referir aos

3 - Teólogos espanhóis destacados por Sarlet: Vitoria y las Casas, Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez e Gabriel Vázquez.

4 - Nesse sentido, Sarlet (2015, p. 39): cumpre ressaltar que foi justamente na Inglaterra do século XVII que a concepção contratualista da sociedade e a ideia de direitos naturais do homem adquiriram particular relevância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, neste particular, a simples referência às diversas Cartas de Direito assinadas pelos monarcas desse período.

5 - Nesse sentido, Sarlet, (2015, p. 39-40): em sua obra e nas manifestações públicas como juiz e parlamentar, sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, principalmente no que diz com a proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade, tendo sido considerado o inspirador da clássica tríade vida, liberdade e propriedade.

marcos de criação de direitos, muitos já apontam a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses como um dos documentos principais, senão o principal, na evolução do direito humano. E aqui não se tira a relevância de tal documento para o reconhecimento dos direitos fundamentais nas Constituições. Porém, será que os direitos contidos na *Magna Charta* possuem o caráter autêntico de direitos fundamentais? A resposta é não. Utilizando-se dos ensinamentos de Sarlet, tem-se que:

> [...] há que se descartar o caráter de autênticos direitos fundamentais desses "direitos" e privilégios reconhecidos na época medieval, uma vez que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental, atribuídos a certas castas nas quais se estratificava a sociedade medieval, alijando grande parcela da população de seu gozo. (2015, p. 41)

Citando Vieira de Andrade, o autor supra continua a expor:

> [...] pela concessão ou reconhecimento de privilégios aos estamentos sociais (regalias da Nobreza, prerrogativas da Igreja, liberdades municipais, direitos corporativos), além de que verdadeiramente não se reconheciam direitos gerais, mas obrigações concretas daqueles reis que os subscreviam. (ANDRADE, 1987, p. 25 apud SARLET, 2015, p. 41)

Outro marco que pode ser apresentado é a Reforma Protestante, a qual foi de suma relevância para a evolução que conduziria à gênese dos direitos fundamentais, havendo vários documentos nesse sentido, "[...] inobstante a decisiva contribuição desses documentos concessivos de liberdades" (SARLET, 2015, p. 42), "[...] não há como lhes atribuir a condição de direitos fundamentais, pois [...] podiam ser nova e arbitrariamente subtraídas pela autoridade monárquica" (SARLET, 2015, p. 42). Então, vieram as declarações inglesas de direitos do século XVII: *Petition of Rights* (1628), *Habeas Corpus Act* (1679), *Bill of Rights* (1689), podendo até ser citado o *Establishment Act* (1701). Apesar dessas positivações de direitos e liberdades e de tais limitarem o poder real à época, não são o "ponto zero" dos direitos fundamentais, pois não vinculavam o Parlamento. Assim, deixa-se explícito o ilustre Sarlet:

> Em que pese a sua importância para a evolução no âmbito da afirmação dos direitos, inclusive como fonte de inspiração para outras declarações, esta positivação de direitos e liberdades civis na Inglaterra, apesar de conduzir a limitações do poder real em favor da liberdade individual, não pode, ainda, ser considerada como marco inicial, isto é, como nascimento dos direitos fundamentais no sentido que hoje se atribui ao termo. Fundamentalmente, isso se deve ao fato de que os direitos e liberdades – em que pese a limitação do poder monárquico – não vinculavam o parlamento, carecendo, portanto, da necessidade supremacia e estabilidade, de tal sorte que, na Inglaterra, tivemos uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais. (2015, p. 43)

Logo, o caminho que há é uma estrada bifurcada, levando-nos ao dissídio doutrinário sobre a "paternidade"[6] dos direitos fundamentais, entre a Declaração dos Direitos do povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa (1789).

As declarações americanas incorporaram os direitos e as liberdades das antigas declarações inglesas do século XVII, direitos estes que também eram reconhecidos aos súditos das colônias americanas. Contudo, as americanas se distinguem das inglesas pelo fato de possuírem características como a universalidade e a supremacia dos direitos naturais, reconhecendo eficácia inclusive em relação à representação popular, de modo que todos os poderes públicos fiquem vinculados. Ressalte-se, ainda, a garantia de justiciabilidade por meio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade. Dessa forma, "[...] pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais" (SARLET, 2015, p.43). Nesse sentido, é o que mostram os ensinamentos de Sarlet:

> [...] As declarações americanas incorporaram virtualmente os direitos e liberdades já reconhecidos pelas suas antecessoras inglesas do século XVII, direitos estes que também tinham sido reconhecidos aos súditos das colônias americanas, com nota distintiva de que, a despeito da virtual identidade do conteúdo, guardaram as características da universalidade e supremacia dos diretos naturais, sendo-lhes reconhecida eficácia inclusive em relação à representação popular, vinculando, assim, todos os poderes públicos. Com a nota distintiva da supremacia normativa e a posterior garantia de sua justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial da constitucionalidade, pela primeira vez os direitos naturais do homem foram acolhidos e positivados como direitos fundamentais constitucionais, ainda que este *status* constitucional da fundamentalidade em sentido constitucional tenha sido definitivamente consagrado somente a partir da incorporação de uma declaração de direitos à Constituição em 1791, mais exatamente, a partir do momento em que foi afirmada na prática da Suprema Corte a sua supremacia normativa. (2015, p. 43)

Não menos relevante foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, "[...] fruto da revolução que provocou a derrocada do antigo regime e a instauração da ordem burguesa na França" (SARLET, 2015, p. 43-4). Em relação às declarações supracitadas, ou seja, tanto a declaração francesa quanto as americanas, ambas possuíam como característica comum "[...] sua profunda inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento" (PEREZ LUÑO, 1995, p. 36 apud SARLET, 2015, p. 44). Evidencie-se, ainda, a mútua influência de uma declaração em relação à outra, sendo inequívoca tal reciprocidade, a tal ponto de ver-se que:

> [...] A influência dos documentos americanos, cronologicamente anteriores, é inegável, revelando-se principalmente mediante a contribuição de Lafayette na confecção da Declaração de 1789. Da mesma forma, incontestável a influência da doutrina iluminista francesa, de modo especial de Rousseau e Montesquieu, sobre os revolucionários americanos, levando à consagração, na Constituição Americana de 1787, do princípio democrático e da teoria da separação dos poderes. (SARLET, 2015, p. 44)

6 - Expressão utilizada por Ingo Sarlet ao se referir a quais das declarações deram origem aos direitos fundamentais.

Apesar do exposto acima, faz-se necessário salientar algumas diferenças que culminam na não "eleição" da Declaração francesa como a originária dos direitos fundamentais. A preocupação com o social e com o princípio da igualdade "[...] transparece não apenas na Declaração de 1789, mas também na Constituição de 1791, bem como – e principalmente – na Constituição jacobina de 1793" (SARLET, 2015, p. 44), sendo inspirada, fortemente, por Rousseau, reconhecendo direitos como: o direito ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados.[7] Entretanto, apesar da aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos firmados nela, ao contrastar-se com o maior pragmatismo das Declarações americanas, verifica-se que a "[...] Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição" (SARLET, 2015, p. 44), a qual foi incorporada posteriormente. Nesse sentido:

> [...] Costuma referir-se, ainda, a aspiração universal e abstrata da Declaração francesa e dos direitos reconhecidos nela, contrastando, assim, com o maior pragmatismo das Declarações americanas, sendo correto afirmar-se que a Declaração de 1789 não postulava a condição de uma Constituição, incorporando-se, posteriormente, aos preâmbulos das Constituições de 1791 e de 1793, integrando também, por meio da técnica de remissão, o preâmbulo da vigente Constituição francesa de 1958. (SARLET, 2015, p. 44)

A título de esclarecimento, expõe-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, o qual leciona que:

> [...] durante muito tempo, os direitos da Declaração francesa se encontravam virtualmente à disposição do legislador, visto que não vinculavam o Parlamento, à míngua de um sistema operante de controle de constitucionalidade das leis. Ainda neste contexto, é de lembrar que, enquanto na França o sentido revolucionário da Declaração de 1789 radica na fundamentação de uma nova Constituição, no processo constitucional norte-americano este sentido revolucionário das declarações de direito radica na independência, em consequência da qual se faz necessária uma nova Constituição. (2015, p. 44)

Ressalte-se que não se minimiza a contribuição francesa, pelo contrário, esta foi decisiva para "[...] o processo de constitucionalização e reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do século XIX" (SARLET, 2015, p. 44), destacando-se, ainda, o seu imenso legado: os direitos humanos.

1.1 Dimensões

Prosseguindo com a perspectiva histórica, é relevante destacar alguns pontos da evolução dos direitos fundamentais. Frisa-se que não serão abordados profundamente, pois não é o foco deste trabalho. Ao se falar de evolução dos direitos fundamentais, para se obter uma

7 - Nesse sentido Ingo Sarlet (2015, p. 44): Constituição jacobina de 1793, de forte inspiração rousseauniana, na qual chegaram a ser reconhecidos os direitos ao trabalho, à instrução e à assistência aos desamparados.

melhor didática, fizemos uma separação por "dimensões". Ressalte-se que, ao se referir às divisões dos direitos como dimensões, o que se pretende é apontar "[...] para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais" (SARLET, 2015, p. 46) e, para além disso, a "[...] unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno 'Direito Internacional dos Direitos Humanos'" (SARLET, 2015, p. 46). A primeira dimensão[8] refere-se aos primeiros direitos a serem positivados, reconhecidos nas Revoluções americana e francesa. Tal dimensão foi marcada pelo individualismo, influenciada pela doutrina liberal-burguesa, de modo que surgira os direitos dos indivíduos frente ao Estado, ou seja, são direitos de cunho "negativo", requerem uma abstenção dos poderes públicos; são referidos "[...] mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder" (SARLET, 2015, p. 46-7). Tais direitos se referem "[...] a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e a à inviolabilidade de domicílio" (BRANCO, 2014, p. 137), sendo o homem, individualmente considerado, o titular desses direitos.[9] Com o processo de industrialização, o impacto do crescimento demográfico e com o ideal absenteísta do Estado Liberal, as disparidades sociais se agravavam e ganhavam um forte contraste, fazendo-se repensar o relacionamento entre Estado e sociedade, de tal forma que "[...] levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar suas angústias estruturais" (BRANCO, 2014, p. 137). Nesse sentido, configurou-se uma postura intervencionista na vida econômica e, ainda, ações estatais com fulcro na justiça social. Esses direitos "[...] não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam prestações positivas" (BRANCO, 2014, p. 137), sendo classificados como direitos de segunda dimensão, por meio dos quais "[...] se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito à assistência social, saúde, educação, trabalho etc" (BRANCO, 2014, p.137). Frisa-se que os direitos da segunda [dimensão][10] são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividade, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.

Os direitos fundamentais pertencentes à terceira dimensão destinam-se à coletividade, ou seja, são de titularidade difusa ou coletiva, "[...] são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos" (BRANCO, 2014, p.137-8). Exemplos desses direitos são: o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Registre-se que há doutrinadores que sustentam uma quarta dimensão – como Paulo Bonavides –, e outros até mesmo propõem uma quinta dimensão, contudo, a doutrina majoritária defende as três dimensões apresentadas. De certo ponto, alguns doutrinadores discursam a favor da quarta, porém, não é convergente com a opinião da maioria.

8 - Em convergência com os ensinamentos de Ingo Sarlet (2015, p. 45), optou-se pelo termo "dimensão" ao invés de "geração" pelo exposto a seguir: o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo acumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão "gerações" pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra.

9 - Neste sentido, Branco (2014, p. 137): o paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado.

10 - Adaptação nossa.

1.2 Direitos Sociais

Para fins deste trabalho, é relevante adentrar na seara dos direitos de segunda dimensão, conhecidos como direitos sociais, aqueles que requerem uma prestação positiva do Estado, estando relacionada às políticas públicas, que serão alvo de posterior discussão. Primeiramente, os direitos sociais não abarcam apenas pretensões de caráter positivo, tendo um rol amplo de normas que englobam deveres de restituir e preservar, como expresso nas garantias institucionais. Há normas de organização e procedimento, bem como normas do catálogo que expressam deveres de proteção. Nesse sentido, o Ministro Gilmar Mendes sustenta que:

> [...] nos direitos sociais não se identificam apenas pretensões de caráter positivo (direito subjetivo a uma prestação específica). Não raro, o dever de restituir e preservar está manifesto nas chamadas garantias institucionais (v.g., seguridade social, previdência social). Há exigência notória de normas de organização e procedimento em diversos direitos sociais (art. 200). É inequívoco, igualmente, que muitas normas constantes do catálogo de direitos sociais traduzam deveres de proteção (art. 7º, X, XX, XXII, XXVI, XXVII). (MENDES, 2014, p. 639)

Os direitos sociais são dependentes dos pressupostos fático-materiais para sua realização, ou seja, "[...] são particularmente relevantes para o exercício pleno desses direitos" (MENDES, 2014, p. 627). Devido a isso, "[...] os direitos de prestação em sentido amplo, categoria que engloba os direitos sociais (direitos de prestação em sentido estrito)" (MENDES, 2014, p. 627) e os direitos à organização e ao procedimento "[...] podem consistir na edição de atos normativos pelo Estado, na criação de procedimentos e garantias judiciais, na instituição de auxílios pecuniários [...], na realização de políticas públicas" (MENDES, 2014, p. 627).

Nessa esteira, inicia-se o debate acerca de judicialização/ativismo judicial, além da dimensão prestacional dos direitos sociais, pois é sabido que, embora estes, assim como os direitos negativos, "[...] impliquem tanto direitos a prestações em sentido estrito (positiva) quanto direitos de defesa (negativos) [...] é a dimensão prestacional (positiva) dos direitos sociais o principal argumento contrário à sua judicialização" (MENDES, 2014, p. 628). Gilmar Mendes, citando Stephen Holmes e Cass Sunstein, aponta que "[...] todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da 'reserva do possível'" (MENDES, 2014, p. 628), especialmente, "[...] ao evidenciar a escassez de recursos e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas" (MENDES, 2014, p. 628). Stephen e Cass concluem que, da perspectiva das finanças públicas: "[...] levar a sério os direitos é levar a sério a escassez" (HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass apud MENDES, 2014, p. 628).

A dependência de recursos econômicos faz com que a doutrina entre em divergência. Alguns defendem que os direitos sociais "[...] assumem a feição de normas programáticas, dependentes, portanto, da formulação de políticas públicas para se tornarem exigíveis" (MENDES, 2014, p. 628), além de sustentarem que "[...] a intervenção do Poder Judiciário, ante a omissão

estatal quanto à construção satisfatória dessas políticas, violaria o princípio da separação dos poderes[...]" (MENDES, 2014, p. 628) e a [cláusula][11] da reserva do possível. Evidencia-se, ainda, que a formulação de políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria escolhas alocativas, seguindo o critério de justiça distributiva, "[...] configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem 'escolhas trágicas' pautadas por critérios de macrojustiça" (MENDES, 2014, p. 628). Nesse sentido, cabe ao Judiciário concretizar a justiça no caso concreto (microjustiça). Expõe-se que o Judiciário "[...] muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo" (MENDES, 2014, p. 628-9). No entanto, assumindo a visão dos defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos de segunda dimensão, "[...] argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana" (MENDES, 2014, p. 629). Desse modo, "[...] ao menos o 'mínimo existencial' de cada um dos direitos – exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana – não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial" (MENDES, 2014, p. 629), sendo esses direitos não subordinados ao pragmatismo governamental ou a questões geradas pela má gestão ou omissão do Executivo.

2. BRASIL: UM PAÍS DE TODOS (?)

Antes de adentrar ao assunto do ativismo judicial, sob uma perspectiva de relação de poder entre o Judiciário e o Executivo, mostra-se significativo ter conhecimento sobre políticas públicas sociais. Quando o prisma se volta às políticas públicas no Brasil, aparecem mais insatisfações populares, pois, além de ser um dos países com os maiores impostos do mundo, não há políticas sociais que geram bem-estar, com um alto nível de eficiência, à sociedade. Nesse sentido, Lustoza (2013) expõe que:

> Apesar da existência de um rol significativo de direitos no texto constitucional, as políticas sociais praticadas no Brasil ainda estão muito precárias, longe de atingir todos os cidadãos de forma eficiente. Isso retrata uma profunda desigualdade social e dominação por parte de elites econômicas, o que levou a ministra do Supremo Tribunal Federal Cármen Lúcia Antunes Rocha a afirmar que, embora o Brasil possua uma ótima Constituição, o país tem uma péssima prática constitucional.

Objetivando a sua conceituação, pode-se dizer que as políticas públicas são compreendidas "[...] como as de responsabilidade do Estado – quanto à implementação e manutenção a partir de um processo de tomada de decisões que envolve órgãos públicos e diferentes organismos e agentes da sociedade relacionados à política implementada" (HÖFLING, 2001, p. 31). Definem-se políticas sociais como "[...] ações que determinam o padrão de proteção social implementado pelo Estado" (HÖFLING, 2001, p. 31), sendo "[...] voltadas, em princípio, para a redistribuição dos benefícios sociais, visando a diminuição das desigualdades estruturais produzidas pelo desen-

11 - Adaptação nossa.

volvimento socioeconômico" (HÖFLING, 2001, p. 31). A fim de deixar o conceito o menos vago possível, as políticas públicas podem ser:

> [...] caracterizadas como um processo de decisão política que se materializa em objetivos com resultados esperáveis, normalmente vinculados à transformação de uma dada realidade, com vetores distintos, e que envolvem: a) técnicos estatais e não governamentais, burocratas e políticos (tomadores de decisão); b) atores distintos (com "recursos de poder" assimétricos), cenários e conjunturas (por vezes voláteis); c) capacidade e viabilidade de o Estado disponibilizar recursos orçamentários, humanos, legais e logísticos; d) mecanismos de mensuração dos resultados. (FONSECA, 2013, p. 405)

Brasil, um país de todos? Com essa indagação, questiona-se não somente o alcance das políticas públicas sociais, mas o meio político que obsta uma maior eficiência delas. Na epígrafe da obra Ciência Política e Teoria Geral do Estado, de Streck e Morais (2004), é citado José Saramago: "Há um mal econômico, que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres".[12] Creio que aqui se vê claramente que as políticas sociais objetivam em sua essência a correção da "errada distribuição de riquezas" supracitada. Contudo, a política em nosso país é feita com fundamento em interesses individuais e no círculo político detentor da representatividade, lesando-se o coletivo. Há referências dessas desprestigiadas condutas como herança da ditadura militar, não havendo uma alteração significativa do sistema político brasileiro desde então. Nesse contexto, Francisco Fonseca leciona que:

> O sistema político brasileiro, especificamente, foi estruturalmente moldado pela ditadura militar e jamais alterado significativamente desde a redemocratização. Algumas de suas características são: multipartidarismo extremamente flexível e pouco representativo; financiamento misto (público e privado), mas que, na prática, é largamente "privatizado" por meio do denominado "caixa 2"; infidelidade partidária (apenas recentemente minorada por decisão do Tribunal Superior Eleitoral); acesso institucional ao rádio e à televisão franqueados a todos os partidos com representação federal, independentemente de sua real representatividade (os partidos chamados "de aluguel" têm pequena representação parlamentar e todas as benesses do sistema político); toda sorte de casuísmo, tal como a coligação nas eleições proporcionais, que implica o voto num partido ou candidato e a eleição de outro, em razão da contagem do quociente eleitoral, entre outros; baixa transparência quanto ao uso dos recursos públicos (também recentemente minorada com a Lei de Acesso às Informações Públicas); lógica da coalizão para governar, ou melhor, para obter maioria no Parlamento, com impactos diretos na (in)coerência das "políticas públicas" e nos resultados eleitorais, uma vez que, usualmente, partidos derrotados participam de coalizões de governo capitaneadas pelos partidos vencedores; desenho eleitoral que concede carta branca do eleito ao representante – tornando o mandato "propriedade" deste – e o distancia de seus representados (a aludida reinterpretação da fidelidade partidária, pelo TSE, amenizou essa prática, mas ainda assim não a eliminou); baixo poder conferido ao Parlamento, tornando-o "despachante" de interesses paroquiais e corporativos; desbalanceamento na proporcionalidade federativa no Congresso Nacional no contexto do confuso bicameralismo; entre outras. (2013, p. 409)

12 - Epígrafe da obra Ciência Política e Teoria Geral do Estado, escrita por Lenio Streck e Luiz Bolsan.

Nesse cenário, em que se chega ao poder por meio de outros, deve-se "aceitar" a influência dos demais atores políticos quando há uma elaboração de políticas públicas, de modo que há uma trava a estas quando puderem ocasionar alguma lesão ao interesse econômico ou político daqueles que contribuíram para a escalada ao poder. Dessa forma, na perspectiva desses atores, torna-se mais plausível contribuir para a consolidação do poder do que para o bem social, gerando políticas públicas contidas, ineficientes, mas que não ferem os atores políticos contribuintes do poder. Exemplo claro do que foi citado são as milionárias "doações" eleitorais e a formação de coalizões, visando obter mais recursos para investir nas campanhas e mais tempo de difusão na TV e no rádio. Além disso, para se governar, "[...] há a necessidade imperiosa de negociação de maiorias confortáveis nos respectivos Parlamentos (Câmara de Vereadores, Assembleias Legislativas e Congresso Nacional) com vistas à aprovação de medidas, ações e 'políticas públicas'" (FONSECA, 2013, p. 409), sendo estas "[...] capitaneadas pelo chefe do Executivo e para garantir aquilo que se tornou uma espécie de 'cláusula pétrea informal' do sistema político: a chamada 'governabilidade'" (FONSECA, 2013, p. 409). Logo, pelos ensinamentos de Francisco Fonseca, tem-se que:

> [...] seja para se eleger (papel do financiamento privado para fazer campanha e da coligação para obtenção de tempo no rádio e na televisão), seja para governar ("dívida" para com os financiadores e necessidade de maioria parlamentar para governar), os partidos políticos necessitam, imperiosamente, negociar compromissos publicamente assumidos e mais especificamente o "programa" de governo. Isso significa a existência tanto de "políticas públicas" tímidas, por não incidirem vigorosamente nos interesses constituídos, como contraditórias, uma vez que voltadas a vários interesses, boa parte deles contraditórios. (FONSECA, 2013, p. 410)

O autor Sérgio Buarque de Holanda, em sua obra Raízes do Brasil, assinala o tipo do aventureiro, este "[...] tipo humano quer o proveito imediato das coisas, buscando sempre o bônus sem arcar com o ônus. Um homem imediatista e pouco precavido" (LUSTOZA, 2013). O aventureiro "[...] ignora fronteiras. No mundo tudo se apresenta a ele em generosa amplitude e, onde quer que se erija um obstáculo a seus propósitos ambiciosos, sabe transformar esse obstáculo em trampolim" (HOLANDA, 1995, p. 44). O escritor destaca, ainda, as "qualidades" próprias do aventureiro: "[...] audácia, imprevidência, irresponsabilidade, instabilidade, vagabundagem" (HOLANDA, 1995, p. 44) e tudo mais que se relacione com a concepção espaçosa do mundo está incluso nas características desse tipo. Essas descrições foram dadas aos colonizadores portugueses, de modo a se questionar: herdamos esse tipo?! Mire-se, por exemplo, no imediatismo dos governos nos quais, entre tantas propostas eleitorais, "[...] é raro encontrar um projeto de governabilidade a longo prazo (mais de quatro anos), a fim de tornar as atividades administrativas mais eficientes e atender aos cidadãos com qualidade"(LUSTOZA, 2013). Perceba-se ainda que "[...] a escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com suas capacidades próprias" (HOLANDA, 1995, p. 146).

De certo, há de se afirmar que os detentores da representatividade do Executivo e Legislativo brasileiros demonstram aptidão aventureira; são audaciosos, mas irresponsáveis; tentam transformar obstáculos em trampolim com o famoso "jeitinho brasileiro". Até pouco tempo, divulgavam-se réus virando ministro para obtenção de foro privilegiado e, até a atualidade, têm-se

notícias de manobras parlamentares para autofavorecimento dos então legisladores. Se não foi herdado o espírito aventureiro, poderia ser dito que apenas aprendemos a ser aventureiros?

3. ATIVISMO JUDICIAL

Diante de todo o exposto, percebe-se a relação direta entre as políticas públicas e os direitos fundamentais de segunda dimensão; estes dependem de um bom planejamento e execução por parte do Poder Executivo para que sejam garantidos com eficácia à sociedade.

Prosseguindo com a obra, é relevante entender a relação entre os poderes da república, inseridos no art. 2º da Constituição Federal. Segundo o referido dispositivo, tem-se: "são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Tal disposição foi fundamentada na obra "Espírito das Leis", de Montesquieu, a qual expõe a teoria dos três poderes, sendo esta "[...] baseada nas obras Política, do filósofo Aristóteles, e Segundo Tratado do Governo Civil, de John Locke" (PERRET, 2013). De acordo com Perret (2013), Montesquieu se valeu das ideias dos pensadores supracitados para explicar, ampliar e sistematizar a divisão dos poderes, uma vez que o filósofo iluminista acreditava que, para evitar governos absolutistas e a elaboração de normas tirânicas, seria essencial estabelecer autonomia e limites de cada poder, de modo a gerar a concepção de que somente o poder controla o poder. Dessas observações, evidencia-se que o sistema de freios e contrapesos concebido por Montesquieu atribui autonomia e exercício de funções a cada poder, contudo, um poder é controlado pelos outros, estabelecendo uma relação harmônica e de interdependência.[13]

No sistema de freios e contrapesos, a divisão dos poderes se dá em Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais possuem funções típicas. "O poder Legislativo tem a função típica de legislar e fiscalizar; o Executivo, administrar a coisa pública; já o Judiciário, julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses" (PERRET, 2013). Aplicar o referido sistema significa:

> [...] conter os abusos dos outros poderes para manter certo equilíbrio. Por exemplo, o judiciário, ao declarar inconstitucionalidade de uma Lei é um freio ao ato Legislativo que poderia conter uma arbitrariedade, ao ponto que o contrapeso é que todos os poderes possuem funções distintas fazendo assim com que não haja uma hierarquia entre eles, tornando-os poderes harmônicos e independentes. (PERRET, 2013)

Considerando a Teoria dos Três Poderes, cuja finalidade é impedir o abuso cometido por um poder para com o outro, o que viria a ser o ativismo judicial? Quais são suas consequências? Ao adentrar nesse assunto, faz-se necessário diferenciar judicialização e ativismo judicial. Segundo Barroso, a judicialização e o ativismo judicial são primos; eles vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não possuem as mesmas origens. "A judicialização, no contexto brasileiro, é

13 - Para PERRET, Montesquieu e a Divisão dos Poderes (Sistema de Freios e Contrapesos), 2013: cria-se a ideia de que só o poder controla o poder, por isso, o sistema de freios e contrapesos, em que cada poder é autônomo e deve exercer determinada função, porém, este poder deve ser controlado pelos outros poderes, sendo então independentes e harmônicos entre si.

um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Já o ativismo [...] é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance" (BARROSO, 2012, p.25). Objetivando inteirar a compreensão em torno do assunto, Streck expõe que:

> O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. É como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a judicialização pode ser ruim e pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de judicialização (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. (STRECK, 2016)

Segundo Streck (2016), a judicialização está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição, enquanto o ativismo liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização, sendo que nessa decisão a vontade do julgador substitui o debate político. Ainda em consonância com o mesmo autor, "[...] decisões *contra legem* são ativistas, pois o juiz se assenhora da lei e coloca os seus juízos pessoais no lugar do constituinte e/ou legislador ordinário" (STRECK, 2016). Pode-se dizer também que "[...] é ativista decisão que confunde explicitamente os conceitos de texto e norma, remetendo o direito aos cânones formalistas." (STRECK, 2016)

Para Barroso (2012), o ativismo judicial traz consigo alguns riscos, quais sejam, o risco para legitimidade democrática, a politização indevida da justiça e os limites da capacidade institucional do Judiciário. Risco à legitimidade democrática, pois "[...] a importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo" (BARROSO, 2012, p.28). Citando Sarmento, o autor expõe que a lei não pode ser ubíqua.[14] Dessa forma:

> Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição. (BARROSO, 2012, p.28-9)

Outro risco é a politização indevida da justiça, pois, segundo Barroso (2012), uma decisão jamais será política consistindo em livre escolha e discricionariedade plena e, mesmo que comporte mais de uma solução, o juiz deverá buscar a que seja mais correta, à luz dos elementos do caso em tela. Novech, citando Barroso, expõe ainda que "[...] o dever de motivação, mediante o emprego de argumentação racional e persuasiva, é um traço distintivo relevante da função jurisdicional e dá a ela uma específica legitimação" (NOVECK, 2008, p. 420 apud BARROSO). Além disso, Barroso afirma que o direito não é política, de modo que não sejam admitidas escolhas livres, tendenciosas e partidarizadas, evidenciando também que:

14 - Nesse sentido, a lei não deve ser invocada para tolher a atuação do legislador, mesmo esta se fazendo sempre presente em alguma medida.

> Os riscos da politização da justiça, sobretudo da justiça constitucional, não podem ser totalmente eliminados. A Constituição é, precisamente, o documento que transforma o poder constituinte em poder constituído, isto é, Política em Direito. Essa interface entre dois mundos dá à interpretação constitucional uma inexorável dimensão política. Nada obstante isso, ela constitui uma tarefa jurídica. Sujeita-se, assim, aos cânones de racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, devendo reverência à dogmática jurídica, aos princípios de interpretação [...] Uma corte constitucional não deve ser cega ou indiferente às consequências políticas de suas decisões, inclusive para impedir resultados injustos ou danosos ao bem comum ou aos direitos fundamentais. Mas somente pode agir dentro das possibilidades e dos limites abertos pelo ordenamento jurídico. (BARROSO, 2012, p. 31)

No tocante ao risco dos limites da capacidade do Judiciário, Barroso leciona que, em caso de divergência na interpretação de normas constitucionais ou legais, é o Judiciário quem dá a palavra final. Contudo, o mesmo autor expõe que isso não significa que toda e qualquer matéria deva ser decidida em um tribunal, pois segundo esse doutrinador, deve-se levar em conta a capacidade institucional – sendo esta a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria – e o chamado risco de efeitos sistêmicos, eis que, de acordo com Barroso, os juízes são preparados para aplicar a microjustiça, mas nem sempre dispõem das informações, de tempo e até mesmo de conhecimento para analisar o impacto de suas decisões, proferidas em processos individuais, sobre uma realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de serviços públicos. Tais decisões põem em risco a continuidade de políticas públicas, a organização da atividade administrativa e, ainda, a alocação de recursos públicos. Para Barroso, um exemplo explícito disso é o setor de saúde, em que, "[...] ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias" (BARROSO, 2012, p. 30).

Pode-se adicionar mais uma consequência decorrente do ativismo judicial: trata-se, na visão de Streck, da criação do "cidadão de segunda classe",[15] que é aquele que se dirige diretamente ao Judiciário para buscar o que o Estado não fornece a todos. Dessa forma, "o Judiciário tem se tornado o último paladino, com certa margem de idoneidade, em que a sociedade já exausta de escândalos e corrupção, pode se socorrer" (RECK; VICENTE, 2012, p. 130). Nessa linha, observa-se "[...] a crescente demanda no Judiciário, acerca de questões que os poderes Legislativo e Executivo deveriam ponderar e resolver" (RECK; VICENTE, 2012, p. 129), levando ao acúmulo de processos que alimenta a superlotação do Judiciário, o qual nunca está com "fome", mas sempre tem um espaço para mais demandas.

4. O INTERESSE DO EXECUTIVO: ATIVISMO, O FIM JUSTIFICA OS MEIOS

O conhecimento de tudo o que foi exposto desemboca neste tópico. Em vista disso, fez-se necessário demonstrar as dificuldades da origem dos direitos fundamentais, a classificação des-

15 - O termo "cidadão de segunda classe" foi-me explicado por Streck em resposta a um e-mail que lhe enviei, ocasião em que me foram dadas explicações sobre o ativismo e suas consequências e, ainda, sobre o interesse do Estado perante este.

tes e destacar os direitos sociais, os quais são impactados pelas políticas públicas, que, em geral, são negligenciadas pelos detentores da representatividade do Executivo e Legislativo, gerando omissões que incentivam o ativismo judicial. Ao se defender do ativismo, o Executivo reputa a tal ação a afronta ao princípio da separação dos poderes e até mesmo à apropriação de poder, porém, mantém uma postura que incentiva a continuidade dessa "condenada" ação, constituindo, assim, um paradoxo, o que faz, na relação de poderes – Executivo-Judiciário –, o ativismo parecer usurpação. Maquiavel, em sua obra O Príncipe, expõe o jogo de poderes, em que não se faz relevante a moral ou a justiça, mas é de extrema importância parecer íntegro, piedoso, humano, fervoroso, entre outras características, pois "[...] os homens em geral julgam mais pelos olhos do que pelas mãos, porque a todos cabe ver mas poucos são capazes de sentir" (MAQUIAVEL, 1515, p. 105). Compare-se aqui a imagem do príncipe com a imagem do Poder Executivo brasileiro, para fins de que "[...] não é essencial possuir todas as qualidades acima mencionadas, mas é bem necessário parecer possuí-las" (MAQUIAVEL, 1515, p.104). Desse modo, para o Executivo, não é importante investir de forma eficaz em políticas públicas que abrangem a sociedade, mas se torna interessante parecer que a aplicação que é feita está gerando benefícios a todos, pois "[...] a natureza dos homens é aquela de obrigar-se tanto pelo benefícios que são feitos como por aqueles que se recebem" (MAQUIAVEL, 1515, p. 66-7). Exemplo disso é o ativismo incentivado pelo Executivo, em que este se utiliza da "bondade" do Judiciário em querer garantir e proteger os direitos fundamentais de segunda dimensão, promovendo tais direitos para aqueles que buscam o Judiciário e não a todos, como deveria ser. Ressalte-se o setor da saúde, no qual há um ativismo fortemente presente, estimulado pela omissão do Estado em assegurar um sistema de saúde eficaz, levando o cidadão a recorrer às vias judiciais. Em consequência da falta de investimento na rede de educação pública, eclodem inacabáveis demandas na justiça. Assim, com a superlotação judicial, o Executivo faz parecer que está em busca dos direitos da população, porém, a culpa é da morosidade dos trâmites processuais, uma vez que o "príncipe" deve "atribuir a outrem as coisas odiosas, reservando para si aquelas de graça" (MAQUIAVEL, 1515, p. 111). Sobre esse aspecto, cite-se Streck, que demonstra do seguinte modo o incentivo ao ativismo:

> Pensemos apenas no problema das aposentadorias rurais, por exemplo, cujos deferimentos são frutos de decisões, no mais das vezes, solipsistas, para usar um conceito que me é caro… Ou das liminares concedidas diuturnamente em face dos leilões ou mesmo determinando intervenções diretas nos orçamentos do Executivo (nas três esferas da federação). Lembrete: o site do Ministério da Saúde "ensina" como entrar em juízo contra a própria Viúva. Aqui, o próprio Executivo incentiva práticas ativistas (há estados como o Rio de Janeiro que fornecem até fraldas e xampu). (STRECK, 2013)

Destaque-se não só o comportamento do Executivo para com a sociedade, mas também o modo de se alcançar o governo. Em nosso país, governa aquele que tiver maiores incentivos financeiros em suas campanhas eleitorais e consigo tiver maior quantidade de "atores" políticos apoiando e propagandeando-as. A esse respeito, Maquiavel prevê que:

> Aqueles que somente por fortuna se tornam de privados em príncipes, com pouca fadiga assim se transformam, mas só com muito esforço assim se mantêm: não encontram nenhuma dificuldade pelo caminho porque atingem o posto a voo; mas toda sorte de dificuldades nasce depois que aí estão. São aqueles aos quais é concedido um Estado, seja

> por dinheiro, seja por graça do concedente [...] Estes estão simplesmente submetidos à vontade e à fortuna de quem lhes concedeu o Estado. (1515, p. 40)

Interprete-se o trecho transcrito acima, trazendo-o à nossa realidade, ou seja, os governantes que se alçam ao poder por meio de outras pessoas, no caso, atores políticos, estarão submetidos à vontade deles, pondo em "xeque" o desenvolvimento do Estado, devido a um governo submisso a interesses dos aliados, sendo descartadas todas e quaisquer políticas sociais que eventualmente sejam prejudiciais aos que o colocaram no poder. Não se desconsidera o fator democrático, por ser a representatividade popular que elege o candidato ao cargo pretendido, porém, há de se destacar que a democracia brasileira muito se resume ao sufrágio, pecando quando os candidatos estão empossados e exercendo as funções dos cargos representativos, pois não há – e, se houver, são de difícil acesso – os mecanismos para exercer a democracia em relação às políticas de desenvolvimento social, econômico e cultural. Assim, esse processo de desenvolvimento é permeado por relações persuasivas que albergam interesses individuais, fazendo com que, frequentemente, os 'atores' recorram:

> [...] ao chamado "intercâmbio", que significa a troca de favores, de apoios e até mesmo de benefícios, como dinheiro, cargos, bens, etc. Quando nem a persuasão nem o intercâmbio funcionam, há atores que se utilizam de ameaças. As ameaças podem se referir à imposição de danos ou prejuízos ou à suspensão de favores ou benefícios. (RUA, p. 07)

Apesar de tudo, pode-se dizer que os detentores dos cargos representativos brasileiros aprenderam ao menos um dos ensinamentos de Maquiavel: "[...] nas épocas convenientes do ano, distrair o povo com festas e espetáculos." (MAQUIAVEL, 1515, p.134).

5. O EXCESSO DE ATIVISMO JUDICIAL NA SUPREMA CORTE

Cabe fazer uma justa e necessária menção ao distinto Professor Oscar Vilhena Vieira, que soube abordar o ativismo no contexto do Supremo Tribunal Federal com uma precisão ímpar. O ativismo judicial envolve uma atuação proativa do Poder Judiciário para levar princípios e regras da Constituição a situações que não foram expressamente previstas pelo legislador. Trata-se de um modo adotado para comportar diversas situações surgidas e não positivadas na Carta Magna. A expressão ativismo judicial adquiriu nos últimos tempos uma conotação negativa de extrapolação do próprio papel pelo Judiciário. Na verdade, há situações que legitimam uma atuação mais expansiva de juízes e tribunais, ainda que excepcionalmente, com destaque para a promoção dos direitos fundamentais e a proteção das regras do jogo democrático.

Seja como for, a verdade é que o STF se move, como regra, pela autocontenção. Trata-se de algo já existente em outros tempos, quando aquela corte fora reconhecida pelo notável desempenho na produção jurisprudencial. Vários constitucionalistas atribuem o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Poder Judiciário como uma consequência natural da rigidez de uma constituição, como no caso do documento nacional.

Na lição do ilustre Professor Oscar Vilhena, em seu artigo "Supremocracia", a hiperconstitucionalização da vida contemporânea é consequência da desconfiança na democracia e não a sua causa.[16] Por isso mesmo, pode-se dizer que o STF acabou por exercer e se tornar um tribunal de apelação ou de última instância judicial, atuando em milhares de processos resolvidos pelos tribunais inferiores em vários anos, o que em tese explica esse ativismo considerável sob o ponto de vista do volume de decisões.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta obra, foi conciliada a filosofia maquiavélica com a realidade do cenário jurídico-político brasileiro, o qual pode ser visto por vários ângulos e que se realçou melhor à referida filosofia.

Ao considerarmos a trajetória histórica dos direitos fundamentais e seu ponto de origem, vemos o quanto são importantes, devendo ser garantidos pelo Estado de forma eficaz, uma vez que várias nações em diversas épocas empenharam-se para conquistar cada direito inserido em cada dimensão. Logo, ao Executivo, Legislativo e ao Judiciário cabe a tarefa de observá-los, garanti-los e preservá-los, seja por meio de políticas públicas, seja elaborando novas leis ou por meio do controle de constitucionalidade. Julga-se, com base nisso, que aos poderes públicos é defeso se absterem da observância dos referidos direitos.

Os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, destacados nesta obra por sua relevância, possuem uma relação intensa com as políticas públicas, cujas ações objetivam concretizar o disposto no texto constitucional. Contudo, as políticas públicas, em sua maioria, são negligenciadas, pois falta aos nossos administradores e legisladores a empatia, ver com os olhos da sociedade o que ela aspira e necessita. Empatia que o nosso Judiciário, mesmo de forma imparcial, às vezes extravagante e outras consideradas emotivas, atribui ao caso, de modo a gerar o ativismo. As bases político-administrativas nacionais são corruptas, desorganizadas, demasiadamente individuais e apáticas às pretensões sociais, sendo inaptas na proteção dos direitos fundamentais, valendo-se de um jogo de poder para se isentar das plausíveis responsabilidades. Como decorrência, a sociedade é levada a um caos instaurado por mera má gestão e por omissões sistemáticas dos poderes Legislativo e Executivo, encorajando a ação do Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais.

Integrando-se a filosofia da obra O Príncipe à realidade brasileira, expõe-se o modo de agir estratégico do Executivo e de se imputar ao Judiciário uma culpa exclusiva, a qual de fato é gerada pela omissão dos poderes Executivo e Legislativo, um em relação às políticas públicas e o outro ao legislar, criando um ambiente omissivo e propício ao ativismo, cabendo ao Judiciário suprir tais atos.

Ao focar nesta relação paradoxal, percebe-se que o Executivo se vale dos julgamentos dos casos concretos em que há omissões dos demais poderes para selecionar e promover políticas

16 - VIEIRA, Oscar Vilhena. *Revista Direito GV*, v. 4, nº 2, São Paulo – jul./dez. 2008. http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005. Acesso em: 3 nov. 18.

públicas não de modo a servir a toda a sociedade, mas somente aqueles que tiveram a sorte de se socorrerem no Judiciário, usando o ativismo como um meio de se autovitimar e isentar-se de sua responsabilidade. Essa postura, sabidamente, gera altas demandas judiciais e impacta na celeridade da justiça, semeando uma imagem negativa do Judiciário e retirando de si os holofotes da abrangência das políticas públicas ineficazes.

É certo que o ativismo não é vantajoso e traz consigo riscos à sociedade, quais sejam, risco à legitimidade democrática, politização indevida da justiça, limites da capacidade do Judiciário e até mesmo fomento à formação de "cidadãos de segunda classe". Faz-se necessário promover meios eficazes para pressionar os detentores de representatividade a não permanecerem omissos, levando-os a não sobrecarregarem a justiça com questões que podem e devem ser resolvidas administrativa e legislativamente, pois o ativismo tem de ser igual à classe política brasileira, ou seja, excepcionalmente exercer sua função.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

BARROSO, Luís. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 08 mar. 2017.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FONSECA, Francisco. Dimensões críticas das políticas públicas. *Cad. EBAPE.BR*, v. 11, n. 3, artigo 5, Rio de Janeiro, Set./Nov. 2013. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/8862/10599>. Acesso em: 08 mar. 2017.

HÖFLING, Eloisa. Estado e políticas (públicas) sociais. *Cadernos Cedes*, ano XXI, nº 55, novembro/2001. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v21n55/5539.pdf>. Acesso em: 08 mar. 2017.

HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton & Company, 1999.

LUSTOZA, Helton. *Eficiência e políticas públicas*: necessidade de um planejamento governamental. Disponível em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-direito/artigos/eficiencia-e-politicas-publicas-necessidade-de-um-planejamento-governamental-cboqgfbdktxis7uahif55bgwe>. Acesso em: 08 mar. 2017.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O Príncipe*. Edição: Ridendo Castigat Mores. [Domínio Público]

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PÉREZ LUÑO, Antonio. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PERRET, Marcelo. *Montesquieu e a Divisão de Poderes (Sistema de Freios e Contrapesos)*. Disponível em <http://www.lopesperret.com.br/2013/05/30/montesquieu-e-a-divisao-de-poderes-sistema-de-freios-e-contrapesos/>. Acesso em: 08 mar. 2017.

RECK, Janriê; VICENTE, Jacson. Ativismo judicial: uma forma de controle social?. *Revista Brasileira de Direito*, IMED, Vol. 8, nº 1, jan./jun. 2012. Disponível em <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/281/231>. Acesso em: 08 mar. 2017.

RUA, Maria. *Análise de Políticas Públicas: conceitos b*ásicos. Disponível em <http://franciscoqueiroz.com.br/portal/phocadownload/gestao/rua%20maria%20_%20analisedepoliticaspublicas.pdf> Acesso em: 08 mar. 2017.

SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, Daniel. *Ubiqüidade Constitucional Os dois lados da moeda*. Disponível em <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/17-ubiquidade-constitucional-os-dois-lados-da-moeda/ubiquidade-constitucional-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 09 mar. 2017.

STRECK, Lenio; MORAIS, José. *Ciência política e teoria geral do estado*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

_____. *Observatório Constitucional*: O que é isto, o ativismo judicial, em números?. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros>. Acesso em: 08 mar. 2017.

_____. *Senso Incomum*: O Rubicão e os quatro ovos de condor: de novo, o que é ativismo?. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jan-07/senso-incomum-rubicao-quatro-ovos-condor-ativismo>. Acesso em: 08 mar. 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Revista Direito GV*, Vol. 4, nº 2, São Paulo, jul./dez. 2008. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 3 nov. 18.

O REFLEXO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 NO INSTITUTO PROCESSUAL PENAL DA CONDUÇÃO COERCITIVA

THE REFLECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS ESTABLISHED IN THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988 IN THE CRIMINAL CONDUCT PENAL INSTITUTE

Joseanne Monique Borges de Carvalho[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Condução Coercitiva; 1.1 A Persecução Penal e seus Mecanismos de Atuação; 1.2 Outras Medidas Cautelares; 2. Os Direitos Fundamentais Individuais; 2.1 Proteção Contra a Autoincriminação; 2.2 Direito Fundamental de Liberdade; 2.3 O STF e os Direitos Fundamentais; 3. Confronto entre Condução Coercitiva e Direitos Fundamentais; 3.1 Conflito de Direitos; 3.2 Proporcionalidade e Razoabilidade; 3.3 Recepção do Art. 260 do CPP pela Constituição Federal; 4. Conclusão; Referências.

1 - Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Processus. Graduada pelo Instituto de Educação Superior de Brasília.

RESUMO: Este trabalho de pesquisa teve a finalidade de analisar a medida cautelar da condução coercitiva, aplicada ao processo penal sob o parâmetro da Constituição Federal de 1988 e seus princípios fundamentais de defesa do homem. O Processo Penal brasileiro, assim como todas as outras categorias de direitos, possui toda a sua base estabelecida nos princípios fundamentais constitucionais, devendo respeitar direitos individuais, como a liberdade, a dignidade e as garantias do devido processo legal. Assim, o Estado consegue oferecer aos demandados um processo justo e equânime para a resolução do conflito. Buscou-se demonstrar que, em uma sociedade democrática de direito, a persecução penal deve seguir os estritos moldes legais, a fim de resolver os impasses judiciais. Dessa forma, havendo antagonismo entre a medida cautelar adotada pela autoridade em juízo e os princípios fundamentais do indivíduo, os dois devem ser analisados individualmente, buscando o instituto ideal a ser aplicado ao caso concreto, restringindo temporariamente o alcance de um para que o outro, atuando, possa auxiliar na persecução penal, de forma a alcançar uma solução justa para o embate e, consequentemente, a devida aplicação da justiça por parte do Estado-juiz.

PALAVRAS-CHAVE: Condução Coercitiva. Princípios Fundamentais. Persecução Penal. Constituição Federal. Devido Processo Legal.

ABSTRACT: This research work had the purpose of analyzing the precautionary measure of coercive conduct, applied to the criminal process on the parameter of the Federal Constitution of 1988 and its fundamental principles of defense of man. The Brazilian Criminal Procedure, like all other categories of rights, has all its basis established in fundamental constitutional principles, and must respect individual rights such as freedom, dignity and the guarantees of due process of law. Thus, the State is able to offer the defendants a fair and equitable process for the resolution of the conflict. It was tried to demonstrate that in a democratic society of right, the criminal prosecution must follow the strict legal molds in order to solve the judicial impasses, in this way, if there is antagonism between the precautionary measure adopted by the authority in court and the fundamental principles of the individual, these two must be analyzed individually seeking what should be applied to the concrete case, temporarily restricting the scope of one so that the other, acting, can assist in criminal prosecution in order to achieve a fair solution to the clash and, consequently, the proper application of justice by the State Judge.

KEYWORDS: Coercive Conduct. Fundamental Principles. Criminal Pursuit. Federal Constitution. Due Process of Law.

INTRODUÇÃO

A condução coercitiva, prevista nos artigos 218 e 260 do Código de Processo Penal (CPP), é o meio utilizado pela Polícia Judiciária para produzir, no processo, evidências importantes na construção de uma investigação policial.

Esse instituto, incluído no nosso ordenamento jurídico pela Lei nº 12.403/2011, trouxe ao Judiciário a prerrogativa de fazer valer a decisão da autoridade pública frente à vontade do particular, parte em um processo. Dessa forma, faz prevalecer o interesse público diante do interesse particular.

Paralelamente ao instituto em tela, existem importantes preceitos fundamentais que estendem ao indivíduo garantias como a de não produzir provas contra si mesmo, da não restrição da liberdade sem o devido processo legal e de a sua dignidade/integridade pessoal não ser violada por práticas abusivas ou imoderadas.

Assim, existe um amplo debate na jurisprudência e na doutrina a respeito da constitucionalidade da condução coercitiva no ordenamento jurídico brasileiro. Para alguns juristas, esse instituto contraria princípios constitucionais e atenta contra direitos fundamentais, os quais formam os pilares da democracia em um Estado de Direito.

Já outros entendem que a condução coercitiva, quando aplicada estritamente nos moldes da legislação penal, não contraria, por si só, direitos fundamentais.

Nesse contexto, o estudo sobre a Condução Coercitiva e os Direitos Fundamentais buscará os fundamentos doutrinários favoráveis às teses de proteção aos direitos constitucionais individuais e aos direitos processuais penais utilizados na persecução da verdade real em um processo judicial. O propósito é evidenciar que não são institutos apartados ou antagônicos, podendo coexistir no ordenamento jurídico brasileiro.

1. CONDUÇÃO COERCITIVA

O Processo Penal prevê medidas a serem tomadas pela autoridade judicial quando uma das partes do processo descumpre, sem motivo justificado, ordem proferida pelo Tribunal.

Nos artigos 201, § 1°; 218 e 260 do Código de Processo Penal, são previstas as circunstâncias em que as medidas cautelares serão utilizadas no processo penal. Entre elas, a previsão de que o acusado somente será conduzido à presença das autoridades quando descumprir, sem motivo justo, uma ordem judicial.

Assim, a condução coercitiva é o poder que o Estado possui de usar de meios coativos contra o particular que não obedecer a uma ordem emanada pela autoridade judiciária. Para tanto, é neces-

sário que o ato tenha sido precedido de intimação e consequente inobservância da pessoa intimada.[2]

Guilherme de Sousa Nucci entende caracterizada condução coercitiva quando há a apresentação forçada de testemunha, vítima ou perito perante o juízo, a fim de prestar depoimento, declaração ou cumprir outro ato processual, quando, regularmente intimada, deixar de comparecer, sem justo motivo. Para tanto, expede-se o mandato de condução coercitiva, a ser cumprido pela autoridade policial ou por oficial de justiça, que pode contar com o apoio da justiça.[3]

Cada doutrinador possui uma visão peculiar sobre a condução coercitiva. Para Nucci, a condução coercitiva "[...] constitui uma modalidade de prisão cautelar de breve tempo, pelo fato de que qualquer cerceamento de liberdade, contra a vontade de quem a detém, constitui uma forma de constrangimento." [4]

As medidas cautelares possuem características específicas no Processo Penal, uma vez que não são regras a serem seguidas indiscriminadamente. São aplicáveis todas as vezes em que o processo enfrenta uma situação-problema que não pode ser sanável pelo livre curso do feito.[5] Nessa vertente, a doutrina entende que são medidas que devem ser aplicadas com excepcionalidade. Conforme entende Rodrigo Capez:

> Todas as medidas cautelares, indistintamente, se destinam a enfrentar uma situação de crise processual, representada pelo *periculum libertatis*, e somente a presença dessa situação extraordinária, nos casos expressamente previstos em lei, autoriza o recurso a esse meio também excepcional, de modo a romper-se a inviolabilidade da liberdade individual.[6]

Outra característica preponderante das medidas cautelares é a provisoriedade. Elas são assim conhecidas porque duram apenas no momento da execução da sua finalidade. Essa característica é importante porque confere garantias ao interessado, como a razoável duração do processo.

Rodrigo Capez cita que, embora o Código de Processo Penal não contenha regras dessa natureza, a Constituição Federal impõe, como direito fundamental, a razoável duração do processo (art. 5°, LXVIII, CFRB/88).[7]

Dessa maneira, Capez entende que o imputado não pode ficar preso cautelarmente por tempo indeterminado, aguardando julgamento. Mesmo a efetividade da presunção de inocência exige o julgamento mais célere possível, uma vez que a própria persecução penal já atinge o *status dignatis* do imputado.[8]

---

2 - Arts 201, § 1°; 218 e 260 do Código de Processo Penal.

3 - NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos Humanos versus Segurança Pública.* Editora Forense. p. 125, 2016.

4 - Ibidem, p. 125.

5 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado.* Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 669.

6 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal.* Editora Quartier Latin, 2017. p.357.

7 - Ibidem, p.357.

8 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal.* Ed. Quartier Latin, 2017. p.357.

O legislador previu uma variedade de medidas cautelares no ordenamento jurídico penalista brasileiro. Em meio a essa variedade, o aplicador do direito decide qual deve ser aplicada ao caso concreto, de modo que haja o menor índice possível de prejuízo processual.

Aplica-se o critério do "mínimo sacrifício necessário",[9] afinal, é um direito individual do imputado que está sendo sacrificado em virtude do interesse maior da apuração dos fatos e da livre aplicação da justiça.

Rodrigo Capez trata desse tema indicando que a pluralidade de medidas cautelares pessoais legalmente previstas evidencia a vontade do legislador de modular a resposta cautelar, de acordo com a quantidade e a qualidade do perigo real a ser tutelado. O autor continua seu pensamento afirmando que se trata de um modelo de pluralidade graduada, em que as medidas cautelares são ordenadas em termos de progressiva aflitividade ou de gradual intensidade de intervenção na liberdade pessoal.[10]

A técnica processual de se graduar a medida cautelar de acordo com a necessidade do processo está intimamente relacionada com o Princípio da Proporcionalidade, ou seja, deve haver relação de gradação entre o crime cometido e a medida a ser aplicada.[11]

Observa-se no art. 282 do CPP que as medidas cautelares podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativamente em um processo, a depender do juízo de periculosidade do agente, da gravidade da conduta e das circunstâncias relacionadas ao crime.

Nesse sentido, Rodrigo Capez acentua que:

> Somente poderá haver cumulação de medidas cautelares para atender às exigências cautelares da situação de perigo (*priculum libertatis*), e não para garantir o cumprimento de outra medida cautelar.[12]

1.1 Persecução Penal e seus Mecanismos de Atuação

O Estado possui a prerrogativa de proporcionar à sociedade uma equânime relação entre liberdade e justiça. A obrigação que daí decorre, assumida pelo Estado, de defender os direitos do indivíduo e punir os infratores da lei, impedindo que cada um defenda os seus direitos a seu próprio modo, possui previsão no art. 5°, XXXV, da CRFB/88, *in verbis:* "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Essa autonomia do Estado de acusar e punir os infratores da lei, bem como da vítima de buscar do Estado-juiz a prestação jurisdicional e ter reparada a lesão sofrida, é alcançada por meio

9 - Expressão utilizada por MARIO CHIAVARIO é utilizada pela Corte Constitucional Italiana. (CHIAVARIO, Mario. *Diritto processuale penale – profilo instituzionale*. 5. ed. Torino: Utet Giuridica, 2012. p. 693.

10 - CAPEZ, op. cit., p. 387.

11 - Ibidem, p. 389.

12 - Ibidem, p. 397.

do instituto da persecução penal ou ação penal. O Estado-acusação segue normas de direito penal para investigar um caso e punir o responsável pela atitude danosa a outrem. Guilherme de Sousa Nucci conceitua ação penal como o direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto por meio da ação, tendo em vista a pretensão de punir.[13]

Nascido o direito de punir do Estado, este só pode se concretizar com o exercício do direito de ação. A Constituição Federal oferece ao indivíduo a garantia do contraditório e da ampla defesa sempre que o Estado-juiz der início ao direito de ação para aplicar o direito a determinada conduta ilícita. Com base nesses princípios, Guilherme de Sousa Nucci explicita que não há possibilidade de haver punição, na órbita penal, sem o devido processo legal, isto é, sem que seja garantido o exercício do direito de ação, com sua consequência natural, que é o direito ao contraditório e à ampla defesa.[14]

Em alguns casos, para que haja um perfeito andamento da ação penal, o Estado-juiz se vale de condutas de restrição a determinados direitos constitucionais, previstos na lei processual penal, visando aplicar outro princípio também fundamental e constitucional, a segurança pública, desencadeando na ação penal um conflito entre princípios constitucionais.[15]

A Constituição Federal, em seu art. 5º, elenca regras e princípios conhecidos como princípios fundamentais. As regras são normas que são sempre satisfeitas ou não satisfeitas, cumpridas ou não cumpridas. São determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.[16] Nesse sentido:

> As normas constitucionais advindas da Constituição Federal de 1988, possuem princípios e regras estampadas no art. 5°, que cuida dos direitos e garantias individuais, considerados fundamentais, pois expressos. É perfeitamente viável encontrar-se uma regra meramente formal, constante do art. 5°, por vontade política da época da Constituinte, embora sem lastro no conjunto dos direitos humanos materiais. Exemplo já mencionado é o direito de não ser identificado criminalmente, caso possua identificação civil, na forma da lei. Uma regra de garantia individual, meramente formal. Noutros termos, respeita-se como garantia por constar do texto constitucional, mas, na essência, nem precisaria ali ter constado.[17]

Quanto aos princípios, não é possível encontrar algo no campo formal, visto que todos são materiais e, consequentemente, de aplicabilidade imediata. Porém, existem doutrinadores que entendem não existirem princípios absolutos, motivo pelo qual o judiciário deve buscar harmoni-

13 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processual Penal Comentado.* Editora Forense, p. 111. 2015.

14 - Ibidem, p.111.

15 - Idem. *Direitos Humanos versus Segurança Pública.* Editora Forense. p. 125.

16 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas.* Editora Quartier Latin. p. 51.

17 - NUCCI, op. cit., p. 115, 2016.

zá-los no ordenamento jurídico para que tenham a sua aplicabilidade balanceada de acordo com o caso concreto.[18] Nesse sentido:

> Somos partidários da tese de inexistência de princípios absolutos por duas razões básicas: a) são metas, horizontes, orientações amplas e genéricas a seguir, não possuindo interpretação única e comportando vários ângulos e pontos de vista; logo, algo tão genérico não pode ser absoluto; b) são naturalmente conviventes com os demais princípios, pois a harmonia precisa reinar na Constituição Federal, inexistindo motivo para um princípio ser superior a outro, na exata medida que a interpretação dada pelo operador do Direito, em especial, o Judiciário, é diversa, conforme quem a faz.[19]

Diante de todo o exposto, conclui-se que os princípios fundamentais previstos no art. 5° da CRFB/88 são norteadores da persecução penal. Todavia, não podem ser absolutos quando entram em confronto com o próprio Estado de Direito, devendo ser harmonizados; se assim não fosse, trariam um inevitável desgaste para o processo penal.

1.2 Outras Medidas Cautelares

As medidas cautelares são procedimentos específicos adotados pela autoridade judiciária, no âmbito do processo, sempre que estritamente necessário ao processo, de modo que venham a contribuir singularmente com a atuação judiciária.[20]

Nucci define essa matéria explicando que se trata de um instrumento restritivo de validade, de caráter provisório e urgente, diverso da prisão, como forma de controle e acompanhamento do acusado durante a persecução penal, desde que necessário e adequado ao caso concreto.[21]

Importante destacar que essas medidas, a serem aplicadas no decorrer do processo, não podem ser usadas aleatoriamente ou ao livre entendimento da autoridade judiciária. São medidas estudadas caso a caso e aplicadas de forma mais vantajosa ao acusado, sempre se observando os requisitos, já mencionados, da necessidade e adequabilidade.[22] Ressalte-se também que deve ser seguido o estrito modelo da previsão legal.

Nesse sentido, Nucci entende que, embora constitua instrumento mais favorável ao acusado, se comparada com a prisão provisória, não deixa de representar um constrangimento à li-

18 - Teoria dos Princípios de Robert Alexy.

19 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Direitos humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense. 2016. p. 116.

20 - Id. *Código de Processo Penal Comentado*. Editora Forense. 2015. p. 669.

21 - Ibidem, p. 668.

22 - Ibidem. p. 669.

berdade individual. Por isso, não pode ser aplicada automaticamente; depende do preenchimento de dois requisitos genéricos: necessariedade e adequabilidade.[23]

O art. 319 do CPP traz o rol de medidas cautelares que podem ser utilizadas no processo, todas elas introduzidas pela Lei nº 12.403/2011, buscando evitar o constrangimento do acusado por meio de prisões provisórias, de maneira que, ao final da persecução criminal, possam ser absolvidos ou responderem a uma pena mínima.

No caso de essas medidas serem adotadas e não cumpridas, o magistrado pode, então, decretar a prisão preventiva do acusado, como *ultima ratio*. Essa reforma, segundo Nucci, "[...] em princípio, é bem-vinda, restando ao Estado implementá-la na prática."[24]

A legalidade é um importante pressuposto da aplicação de qualquer medida cautelar, tendo em vista que, por se tratar de uma medida restritiva de direitos fundamentais, a autoridade judiciária deve se pautar no estrito cumprimento da legislação. Nesse sentido, Rodrigo Capez assim leciona:

> Tratando-se de intervenção no direito de liberdade, não existe discricionariedade judicial, pois, ao se restringir um direito fundamental, não há margem para opção entre simples indiferentes jurídicos. Cumpre ao juiz formular um juízo de legalidade, a ser necessariamente fundamentado.[25]

Assim, a análise da aplicação da legalidade ao caso concreto é o fator preponderante para definir se a intervenção do Estado no direito fundamental do indivíduo é juridicamente admissível ou não. Nesse sentido: "A análise da fundamentação constitucional para essa intervenção é que permite distinguir uma restrição (permitida) de uma violação (não permitida) ao direito de liberdade".[26]

Por esse motivo, faz-se importante que a lei destaque as medidas cautelares passíveis de aplicação em um processo, conforme citado no art. 319 do CPP. Se, ao contrário, a medida cautelar aplicada não estiver prevista em lei, a consequência jurídica será a violação de um direito, porquanto não haverá respaldo legal para tal atitude do Estado. Nessa hipótese, deve o Estado interromper a medida, por ter sido proveniente de uma ordem judicial destituída do inafastável fundamento da legalidade.

2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS INDIVIDUAIS

O art. 5°, caput, da CRFB/88 aduz que "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade."

23 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado.* Editora Forense, 2015. p. 669.

24 - Ibidem, p. 749.

25 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal.* Editora Quartier Latin, p. 405.

26 - Ibidem.

Os direitos fundamentais são proteções oferecidas pelo Estado democrático de direito a todos que se encontrem em seu território, a fim de resguardar a integridade, a dignidade e todos os direitos relacionados diretamente ao ser humano.

Nesse sentido, Canotilho discorre sobre o direito de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

> (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).[27]

Os direitos fundamentais individuais são regras de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Para garantir que esses direitos não sejam restringidos por alguma arbitrariedade, a Constituição Federal prevê institutos de proteção: Mandado de Segurança, Habeas Corpus, Habeas Data, Mandado de Injunção e Iniciativa Popular. São remédios constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.[28] Nesse sentido:

> São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma Constituição cuja eficácia e aplicabilidade dependem muito do seu próprio enunciado, uma vez que a Constituição faz depender de legislação ulterior de aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados entre os fundamentais. Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata. A própria Constituição Federal, em uma norma-síntese, determina tal fato dizendo que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata. Essa declaração pura e simplesmente não bastaria se outros mecanismos não fossem previstos para torna-la eficiente (exemplo: mandado de injunção e iniciativa popular).[29]

Embora sejam atribuídos aos direitos fundamentais um grau de importância elevado, próprio das sociedades organizadas democraticamente, eles não podem ser elevados a um grau de intangibilidade tal que impeça ou atrapalhe o livre curso da justiça brasileira em seu objetivo principal, qual seja, punir atos ilícitos praticados contra a sociedade de direito. Nesse sentido:

> Os direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos e garantias individuais e coletivos consagrados no art. 5° da Constituição Federal, não podem ser usados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito.[30]

27 - CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição.* Editora Almedina, p. 541.

28 - MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 32. Editora Atlas, p. 130.

29 - Ibidem, p. 31.

30 - MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional.* 32ª. Editora Atlas, p. 31.

De acordo com esse entendimento, conclui-se que os direitos fundamentais são princípios norteadores do bom convívio em sociedade, que obrigam o Estado a respeitar a dignidade da pessoa humana, enquadrando-se em um patamar de respeito mútuo aos direitos humanos. Porém, não são normas absolutas; deve-se observar os regramentos normativos de organização do Estado, admitida a punição aos ilícitos praticados pelos indivíduos. Nesse sentido:

> Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (Princípio da relatividade ou conveniência das liberdades públicas).[31]

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas traz expressamente, em seu art. 29, que toda pessoa tem deveres para com a comunidade, visto que somente nela pode desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no gozo de suas liberdades, todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a finalidade de assegurar o respeito aos direitos e liberdades dos demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Esses direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, ser exercidos em oposição aos propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado com vistas a conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou a uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes à supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados na referida Declaração.[32]

A doutrina costuma diferenciar direitos e garantias fundamentais, embora sejam institutos complementares e não subsistam em separado. Assim, enquanto os direitos asseguram a fruição de certos bens (sejam eles morais ou materiais), as garantias são assecuratórias do direito em si, ou seja, são declaratórias do direito.

Nessa vertente, Canotilho estabelece que as clássicas garantias são também direitos, embora muitas vezes se saliente nelas o caráter instrumental de proteção dos direitos. As garantias traduzem-se quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento de meios processuais adequados a essa finalidade.[33]

Jorge Miranda também segue esse padrão de pensamento, aduzindo que:

> Clássica e bem atual é a contraposição dos direitos fundamentais, pela sua estrutura, pela sua natureza e pela sua função, em direitos propriamente ditos ou direitos e liberdades, por um lado, e garantias por outro lado. Os direitos representam por si só certos bens,

31 - Ibidem, p. 31.

32 - Declaração de Direitos Humanos das Nações Unidas, art. 29.

33 - CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição.* Editor Almedina, p. 520.

> as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas", ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo; os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se.[34]

Diante do exposto, entende-se que o estudo dos direitos fundamentais do indivíduo contribui para uma justa e digna aplicação do direito penal ao demandado em um Estado democrático de direito.

2.1 Proteção Contra a Autoincriminação

O art. 5°, LXIII, da CRFB estabelece que "o preso será informado dos seus direitos, entre os quais o de permanecer calado...". Esse inciso constitui apenas um dos vários respaldos legais para o princípio da não autoincriminação.

Em paralelo com o direito de permanecer calado, figuram o direito à ampla defesa (art. 5°, LV) e a presunção de inocência (art. 5°, LVII). Tais direitos se associam ao raciocínio de que a lei põe a salvo o direito do indivíduo de não produzir provas contra si mesmo.

Com a modificação introduzida pela Lei nº 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem qualquer ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa. Sustenta-se que a necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência jurídica. Não se nega que, no espírito do magistrado, o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, seja defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do julgador para sustentar a condenação do acusado.[35]

Nesse sentido, firma-se o entendimento dos Tribunais Superiores. O direito à não autoincriminação é bastante aplicado pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça, com vistas a defender o direito ao silêncio, ao contraditório, à ampla defesa e à não produção de provas contra si mesmo. Confira-se:

> O princípio *nemo se detegere* refere-se à garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente.[36]

34 - MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional.* Editora Coimbra, p. 88-89.

35 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado.* Editora Forense. p. 461-462.

36 - STJ, REsp 1208583/ES, rel. Ministra Laurita Vaz, julgado em 04-12-2012, DJe 11-12-2012.

Em diversos julgados, o Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado em sentido favorável ao demandado. Assim como no âmbito do direito administrativo, quando se apuram responsabilidades em um processo disciplinar, o servidor também é protegido pelo princípio referido. No julgado abaixo (STJ, RMS 14.901/TO), o STJ firmou o seguinte entendimento:

> [...] a comissão processante feriu de morte a regra do art. **5º**, **LXIII**, da **CRFB/88**, que confere aos acusados o privilégio contra a auto-incriminação, bem como as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Com efeito, em vez de constranger a servidora a falar apenas a verdade, deveria ter-lhe avisado do direito de ficar em silêncio. Os interrogatórios da servidora investigada, destarte, são nulos e, por isso, não poderiam embasar a aplicação da pena de demissão, pois deles não pode advir qualquer efeito. Como, na hipótese em comento, o relatório final da comissão processante que sugeriu a demissão e a manifestação da autoridade coatora que decidiu pela imposição dessa reprimenda se valeram das evidências contidas nos interrogatórios, restaram contaminados de nulidades, motivo pelo qual também não podem subsistir.[37] (grifo do original)

Em contrapartida, não se admite a produção deliberada de provas falsas para a defesa de terceiros. Nesse caso, a pessoa pode incorrer em falso testemunho (STJ, HC 98.629/SC):

> O princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*, insculpido no art. 5º, LXIII, da *Lex Fundamentalis*, não alcança aqueles que comparecem em juízo com o propósito deliberado de produzir, falsamente, prova contra terceiros, ainda que, neste propósito, possam, **acidentalmente**, auto incriminarem-se.[38]

A jurisprudência entende não ser o mesmo caso quando a testemunha mente em audiência com a intenção de não se autoincriminar, nem mesmo com a orientação do seu advogado de defesa. Confira-se:

> Todavia, esse Egrégio STJ considera atípica a conduta da testemunha que mente em juízo para eximir-se da autoincriminação. Logo, conforme esse entendimento, como se trata de testemunha que negou ser usuária de drogas, por orientação do paciente, temendo que, de alguma maneira, essa declaração pudesse ensejar a instauração de inquérito ou ação penal contra ela, verifica-se a atipicidade da conduta da testemunha e, por conseguinte, do ora paciente.[39]

Nesse sentido, também se configura a Súmula 522 STJ, segundo a qual é considerada atípica a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial, ainda que em situação de alegada autodefesa.

Concluindo, o Estado oferece aos indivíduos o benefício de não se autoincriminar em

37 - STJ, RMS 14.901/TO, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21-10-2008, DJe 10-11-2008.

38 - STJ, HC 98.629/SC, Rel. Ministro Felix Fisher, julgado em 21-05-2009, DJe 03-08-2009.

39 - STJ, HC 47.125/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 02-05-2006, DJe 05-02-2007

uma audiência ou persecução penal, nos estritos limites em que se beneficie com tal conduta. Porém, não é aceita a conduta tendente a atrapalhar o percurso das investigações judiciais ou a conduta infiltrada de má-fé.

2.2 Direito Fundamental de Liberdade

Em um Estado democrático de direito, os indivíduos possuem o direito à livre manifestação em sua personalidade, criatividade e conduta, assim como à liberdade de ir, vir e permanecer. Nesse sentido, firma-se o princípio da liberdade, assegurado constitucionalmente.

Os direitos de liberdade constituem direitos de defesa, de primeira geração, que impõem ao Estado um dever de abstenção, de não interferência, de não intromissão na esfera de autonomia individual. Nesse sentido, configuram norma de competência negativa aos Poderes Públicos, que não podem criar embaraços ao seu exercício, quer material, quer jurídico.[40]

A característica principal do princípio da liberdade é a possibilidade de o indivíduo agir conforme os seus ideais e pessoalidades, sem que o Estado interfira em suas decisões. Nesse sentido:

> O traço específico das posições subjetivas identificadas como liberdades é a alternativa de comportamento, ou seja, a possibilidade de escolha de uma conduta. É a liberdade de agir, escolher, conduzir-se sem obstáculos e sem limitações ilegais.[41]

Essa liberdade estendida a todos pela Constituição Federal não pode ser interpretada de forma absoluta, tendo em vista que seu caráter principiológico permite a compreensão de acordo com as bases legais do Estado.

Rodrigo Capez entende que a estrutura de princípio do direito à liberdade não outorga permissão definitiva para fazer ou deixar de fazer tudo o que se quer. Garante-se, isto sim, um grau máximo de liberdade dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes, vale dizer, desde que não haja razões suficientes (direitos de terceiros, interesses coletivos) que fundamentem uma restrição à liberdade geral de ação.[42]

Nesse entendimento, os princípios da liberdade e da legalidade caminham juntos, já que o Estado confere liberdade ao indivíduo quando não proíbe, tão pouco obriga que alguma conduta seja realizada, ficando restrito ao livre arbítrio de cada um. No momento em que a conduta é tipificada, seja na sua forma autorizativa, seja em sua forma restritiva, não há mais o que se falar em liberdade, visto que o Estado atribuiu um dever legal àquela conduta.

---

40 - MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. p. 157-158.

41 - PONTES DE MIRANDA, Francisco Antônio. *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda nº 1, de 1969.* Ed. Revista dos Tribunais, 1971, p. 291, tomo V.

42 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais.* Editora Quartier Latin. p. 79.

Essa liberdade geral de atuar constitui a liberdade-matriz, a liberdade-base das demais liberdades individuais, e decorre do art. 5°, II, da Constituição Federal "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", o qual correlaciona liberdade e legalidade: a liberdade somente pode ser restringida por normas jurídicas preceptivas (que impõem uma conduta positiva) ou proibitivas (que impõem uma abstenção), formal e substancialmente constitucionais.[43]

Os direitos de liberdade, entendem os doutrinadores, têm natureza negativa, pois atribuem ao Estado uma ação negativa, correspondendo assim aos direitos de defesa, os quais protegem os indivíduos das interferências do Estado em seu direito de liberdade.

Rodrigo Capez entende que os direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a abstenções do Poder Público, à não realização de intervenções em determinados bens protegidos, como o direito a que o Estado não impeça ou dificulte determinadas ações do titular do direito (a prisão impede o direito de locomoção).[44]

Toda interferência estatal no direito de liberdade do cidadão deve estar em consonância com as normas constitucionais e infraconstitucionais, de modo a resguardar outros direitos relativos à coletividade, à segurança, à saúde e tantos outros.

Se houver fundamentação constitucional para a intervenção, não se tipificará uma violação, mas sim uma restrição ao direito fundamental, "[...] o que impede a ativação da consequência jurídica 'declaração de inconstitucionalidade e retorno ao *status quo ante*'". O correto, portanto, é conceituar o suporte fático como a soma do âmbito de proteção e de intervenção estatal, acrescida de ausência de fundamentação constitucional.[45]

O direito fundamental à liberdade é inerente ao indivíduo por ser assegurado constitucionalmente, entretanto, o indivíduo também possui o dever de agir em conformidade com os princípios e regras balizadores do Estado democrático de direito.

2.4 O STF e os Direitos Fundamentais

O Supremo Tribunal Federal é o órgão de última instância responsável pela guarda da Constituição Federal, conforme art. 101, parágrafo único, da CRFB. Dessa maneira, todas as questões que digam respeito aos direitos fundamentais e seus princípios constitucionais são julgadas pelo STF, de forma a equilibrar os preceitos constitucionais com a ordem pública.

Por diversas vezes, o STF teve que decidir entre conflitos de direitos fundamentais, nos quais existem direitos resguardados em ambos os lados. Considerando que todos sejam direitos constitucionalmente resguardados ao homem, o STF aplica um juízo de relatividade, fazendo prevalecer aquele que tiver maior peso no mundo jurídico. Nesse sentido:

43 - SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* Editora Malheiros, p. 237-238.

44 - CAPEZ, op. cit., p. 81.

45 - SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, p. 74.

> Ao ocorrer a tensão entre dois princípios reconhecidos pelo ordenamento constitucional em vigor, o de menor peso, de acordo com as circunstâncias e condições inerentes ao caso concreto, abdica do seu lugar ao de maior valor, em uma "relação de precedência condicionada"... A ponderação entre princípios constitucionais é tarefa das mais complexas e importantes para a manutenção da ordem constitucional coesa. Por essa razão é enorme a responsabilidade do Poder Judiciário, principalmente das Cortes Supremas dos Estados, quando do controle da constitucionalidade de leis restritivas de direitos, bem como da solução de tensões entre direitos fundamentais amparados pela Constituição, colidentes no caso concreto.[46]

Consoante o princípio da relativização, o STF entende que até mesmo o direito à vida, conhecido como o principal direito em uma sociedade democrática, pode ser relativizado à luz de cada questão em concreto.

Importante julgado do STF trata da questão do uso de algemas e o princípio da dignidade da pessoa humana. Um confronto entre o direito do Estado de usar de artifícios para garantir a ordem e a segurança pública em oposição ao direito que todos possuem à sua dignidade como ser humano. Sobre isso, a Súmula Vinculante 11 do STF preceitua que:

> Só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.[47]

O STF entende que os direitos fundamentais não são absolutos, devendo ser aplicados a cada caso concreto com sobriedade e ética, analisando-se as situações individualmente e fazendo prevalecer o direito mais urgente, que, se não aplicado, pode causar dano irreparável à parte. Nesse sentido:

> Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.[48]

46 - LOPES MAIA, Lorena. *Colisão de Direitos Fundamentais*: Visão do STF. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242>. Acesso em: 10 mar. 2018.

47 - STF, Súmula Vinculante n°11, Sessão Plenária de 13-08-2008, DJe de 22-08-2008

48 - STF, MS 23.452, rel. min. Celso de Mello, julgado em 16-9-1999, *DJe* de 12-5-2000.

Somente a lei pode atribuir o dever de conduta ao cidadão. O STF atua para fiscalizar se a lei, responsável por infligir ou inibir condutas gravosas à sociedade, está em consonância com os preceitos constitucionais.

O princípio da reserva legal atua como expressiva limitação constitucional ao poder do Estado, cuja competência regulamentar, por essa razão, não se reveste de suficiente idoneidade jurídica que lhe permita restringir direitos ou criar obrigações. Sob esse viés, o STF estabeleceu que "Nenhum ato regulamentar pode criar obrigações ou restringir direitos, sob pena de incidir em domínio constitucionalmente reservado ao âmbito de atuação material da lei em sentido formal."[49]

3. CONFRONTO ENTRE CONDUÇÃO COERCITIVA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais, previstos constitucionalmente, possuem grande importância na construção de um Estado democrático de direito. Nesse sentido, toda sociedade preocupada com seu crescimento e com o bem-estar de seus cidadãos fixa suas leis e doutrinas com o parâmetro das normas fundamentais de proteção ao ser humano.

Alexy Robert, em sua teoria dos direitos fundamentais, entende que as normas de direitos fundamentais desempenham papel central no sistema jurídico em razão de sua fundamentalidade formal, haja vista que, por se encontrarem no ápice da ordem jurídica, vinculam diretamente os três Poderes; e de sua fundamentalidade material, uma vez que, com base nelas, são tomadas decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade.[50]

Esses direitos, por estarem vinculados à Constituição do Estado, possuem um alto grau de proteção estatal, uma vez que as leis infraconstitucionais devem observar seus fundamentos e, na medida do possível, atuarem interligadas com os princípios protetivos do ser humano.

Entende Rodrigo Capez que constitucionalização é a consagração jurídico-positiva dos direitos fundamentais em normas formalmente constitucionais e sua consequência mais notória é a proteção de direitos fundamentais mediante o controle de constitucionalidade de atos estatais que neles intervenham.[51]

A presença dos direitos fundamentais responsáveis por proteger a dignidade da pessoa humana diante da atuação estatal é um fator norteador da administração do Estado e da aplicação do direito aos cidadãos. Conforme esse pensamento:

> A constitucionalização dos direitos fundamentais exprime a dimensão substancial da democracia, uma vez que eles ditam limites e vínculos de conteúdo aos poderes da maioria que, de outra forma, seriam ilimitados. Nesse sentido, os direitos fundamentais, subtraí-

49 - STF, AC 1.033 AgR-QO, rel. min. Celso de Mello, julgado em 25-5-2006, DJe de 16-6-2006.

50 - ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 520-523.

51 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Editora Quartier Latin, p. 318.

> dos da disposição da maioria, são normas substanciais sobre a produção legislativa e o conteúdo das decisões e circunscrevem a esfera do indecidível, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade.[52]

Paralelamente aos direitos fundamentais, foram instituídas pelo legislador medidas assecuratórias do direito de punitivo do Estado, que são aplicadas de acordo com a análise de cada caso e possuidoras de uma carga de fundamentalidade para a condução da persecução penal.

Rodrigo Capez entende que a excepcionalidade da prisão ou de qualquer outra medida cautelar pessoal, como corolário da tutela constitucional da liberdade de locomoção, exige não apenas proporcionalidade, como também fundamentação idônea e individualização.[53]

O pressuposto da individualização das medidas cautelares no processo penal é de vital importância para a condução das medidas cautelares dentro do propósito legal estabelecido constitucionalmente.

Se a fundamentalidade material de um direito implícito ou decorrente deriva de sua equiparação ou equivalência em conteúdo e dignidade aos direitos fundamentais catalogados, a norma-paradigma para o reconhecimento do direito fundamental não expresso à individualização da medida cautelar pessoal encontra-se no art. 5°, XLVI, da Constituição Federal: "a lei regulará a individualização da pena [...]". Em consonância com esse entendimento, Virgílio Afonso da Silva argumenta que:

> Se a constitucionalidade de uma restrição a um direito fundamental garantido por um princípio depende sobretudo de sua fundamentação constitucional, e se essa fundamentação constitucional é controlada a partir da regra da proporcionalidade, pode-se dizer que toda restrição proporcional é constitucional.[54]

3.1 Conflito de Direitos

A medida cautelar da condução coercitiva é utilizada com a intenção de fazer prevalecer as decisões do Estado frente à vontade individual do particular. Nucci explica a matéria como sendo o cerne da reforma processual, introduzida pela Lei nº 12.403/11, buscando evitar os males da segregação provisória por meio do encarceramento de acusados, que, ao final da instrução, podem ser absolvidos ou condenados a penas ínfimas.[55]

Ainda, segundo Nucci, a condução coercitiva é fundamental para que a ordem legal seja reconhecida e respeitada pelo acusado.[56] Nesse caso, não haverá responsabilidade penal do réu em

52 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais.* Editora Quartier Latin, p. 327.

53 - Ibidem, p. 333-334.

54 - SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia.* São Paulo: Malheiros, p. 206.

55 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado.* Ed. Forense, p. 749.

56 - Ibidem, p. 644.

crime de desobediência, tendo em vista ter sido usada a medida cautelar da condução coercitiva.[57]

Paralelamente a esse entendimento, o STF, ao votar as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 395 e n° 444, apresentadas pelo Partido dos Trabalhadores e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), entendeu que a condução coercitiva para interrogatório representa uma restrição da liberdade de locomoção e da presunção de não culpabilidade, para obrigar a presença em um ato ao qual o investigado não é obrigado a comparecer. Daí sua incompatibilidade com a Constituição Federal.[58]

Por termos dois entendimentos diferentes a respeito de duas matérias de direito relevantes para a sociedade, configura-se uma colisão entre direitos. Rodrigo Capez entende que "[...] colisões entre princípios, que ocorrem na dimensão do peso, exigem tratamento diverso das antinomias entre regras, que ocorrem na dimensão da validade.[59]

Pela teoria do "peso" citada por Rodrigo Capez, os princípios colidentes devem ser aplicados ao caso concreto conforme a sua medida de importância dentro do processo. Essa é a teoria dos princípios de Robert Alexy. Este autor ensina em sua teoria que se dois princípios colidem, prevendo consequências jurídicas inconciliáveis, um deles terá que ceder, mas isso não significa que o princípio cedente será declarado inválido e, consequentemente, extirpado do ordenamento jurídico.[60]

Alexy explica ainda que a solução exigirá a fixação de relações condicionadas sob as quais um princípio terá precedência em face do outro.[61]

Dessa maneira, a prevalência entre princípios parece a maneira mais sensata de se resolver um impasse jurídico dessa importância, haja vista a colisão entre dois princípios constitucionais que possuem elevado teor de importância à sociedade como um todo.

Rodrigo Capez avalia que a tensão entre princípios não se resolve com o estabelecimento de uma precedência absoluta, em abstrato, de um deles, e sim mediante um sopesamento que tenha por base o caso concreto, a fim de se definir qual deles terá precedência sobre o outro.[62]

Caso em que foi necessário utilizar a teoria de Robert Alexy e fazer prevalecer um entre dois princípios ocorreu em recente julgamento do STF, versando sobre as ADPFs n° 395 e 444. Nessa ocasião, a Suprema Corte teve que resolver o impasse entre o princípio da segurança pública (para conferir às autoridades judiciais o poder de dar cumprimento às suas decisões em face da vontade do demandado) e o princípio individual de proteção à liberdade e à não autoincriminação.

57 - NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processo Penal Comentado*. Ed. Forense, 2015.

58 - Informações sobre o referido julgamento disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271> Acesso em: 12 mar. 2018.

59 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Ed. Quartier Latin, p. 57.

60 - ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 93-99.

61 - Ibidem.

62 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares, a Individualização das Medidas Cautelares Individuais*. Ed. Quartier Latin, p. 58.

No julgamento em questão, o STF decidiu pela prevalência do princípio da liberdade, estendido aos acusados em processos judiciais. O Ministro Gilmar Mendes, relator do processo, teve seu voto com o seguinte teor:

> Nossa Constituição enfatiza o direito à liberdade, no deliberado intuito de romper com práticas autoritárias como as prisões para averiguação. Assim, salvo as exceções nela incorporadas, exige-se a ordem judicial escrita e fundamentada para a prisão – art. 5º, LXI. Logo, tendo em vista que a legislação consagra o direito de ausência ao interrogatório, a condução coercitiva para tal ato viola os preceitos fundamentais previstos no artigo 5º, *caput*, LIV e LVII. Em consequência, deve ser declarada a incompatibilidade da condução coercitiva de investigado ou de réu para ato de interrogatório com a Constituição Federal", afirmou em sua decisão.[63]

O referido ministro entende que a condução coercitiva no curso da ação penal havia se tornado obsoleta, principalmente porque a Constituição de 1988 consagrou o direito do réu de deixar de responder às perguntas, sem ser prejudicado (direito ao silêncio). Com isso, a condução coercitiva para o interrogatório foi substituída pelo simples prosseguimento da marcha processual, à revelia do acusado. Entretanto, segundo observou, o ato foi "reciclado" e, nos últimos anos, passou a fazer parte do procedimento padrão das operações policiais.[64]

Com esse julgamento, o STF valorizou e estendeu o direito constitucional da liberdade aos indivíduos, fazendo restringir o direito de segurança da coletividade, que se traduz pelo poder que a Segurança Pública tem de valer-se de medidas cautelares a fim de dar cumprimento às ordens emanadas do processo judicial em uma persecução penal.

A consequência da técnica do sopesamento é definida por Gilmar Ferreira Mendes. Segundo ele, nada impede que se colha de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros. Assim, Mendes entende que repetidas as mesmas condições de fato do precedente, um dos princípios tenderá a prevalecer sobre o outro.[65]

3.2 Proporcionalidade e Razoabilidade

Entende-se por princípio da proporcionalidade a obrigatoriedade que tem a autoridade judiciária de aplicar medidas no processo de forma equilibrada e proporcional ao efetivo dano causado. Virgílio Afonso da Silva explicita que o princípio da proporcionalidade "[...] é um instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais".[66] Dessa forma, a possibilidade de aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso

63 - Informações sobre o referido julgamento disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271> Acesso em: 12 mar. 2018.

64 - MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional.* Ed. Saraiva, p. 185.

65 - Ibidem.

66 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, p.27-34.

estatal constitui razão suficiente para abandonar a sinonímia entre regra da proporcionalidade e proibição do excesso.

Virgílio Afonso explica que o exame da proporcionalidade, em sentido amplo, visa demonstrar se há ou não fundamentação constitucional para uma intervenção em um direito fundamental. Segundo ele, aplica-se, portanto, para estabelecer se uma intervenção pode ser considerada constitucionalmente fundamentada (restrição) ou se, ao revés, configura uma violação a um direito fundamental.[67]

Pelo princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, o Estado deve usar de ponderação no uso das restrições a direitos no processo. De acordo com Humberto Ávila, a proporcionalidade é um "[...] postulado normativo aplicativo", uma norma que que estabelece a estrutura de aplicação de outros princípios e regras.[68]

Virgílio Afonso acentua que a regra da proporcionalidade, além de instrumento de controle contra o excesso do poder estatal, tem sido utilizada para finalidade oposta, isto é, como instrumento contra a omissão ou contra a ação insuficiente dos poderes estatais.[69]

O estudo da proporcionalidade e seus efeitos na atuação jurídica do Estado torna-se necessário, pois esse princípio serve de fundamento para coibir atitudes arbitrárias e abusivas contra o demandado. Dessa forma, o processo se mantém equilibrado e equânime para as partes, de modo a alcançar uma solução justa para o impasse entre direitos. Virgílio Afonso da Silva entende que "o objetivo da regra da proporcionalidade, como o próprio nome indica, é fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais."[70]

Também importante mencionar que, pela Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, quando há um conflito entre direitos fundamentais, faz-se necessário promover um "sopesamento" entre ambos, com vistas a identificar qual deles deve ser aplicado ao caso concreto. Com isso, minimiza-se o efeito de um para que o outro, mais importante naquele momento, prevaleça.[71]

Ainda, segundo Alexy, a única forma de se restringir um direito fundamental é a citada acima. Assim, com base no estudo do caso específico, atribui-se a um princípio fundamental uma atuação preponderante, em virtude de que, naquele momento, a prevalência de um trará mais benefícios ao processo do que o outro princípio.

De acordo com esse entendimento, sacrifica-se, por um momento, um princípio e garante-se uma melhor resolução do impasse travado no processo. Alexy ainda esclarece que:

67 - 66 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, p.44.

68 - ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros. p.133.

69 - SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável.* Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 26-27.

70 - Ibidem, p. 24

71 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas.* Ed. Quartier Latin, p. 58.

> Uma restrição a um direito fundamental somente é admissível se, no caso concreto, for atribuído maior peso ao princípio colidente. Por isso, é possível afirmar que os direitos fundamentais, enquanto tais, são restrições à sua própria restrição e restringibilidade.[72]

A razoabilidade se relaciona com a ideia de proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, deve-se avaliar a consequência da medida imposta no processo e o benefício que esta mesma medida trará à persecução penal. Busca-se equilibrar os meios e os fins, de forma que o prejuízo às partes envolvidas se restrinja ao estritamente necessário. Nesse sentido:

> Além da adequação entre o meio empregado e o fim perseguido – isto é, a idoneidade da medida para produzir o resultado visado -, a ideia de razoabilidade compõe-se ainda de mais dois elementos. De um lado, a necessidade ou exigibilidade da medida, que impõe verificar a inexistência de meios menos gravosos para a consecução dos fins visados.[73]

Assim sendo, o princípio da razoabilidade, segundo Humberto Ávila, exige uma relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.[74]

Luís Roberto Barroso entende que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade permitem ao judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado.[75]

Para concluir, a forma de se aferir se uma medida destinada a restringir um direito fundamental – como exemplo, o da liberdade – é constitucional ou configura uma violação ao direito fundamental é avaliar se os imperativos da proporcionalidade e da razoabilidade permeiam essa medida.

3.3 Recepção do Art. 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal

Em 1988, época em que a Constituição Federal foi promulgada, o Direito Processual Penal era um sistema binário. Pelas regras desse sistema, cumpria-se a prisão cautelar ou a liberdade provisória, mediante os requisitos pertinentes a cada situação. Para Luiz Flávio Gomes, "[...] essa bipolaridade conduziu à banalização da prisão cautelar".[76]

O sistema processual penal então vigente buscava respaldo legal no art. 5°, LXV e LXVI, da CRFB/88, que trata dos institutos do relaxamento de prisão ilegal e da liberdade provisória.

72 - ALEXY, Albert. *Teoria dos Direitos Fundamentais.* Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 296

73 - BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo.* Ed. Saraiva jur. p. 298.

74 - ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, p. 163.

75 - BARROSO, op. cit., p. 300.

76 - GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

Com o advento da Lei nº 12.403/11 e suas alterações no ordenamento jurídico, o art. 5°, LXVI, CRFB/88 não pode mais ser observado em sua literalidade. Conforme entende Rodrigo Capez, o ciclo de alterações que culminou na Lei n° 12.403/12 deve importar na releitura do art. 5°, LXVI, da Constituição Federal, pois a literalidade da expressão constitucional "liberdade provisória", atualmente, está muito aquém da real finalidade da norma constitucional e do bem jurídico por ela tutelado.[77]

Isso aconteceu porque, até a promulgação da Constituição, não havia as chamadas medidas cautelares pessoais, as quais se adaptam conforme a ocasião a ser tratada. Por isso, o art. 5°, LXVI, da CF não especifica outras formas de medidas cautelares diferentes da prisão preventiva. Nesse sentido:

> Sob o prisma histórico, o ordenamento jurídico brasileiro desconhecia medidas cautelares diversas da prisão quando promulgada a Constituição Federal de 1988, razão pela qual o seu art. 5°, LXVI, limitou-se a prever a liberdade provisória como a única medida destinada a obstar a manutenção de uma prisão cautelar desnecessária.[78]

O sistema até então adotado passou por mudanças significativas. Agora, a autoridade judiciária possui diversas outras opções de atuar cautelarmente em um processo, de forma a tornar mais brandas as medidas cautelares que não sejam a prisão preventiva. A Lei nº 12.403/11 promoveu profundas alterações nesse sistema: alargou significativamente o espectro de opções à disposição do juiz, com a previsão de dez medidas cautelares alternativas à prisão e, principalmente, acentuou o caráter pré-cautelar da prisão em flagrante.[79]

As medidas cautelares introduzidas pela referida lei legalizaram os meios utilizados pela autoridade judiciária para garantir a efetividade do resultado do processo. Além disso, também protegem os interesses do demandado, tendo em vista que a lei atribui à autoridade judiciária a obrigação de usar as medidas de forma branda, conforme o caso concreto, e ir aumentando o grau de severidade de acordo com a necessidade.[80]

Podemos citar que se, por um lado, essas medidas protetivas resguardavam primariamente os interesses da vítima, por outro, não deixavam de amparar o imputado, na medida em que, instituída legalmente uma gradualidade para sua imposição, a sua liberdade não seria *prima facie* restringida em grau máximo, prevendo-se a decretação da prisão preventiva para "garantir a execução das medidas protetivas de urgência".[81]

Entende-se que a Constituição deve se vincular à realidade vivida pela sua época, pois o direito está em constante mudança. Os direitos fundamentais são amplos e não restritos; eles conseguem acompanhar a legislação infraconstitucional e consolidá-la à sua própria normatividade. Nesse sentido:

77 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas.* Ed. Quartier Latin, p. 309.

78 - Ibidem, p. 310.

79 - Ibidem, p. 306.

80 - Ibidem.

81 - CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas.* Ed. Quartier Latin, p. 309.

> Uma Constituição que fosse petrificada com conteúdos tradicionais perderia o seu próprio sentido: vincular a totalidade de um presente vital a um ordenamento adequado. Os direitos fundamentais se referem a uma realidade social em constante mutação. E a legislação infraconstitucional tem especial importância nas mudanças de conteúdo dos direitos fundamentais: ela pode ser a precursora de transformações de fundo, de novas ideias jurídicas que, por sua vez, repercutem na Constituição e nos direitos fundamentais.[82]

Diante de todo o exposto, entende-se que a Constituição Federal, devido a sua atualidade e necessidade de constante adaptação às mudanças da sociedade, adapta o seu texto ao entendimento firmado pela lei e jurisprudência adotada no Estado de Direito. Nesse sentido:

> Assim, diante da nova realidade infraconstitucional, propõe-se a seguinte interpretação para o art. 5°, LXVI, da Constituição Federal: "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, *quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão* ou liberdade provisória, com ou sem fiança.[83]

De acordo com o entendimento acima, ao se estudar o dispositivo constitucional referido, deve-se ter em mente o seu significado contemporâneo, abrangendo as mudanças legais propostas pelos novos rumos do direito processual penal brasileiro. Nesse sentido:

> Não se trata de uma modificação do enunciado normativo, do texto, que permanece inalterado, mas sim de uma atualização do seu significado, perfeitamente compatível com a *ratio* da norma e com a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, na medida em que aumenta o seu âmbito de proteção.[84]

Dessa maneira, entende-se que qualquer decisão que restrinja a aplicação das medidas cautelares, previstas em lei, baseando-se no entendimento constitucional previsto no art. 5°, LXVI, é vista como um "retrocesso social",[85] considerando-se a interpretação dada pela Constituição à época da sua promulgação.

Canotilho explica que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas (lei da segurança social, lei do subsídio do desemprego, lei do serviço de saúde) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação', 'revogação' ou 'aniquilação' pura e simples desse núcleo essencial.[86]

82 - HÄBERLE, Peter. *La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales.* Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson,2003, pp. 198-200.

83 - CAPEZ, op. cit., p. 314.

84 - Ibidem, p. 314.

85 - Expressão utilizada por Rodrigo Capez em: CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, A Individualização da Medida Cautelar no Processo Penal.* Ed. Quartier Latin. p. 315.

Conclui-se, dessa forma, que a interpretação constitucional tende a concordar com as leis instituídas com a finalidade de trazer melhorias ao direito processual brasileiro contemporâneo, atualizando o campo das medidas cautelares alternativas à prisão, de modo a favorecer o tratamento individual do demandado de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

4. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é possível compreender, sob a ótica de Rodrigo Capez, que a Constituição Federal de 1988 não é um texto rígido, insuscetível de adaptar-se ao momento contemporâneo, típico de sociedades ou governos autoritários; muito pelo contrário, a Constituição Federal reflete os princípios democráticos do Estado de Direito brasileiro, tendente a observar e acomodar-se em um plano contemporâneo de direito.

Nesse entendimento, observa-se que a interpretação do texto constitucional deve favorecer a aplicação de leis atuais e operantes no cenário judicial brasileiro, em consonância com as necessidades do país e visando à construção de uma sociedade mais livre, justa e equânime a todos.

Também é possível concluir, conforme entendimento de Guilherme de Sousa Nucci, que a aplicação da medida cautelar da condução coercitiva foi introduzida à legislação processual penal brasileira como um instrumento mais favorável ao demandado, de modo que este, sendo conduzido à presença da autoridade judiciária, não responderá pelo tipo penal da desobediência.

O instituto da condução coercitiva pode ser aceito constitucionalmente como uma medida válida, desde que observados os estritos moldes estabelecidos pela lei. Respeitados os requisitos da necessariedade e adequabilidade, a medida cautelar torna-se um poderoso aliado na persecução penal e, consequentemente, no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXI, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. Editora Saraiva JUR.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1208583 ES 2010/0162642-0*, rel. min. Laurita Vaz, j. 04/12/12, DJe 11/12/12.

86 - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p.321.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Notícia sobre o julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nºs 395 e 444*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=365271>. Acesso em: 12 mar. 2018.

_____. _____.*AC 1.033 AgR-QO*, rel. min. Celso de Mello, j. 25-5-2006, P, *DJ* de 16-6-2006.

_____. _____.*MS 23.452*, rel. min. Celso de Mello, j. 16/9/1999, P, *DJ* de 12/5/2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas, a individualização da Medida Cautelar no Processo Penal*. Editora Quartier Latin.

DECLARAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DAS NAÇÕES UNIDAS, art. 29.

GOMES, Luiz Flávio. *Prisão e Medidas Cautelares*: comentários à Lei 12.403, de 4 de maio de 2011. Revista dos Tribunais, 2011.

HÄBERLE, Peter. *La garantia del contenido essencial de los derechos fundamentales*. Tradução de Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.

LOPES MAIA, Lorena. *Colisão de Direitos Fundamentais*: Visão do STF. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11242> Acesso em: 10 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Editora Coimbra.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. São Paulo: Atlas.

NUCCI, Guilherme de Sousa. *Código de Processual Penal Comentado*. 14. ed. São Paulo: Ed. Forense.

_____. *Direitos humanos versus Segurança Pública*. Editora Forense, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros.

O TRIBUNAL DE CONTAS E AS CARREIRAS DE ESTADO COMO FATORES DE TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA: CONJUNTURA E TENDÊNCIA

THE COURT OF ACCOUNTS AND THE STATE CAREERS AS TRANSFORMING FACTORS OF THE BRAZILIAN SOCIETY: CONJUNCTURE AND TRENDS

Adriano Antonio Sousa[1]

SUMÁRIO: Introdução; 1. Fatores de relevância para a transformação da sociedade brasileira; 1.1 A liberdade de imprensa como fator transformador da sociedade; 1.2 O instituto constitucional do concurso público e o papel transformador das carreiras de Estado: juízes, promotores, polícia federal e advocacia pública; 2. A instituição Tribunal de Contas e sua missão constitucional; 2.1 O papel do Tribunal de Contas na realização dos direitos fundamentais; 2.2 O Tribunal de Contas sob o prisma conjuntural; 3. Conclusão; Referências.

1 - Procurador Federal, Especialista em Direito Penal pela Universidade de Franca/SP; Professor de Direito Previdenciário do UNIFEMM e Professor de Pós-graduação no Curso de Direito e Processo do Trabalho realizado pelo Centro de Atualização em Direito – Belo Horizonte/MG.

RESUMO: O presente artigo objetiva analisar a efetividade da atuação dos Tribunais de Contas como protagonistas frente ao alastramento da corrupção pelo país. Procura demonstrar o relevante papel institucional que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribuiu às Cortes de Contas, incumbindo-lhes a fiscalização do gasto do dinheiro público e o controle da eficiência e da integridade da administração pública na gestão do bem público, relacionando o cumprimento de sua tarefa como uma das condições para a realização plena dos direitos fundamentais. Analisa e critica a falência do modelo de controle externo, enfatizando, ainda, como fatores de transformação da sociedade brasileira, a liberdade de imprensa e o instituto do concurso público, de onde emergem servidores integrantes de carreiras de Estado, como juízes, promotores/procuradores, polícia federal e advogados públicos, os quais exercem papel de destaque na transformação social. O desenvolvimento do texto se deu a partir de pesquisa bibliográfica, com a utilização de metodologia indutiva/comparativa de dados estatísticos, textos jurídicos, doutrina e jurisprudência para, a partir de uma visão geral do tema, se obter conclusões razoáveis acerca da problemática estudada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Tribunal de Contas. Carreiras do Estado. Fatores de Transformação da Sociedade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the effectiveness of the Courts of Accounts as a protagonist in the spread of corruption throughout the country. It seeks to demonstrate the important institutional role that the Federal Constitution assigned to the Courts of Accounts, entrusting to them the fiscalization of the public money expenditure and the control of the efficiency and the integrity of the public administration in the management of the public good, relating the fulfillment of its task as one of the conditions for the full realization of fundamental rights. It analyzes and criticizes the bankruptcy of the external control model, also emphasizing, as factors of transformation of the Brazilian society, the freedom of the press and the institute of the public contest, from which emerge publics servants members of state careers as judges, prosecutors, federal police and public lawyers, who play a prominent role in social transformation. The development of the text was based on the use of an inductive / comparative methodology of statistical data, legal texts, doctrine and jurisprudence to obtain reasonable conclusions about the problem studied.

KEYWORDS: Courts of Accounts. State careers. Factors of Transformation. Brasilian society.

INTRODUÇÃO

Passados mais de 25 anos da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), em que pesem os males que assolam a sociedade brasileira, observam-se notórios avanços nas estruturas da sociedade e em alguns indicadores socioeconômicos, seja pela melhoria, ainda que tímida, na distribuição de renda, nas taxas de desemprego, no aumento dos rendimentos médios dos trabalhadores, seja na relativa expansão da chamada baixa classe média, no acesso universal ao ensino, na diminuição do analfabetismo e na qualidade de vida em geral.

A par da constatação dessas relevantes melhorias, subsiste uma sedimentada inércia da superestrutura no Brasil (cultura, instituições, estruturas de poder político, papel social, rituais e o Estado), a qual, a *contrario sensu*, tem condicionado a infraestrutura nacional. Política, leis, instituições jurídicas, ideologia e Estado têm influído sobremaneira nas bases econômicas, fato que subverte de forma inequívoca a dinâmica da evolução nacional, com severos reflexos na infraestrutura de desenvolvimento (*lato sensu*), marcada por profundas e graves carências, seja nas áreas de transporte (escoamento de produção, exportação, importação), seja em segurança, saúde, educação, saneamento, mobilidade urbana, habitação, entre outros setores.

Esse contexto, ladeado por vastos e escabrosos casos de corrupção, sem precedentes na história mundial, tem impedido a sociedade brasileira de avançar em direção a níveis de desenvolvimento socioeconômico e político próprios de países desenvolvidos.

Mesmo após duas décadas de pujança econômica (ainda que abaixo da observada em outros países em desenvolvimento), o Brasil não conseguiu se libertar das amarras que o prendem a índices típicos de terceiro mundo. Além da já mencionada questão envolvendo a superestrutura, há outra variável relevante: a arraigada corrupção em todos os cantos do território nacional, atuando como principal condicionante para o continuísmo da mediocridade do desenvolvimento brasileiro, mesmo nas décadas de abundância econômica.

Nesse contexto de corrupção sistêmica por todos os rincões do Estado brasileiro, pretende-se, a partir da identificação dos principais fatores de relevância para a transformação da sociedade brasileira, a exemplo do instituto do concurso público e da liberdade de imprensa, direcionar o foco do presente texto para uma análise da atuação dos Tribunais de Contas em relação às suas atribuições institucionais, investigando se os responsáveis pelo controle externo, em sua atividade fiscalizatória ampla, têm atuado de forma efetiva na implementação da boa e regular aplicação de recursos públicos.

1. FATORES DE RELEVÂNCIA PARA A TRANSFORMAÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) é um marco na formatação da sociedade brasileira, inaugurando um novo Estado de Direito. Nesse aspecto, o novo Estado conta com menos de 30 anos de existência, sendo que, nesse intervalo de tempo,

vários fatores contribuíram para substanciais mudanças políticas, sociais e culturais da sociedade.

Mesmo para os mais céticos, basta assistir ao filme "*Tempos de Paz*", lançado em 2009 e dirigido por Daniel Filho, para constatar reais diferenças entre os costumes da 1ª metade do século XX e aqueles do 1º quartil do século XXI.

Nesse contexto, a Administração Pública, com a missão de materializar os objetivos traçados pelo Estado no atendimento do interesse comum, apresenta-se como protagonista na concretização de uma transformação virtuosa das estruturas e costumes sociais. Em outros termos, somente uma "boa" administração, pautada por um plexo de caracteres muitas vezes sobrepostos, como ética, transparência, probidade, moralidade, eficiência e competência (governança), é capaz de propiciar um ambiente favorável à concretização dos direitos fundamentais, convertendo parâmetros e vetores centrais de um modelo de Estado que patrocine um real e permanente compromisso com a melhoria das condições de vida da população.

Didaticamente, a atividade de administrar compreende planejamento, organização, direção e controle dos atos e recursos organizacionais para alcançar os objetivos estabelecidos. O controle, pois, é inerente ao êxito da atividade de administrar. No mesmo sentido, o controle dos atos emanados pela Administração Pública surge como um dos mais caros valores políticos, correspondendo ao poder/dever de fiscalização e correção exercido pelo Poder Judiciário, Legislativo, Executivo e pelo cidadão, com o escopo de garantir a conformidade da gestão pública com princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Assim, além de inúmeros fatores de diferentes naturezas, sob um prisma muito particular e sem uma maior preocupação com uma sistematização de todo racional, três pilares se apresentam como de evidente relevância para a garantia de controle da Administração Pública, como protagonista rumo a uma evolução da sociedade brasileira: a incipiente obediência à exigência constitucional do concurso público, a liberdade de imprensa e a efetiva gestão da máquina pública, demarcada pelo indispensável controle do poder, na seara administrativa, consubstanciado pelos controles interno e externo.

No âmbito do instituto do concurso público, emergem categorias de servidores em carreiras de Estado, dotados de autonomia ou de ampla independência funcional, além de estabilidade e subsídios diferenciados. É o caso de Juízes, Promotores/Procuradores, Delegados de Polícia e Advogados Públicos, responsáveis, respectivamente, pela administração da justiça *stricto sensu;* pela fiscalização e proteção dos princípios e interesses fundamentais da sociedade, bem como pela guarda e promoção da democracia, da cidadania e da moralidade; pela apuração de crimes e infrações penais, cometidas contra a Administração Pública ou o erário, entendido de forma ampla, e, enfim, pelo controle da legalidade dos atos da Administração e por sua defesa em juízo.

A tríade composta por uma imprensa livre e responsável, por órgãos de controle externo efetivamente atuantes e por autênticos servidores de Estado, dotados de independência e/ou autonomia para a realização de suas elevadas funções, cientes de seu dever para com a sociedade, fica em evidência quando se coloca em foco o legítimo anseio pelo desenvolvimento e construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com redução das desigualdades sociais e predomínio do bem comum, tal como estabelecido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) em seu art. 3º.

1.1 A liberdade de imprensa como fator de transformação social

Mesmo não sendo o tema principal do presente estudo, razão pela qual pouco explorada, a liberdade de imprensa apresenta-se como fator de fundamental importância na transformação social, já que garante, além do acesso à informação, de forma oblíqua, a livre manifestação da expressão intelectual, artística e científica, responsável por assegurar um ambiente propício ao processo de formação do pensamento e das ideias.

A liberdade de expressão, compreendida de forma ampla como direito de informar, de se informar e de ser informado, guarda uma relação umbilical com a liberdade de imprensa. Tal direito constitucional, concernente à livre manifestação do pensamento, das ideias e opiniões, se associa inexoravelmente aos elementos da liberdade de imprensa, afeta esta à difusão dessas ideias e opiniões, desvendando os fatos e transformando-os em informação por meio da veiculação de notícias.

A relação entre democracia e imprensa é tema complexo, recorrente e tradicional no campo da Política e da Comunicação. Tornando mais complexa essa relação, o século XXI se inicia sob o império da informação, com o jornalismo midiatizado (televisão, internet e rádio) traduzindo-se como principal meio de contato do cidadão com a política. Nessa seara, ainda que não imune a críticas, haja vista a relativa dependência do gasto governamental em publicidade, a imprensa livre se firma como importante instituição, capaz de contribuir para a sustentação dos valores republicanos e do regime democrático, fiscalizando políticos e governos e debatendo temas de interesse comum. Reafirma, assim, sua função essencial ao fornecer meios para o desenvolvimento do senso crítico no meio social.

1.2 O Instituto constitucional do concurso público e o papel transformador das carreiras de Estado: juízes, promotores, polícia federal e advocacia pública

A previsão de concurso público como forma de recrutamento de pessoal para a Administração Pública data da Constituição de 1891. A exigibilidade de concurso, entretanto, era letra morta, seja pela sua simples inobservância, seja pelas exceções legais. Somente com a Constituição de 1934, o instituto do concurso público passou a ter estatura constitucional, mas apenas de forma parcial, haja vista a possibilidade de nomeações interinas (notadamente para os cargos mais importantes), a dispensa de concurso por lei e a realização de processos seletivos simplificados, concursos internos, entre outras brechas legais.

Como observado por Adilson Dalari, citado por Renato Monteiro de Rezende:[2]

> A redação (dolosamente) defeituosa do texto de 1969, art. 97, § 1º, dizendo que apenas a "primeira investidura", somente em "cargos públicos" é que dependeria de aprovação em

2 - REZENDE, Renato Monteiro. *Concurso Público*: avanços e retrocessos. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/concurso-publico-avancos-e-retrocessos>. Acesso em: 26 abr. 2017.

> concurso público, "salvo os casos indicados em lei", permitiu toda sorte de burlas e abusos, gerando um empreguismo desenfreado, um super inchamento dos quadros de pessoal, um descontrole completo do funcionalismo e a desmoralização do serviço público.
>
> Como a Constituição se referia a "primeira" investidura, entendeu-se que qualquer outra independeria do concurso público. Assim é que, ao longo do tempo, conforme relata Márcio Cammarosano, procederam-se a inúmeras "transformações de cargos", meio pelo qual os apaniguados exercentes de cargos modestos eram contemplados com os cargos mais importantes, chegando até mesmo (por vias transversas) a receber estabilidade em cargo de provimento em comissão. Da mesma forma, sob a mesma desculpa, foi inventada a figura da "transposição", destinada a prover mediante concurso interno, reservado a quem já fosse funcionário público, os cargos que, a rigor, deveriam ser disputados em concurso público. Não obstante tão escandalosa inconstitucionalidade, tais procedimentos foram agasalhados até mesmo pelo STF.
>
> Como a Constituição se referia apenas a "cargos", entendeu-se que funções e empregos não eram abrangidos pela obrigatoriedade de concurso. Daí uma verdadeira enxurrada de admissões sem concurso para funções criadas por decreto. Pior que isso foi o uso indiscriminado e generalizado de contratações no regime da CLT, sem qualquer formalidade, tanto para admissão quanto para demissão, gerando um espantoso quadro de fisiologismo, protecionismo, apadrinhamento e perseguições.

Referida situação permaneceu até 1988, quando a nova Carta inaugurou um novo ordenamento jurídico, dotado de novas regras acerca da forma de provimento de cargos, empregos e funções públicas.

A exigência do concurso público, instrumento voltado à efetivação dos princípios da impessoalidade, isonomia, transparência, moralidade, meritocracia e eficiência, está umbilicalmente relacionada ao fortalecimento das instituições democráticas e à qualidade da prestação de serviços públicos. A utilização de um processo seletivo amplo, com regras objetivas e impessoais, além de prestigiar a meritocracia, auxilia o poder público a contratar servidores qualificados, condição inafastável para a execução satisfatória das atribuições e responsabilidades institucionais de todos os órgãos e entes estatais.

Um dos principais reflexos da observância do concurso público está no refreamento da arraigada cultura de utilização de apadrinhamentos, benesses individuais ou favorecimentos pessoais.

Nesse sentido, em que pese, ainda nos tempos atuais, a subsistência de práticas clientelistas e de apadrinhamento, viabilizadas pelo cancro dos cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, é notório que a observância, mesmo parcial, do princípio do concurso público propiciou ambiente fértil ao florescimento de determinadas categorias de servidores aptos a exercerem um papel essencial numa transformação positiva, não somente sob o aspecto conjuntural, mas também e principalmente nas estruturas institucionais da sociedade brasileira. A situação de protagonismo é favorecida pela autonomia na atuação do servidor, o qual, uma vez regularmente investido em sua função pública, via concurso público e por mérito próprio, já não deve favores a quem quer que seja.

Como mencionado, é nesse ambiente que Juízes e Promotores/concursados, ocupantes de cargos públicos e dotados de ampla independência funcional, têm missão crucial e imperativa na transformação positiva da sociedade brasileira.

O juiz com a missão de realizar justiça, buscando fortalecer o Estado Democrático e fomentar a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, por meio de uma efetiva prestação jurisdicional.[3] O representante do Ministério Público com a responsabilidade pela fiscalização e manutenção da ordem jurídica e pela defesa do regime democrático e dos interesses indisponíveis da sociedade, zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na CRFB/88.

Percebe-se que o cumprimento da alta missão desses servidores de Estado é condição essencial para o alcance de uma sociedade mais livre, justa e solidária. Grande parte das benéficas modificações da sociedade nos últimos 30 anos se deve, entre outros inúmeros fatores, à efetiva atuação de membros do Ministério Público e de Juízes, pessoas com grau elevado de compromisso, destemor e consciência de sua própria função. No dizer de Roberto Lyra, citado por João Gaspar Rodrigues, promotores devem "agir com aquele calor, desassombro e bravura indispensáveis aos defensores do interesse público e da lei[4]"

Entretanto, é necessário destacar que o mérito dessas mudanças não se estende a todos os membros do Ministério Público e do Judiciário. Alguns poucos Juízes e Promotores/Procuradores, fascinados pelos poderes e anteparos à sua atuação, concedidos pela sociedade por meio de sua Carta Constitucional, entraram em um processo de acomodação e de empoderamento tal que, culminando com uma autoentronização, um tanto ilusória, é verdade, não entreveem mais o verbo servir como sendo a missão para a qual foram empossados. Numa alusão de que o enquadramento como "membro" os afastaria da condição de servidores que são, veem-se não como representantes da sociedade, mas como incorporação de um Estado irreal, em uma evidente inflação do próprio ego, atitude frontalmente negativa para toda a sociedade. Pontue-se que a contundência da crítica tem a pretensão de ser proporcional à relevância das próprias funções em foco.

Em menor grau, em que pesem sérios problemas estruturais dos mais variados, a Polícia Federal, na função de manutenção da lei e da ordem, na concretização do bem jurídico, na implementação da legalidade e, por consequência, na realização da justiças e na preservação do Estado de Direito, também emerge como fator de alto grau de relevância na transformação da sociedade nos últimos anos. A autonomia conferida aos Delegados, ainda que relativa, dificultou sobremaneira as investidas políticas na condução de investigações policiais, não se podendo, por óbvio, deixar de reconhecer a presença de uma real, efetiva e intensa pressão externa sobre essa carreira de Estado, proveniente de setores obscuros da elite econômica e da classe política. O avanço, entretanto, se considerado o contexto anterior, é inegável.

Por sua vez, à Advocacia Pública incumbe a missão constitucional de "representar o Estado brasileiro na esfera dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos e administrativos".[5] Sua representatividade nas transformações sociais é

3 - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario>. Acesso em: 26 abr. 2017.

4 - RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. *Revista Jus*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 1, n. 4, 29 dez. 1996. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/270>. Acesso em: 26 abr. 2017.

5 - MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de estado.* Disponível em:<http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

incipiente se comparada às outras carreiras mencionadas, sem que com isso apresente menor relevância. A estruturação da Advocacia Pública ainda pode ser considerada incipiente, em contraposição àquelas mesmas carreiras, de origem secular. No âmbito da União, por exemplo, em que pese a existência esparsa da advocacia, a sistematização da Advocacia Pública somente se iniciou com a criação da Advocacia-Geral da União pela Lei Complementar n° 73/1993.

A atuação da Advocacia Pública na defesa dos interesses do Estado e no controle da legalidade do ato administrativo, impondo limites jurídicos à concretização do ato e do processo administrativo, com manifesta natureza de controle interno, causa impactos diretos no atendimento dos princípios da moralidade e da probidade administrativa, espraiando-se, ainda, para outros comandos e princípios constitucionais.

Grande parte (se não todas) das questões de relevância para o Estado e para a Administração pública são tratadas e passam (ou deveriam passar) pelo crivo da Advocacia Pública, em suas atividades de assessoria jurídica, consultoria jurídica e representação judicial dos poderes públicos.

Em que pese sua relevância estratégica, essa instituição de Estado é a que se apresenta mais vulnerável. Curiosamente, o veemente combate ao fortalecimento da Advocacia Pública provém não de searas e interesses privados relacionados a processos licitatórios ou contratos com o Estado, mas de determinadas entidades de classe representativas de membros do Poder Judiciário e do Ministério Público que, por motivos de viés ideológico, receiam que mencionado fortalecimento acabe por influir negativamente em seus próprios interesses. Mesmo o Poder Executivo estadual, ao qual se vincula a Advocacia Pública, por vezes não vê com bons olhos o fortalecimento institucional de seus representantes jurídicos, já que uma maior autonomia na atuação técnica seria inibidora de comportamentos ímprobos, nem sempre republicanos. Em verdade, muitos governos pretendem mesmo é colocar ou manter a Advocacia Pública em situação servil de interesses privados de gestores e governantes e não ao interesse do Estado.

Por fim, completa o rol de protagonistas na transformação da sociedade brasileira nos últimos anos o Tribunal de Contas, instituição de ímpar relevância, qualificada constitucionalmente para o controle da Administração Pública em sua atividade administrativa propriamente dita.

2. A INSTITUIÇÃO TRIBUNAL DE CONTAS E SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Verônica Vaz de Melo, a criação do Tribunal de Contas da União remonta ao ano de 1890, por meio do Decreto 966-A, de iniciativa de Rui Barbosa.[6]

O sistema atual é composto pelo Tribunal de Contas da União (com nove ministros); por 27 Tribunais de Contas dos Estados (TCE); 4 Tribunais de Contas de Municípios, nos Estados do Pará, Goiás, Ceará e Bahia; e 2 Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro). Cada Tribunal é integrado por 7 conselheiros (à exceção do TCM-SP, com 5), sendo

6 - MELO, Veronica Vaz. *Tribunal de contas*: história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em: 26 abr. 2017.

quatro escolhidos pela Assembleia Legislativa e três pelo Governador do respectivo Estado (súmula 653 do STF).

O Tribunal de Contas, aqui entendido de forma institucional e autônoma, tem como função essencial realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos entes federativos e de toda a Administração Pública direta e indireta. Sob sua égide, está a fiscalização de procedimentos licitatórios, o julgamento das contas dos responsáveis pelo uso dos recursos públicos e, ainda, a competência para a aplicação de sanções por ilegalidades de contas e despesas.

Com a Carta Constitucional de 1988, o Tribunal de Contas consolidou-se como especial protagonista no papel de proteger o patrimônio público, com competência inclusive para apreciar a constitucionalidade de leis e atos do Poder Público (Súmula 347 do STF). Com o evoluir da jurisprudência na interpretação da vontade constitucional em direção a uma almejada probidade na Administração Pública, a atuação das Cortes de Contas foi sensivelmente ampliada. Suas atribuições ultrapassaram as discussões sobre a legalidade no controle, evoluindo para uma fiscalização baseada na legitimidade do ato e no princípio da economicidade. Não é pouco!!

2.1 O papel do Tribunal de Contas na realização dos direitos fundamentais

Ao Tribunal de Contas, cabe a concretização do controle externo da Administração Pública. Em apertada síntese, exerce função fiscalizadora, consultiva, informativa, judicante, sancionadora, corretiva, normativa e de ouvidoria, com impacto direto na gestão dos recursos públicos.

A atribuição é de extrema relevância. É por meio do amplo controle da Administração Pública que será aferida a legitimidade das condutas administrativas. Trata-se de uma garantia para o cidadão e para a própria Administração, estando, inclusive, elencado pelo Decreto-Lei 200/67 (Estatuto da Reforma Administrativa Federal) como princípio fundamental:

> Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais:
>
> I - Planejamento.
>
> II - Coordenação.
>
> III - Descentralização.
>
> IV - Delegação de Competência.
>
> V - Controle.

Anote-se que consiste em atividade de amplo escopo e não de simples legalidade, a perquirir os atos e fatos administrativos de que resultem criação de despesa ou evasão de receitas. A atividade de controle está envolta por amplíssimos aspectos de natureza constitucional, tais

como a legitimidade e a economicidade, esta última entendida como exame e fiscalização material da gestão orçamentária, em contraponto com a formal, que é a legalidade.

A CRFB/88 foi concebida sobre um alicerce ético-jurídico-político, com o objetivo central focado na promoção e valorização dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, com as consequências que a realização desses direitos traz para a vida em sociedade.

Nessa seara, as responsabilidades do Tribunal de Contas se relacionam diretamente com a concretização dos direitos fundamentais, já que estes apresentam profunda e íntima relação com a atividade financeira do Estado, dependendo sua integridade, implementação e concretização do equilíbrio dessa mesma atividade. Em artigo publicado nos idos de 1993, Ricardo Lobo Torres já lecionava que:

> A norma do art. 70 da Constituição Federal de 1988 distingue entre a fiscalização formal (legalidade) e a material (economicidade), sintetizadas no controle da moralidade (legitimidade), isto é, estabelece o controle sobre a validade formal, a eficácia e o fundamento da execução orçamentária. Mas o controle da legalidade não se exaure na fiscalização formal, senão que se consubstancia no próprio controle das garantias normativas ou da segurança dos direitos fundamentais; o da economicidade tem sobretudo o objetivo de garantir a justiça e o direito fundamental à igualdade dos cidadãos; o da legitimidade entende com a própria fundamentação ética da atividade financeira. De modo que o estudo sobre o papel institucional do Tribunal de Contas deve se iniciar necessariamente pelo exame do relacionamento entre as finanças públicas e os direitos fundamentais.[7]

O fato de os direitos fundamentais apresentarem profunda relação com a atividade financeira do Estado atrai para o Tribunal de Contas, a partir do pleno cumprimento de suas obrigações estabelecidas pela CRFB/88, a responsabilidade pela garantia do "ótimo gasto do dinheiro público". Para tanto, a atuação das Cortes de Contas requer a assunção das melhores práticas de governança, com liderança, integridade e compromisso, além de responsabilidade, integração e transparência, elementos essenciais para o delineamento de uma estratégia operacional que faça o Tribunal funcionar com verdadeira eficácia.

No mesmo sentido da afirmação anterior, aduz Ricardo Torres que:

> Também os gastos públicos estão inteiramente voltados para os direitos humanos.
>
> O serviço público, financiado com o dinheiro do Estado, neles encontra o seu Fundamento e a sua finalidade. As prestações positivas do Estado para a segurança dos direitos fundamentais, que compõem o *status positivus libertatis*, bem como a garantia do mínimo existencial, representada pelas prestações no campo da educação, saúde e assistência social e até a proteção dos direitos difusos, como acontece com o meio ambiente e os bens culturais, demandam o aporte de recursos públicos substanciais.
>
> De modo que as finanças públicas, em todas as suas dimensões - tributária, patrimonial, monetária, orçamentária, promocional etc. -, encontram-se em permanente e íntimo contato com os direitos fundamentais.

7 - TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>. Acesso em: 21 Abr. 2017.

> Cabendo ao Tribunal de Contas, de acordo com o art. 70 da Constituição Federal, a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade e economicidade, segue-se que passa ele a exercer papel de suma importância no controle das garantias normativas ou principiológicas da liberdade, ou seja, no controle da segurança dos direitos fundamentais.

Observe-se que, enquanto a fiscalização sob o enfoque da legalidade diz respeito ao controle formal dos atos e da gestão orçamentária, o controle sob o prisma da economicidade concerne à fiscalização da eficiência do gasto público e à maximização da receita, transcendendo o mero controle da economia oriunda da redução de gastos públicos para buscar uma justa relação entre o custo e o benefício do gasto decorrente do bem ou serviço contratado. Note-se que a mencionada relação entre o custo do bem/serviço e o benefício à sociedade que dele deve decorrer denota a necessidade do equilíbrio entre receita e despesa, de modo a não imputar ao contribuinte/cidadão a obrigação de pagar mais tributos para a obtenção de bens ou serviços disponíveis no mercado por um menor preço.

Assim, nos dizeres de Ricardo Torres:[8]

> A legitimidade do Estado Democrático depende do controle da legitimidade da sua ordem financeira. Só o controle rápido, eficiente, seguro, transparente e valorativo dos gastos públicos legitima o tributo, que é o preço da liberdade. O aperfeiçoamento do controle é que pode derrotar a moral tributária cínica, que prega a sonegação e desobediência civil a pretexto da ilegitimidade da despesa pública.

Forçoso concluir, portanto, acerca da extrema relevância das atividades (obrigações) do Tribunal de Contas, na qualidade de protagonista na transformação social e na persecução de uma melhor qualidade de vida para toda a sociedade brasileira, consequência imediata da plena realização dos direitos fundamentais previstos na Carta Constitucional e, sobretudo, do exercício pleno da cidadania.

Ante o exposto, revela-se assente e inquestionável a relevância das atividades e atribuições do Tribunal de Contas. É ponto determinante, entretanto, averiguar se o mandamento constitucional que impõe obrigações de fazer ao Tribunal de Contas se traduz ou não em um agir concreto, em que o Tribunal, real e efetivamente, cumpre sua missão institucional e assume seu papel de protagonista na fiscalização e controle da gestão do erário para o bem social.

2.2 O Tribunal de Contas sob o prisma conjuntural

Navegando-se pelos portais dos diversos Tribunais de Contas existentes, pode-se notar uma abundante atividade intelectual e acadêmica, com a proliferação de seminários, congressos, textos, artigos, monografias, livros e cursos. Tal produção intelectual descreve os méritos e a eficiência das Cortes de Contas, sugerindo um cenário de excelência capaz de incutir em observadores menos cuidadosos a crença de que se trata de uma realidade concreta.

8 - TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>. Acesso em: 21 Abr. 2017.

Basta uma incursão pelo vasto número de revistas dos Tribunais de Contas para constatar a forma publicitária como alguns desses veículos de comunicação são utilizados. Em publicação da revista trimestral do TCE-RJ n° 15, como exemplo, o seu então presidente, posteriormente investigado por improbidade relacionada a obras da Copa do Mundo, Olimpíadas, Arco metropolitano, PAC das favelas e linha 4 do metrô do Rio de Janeiro, alardeava mais um feito do Tribunal:[9]

> Mais uma vez, o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (TCE-RJ) saiu na frente, pelo pioneirismo de ter sido o primeiro do país a promover um seminário dedicado ao debate e à reflexão sobre a Lei Anticorrupção e a aplicação dos instrumentos nela previstos, dentre os quais, destacadamente, o acordo de leniência.
>
> Não resta dúvida de que a consolidação da democracia brasileira depende, crucialmente, do efetivo combate à corrupção, o que exige a integração dos sistemas de controle e dos Poderes.
>
> O fortalecimento dos Tribunais de Contas e demais órgãos de Controle Externo é indispensável para o rigoroso controle das contas públicas e a garantia do Estado Democrático de Direito.

As afirmativas do então Conselheiro Presidente do TCE-RJ por três períodos consecutivos (2011/2016) são sintomáticas. Demonstram visível distanciamento, e até mesmo contraposição, entre o que se fala, escreve e divulga e o que realmente acontece. É o contraste entre o dever ser e o ser; entre a ficção e uma dolosa realidade.

Nesse ínterim, faz-se primordial reconhecer o risco das generalizações. O enfoque se direciona à atuação do Tribunal de Contas como instituição e não à conduta de seus servidores. Entretanto, é forçoso concluir que a reconhecida qualidade do corpo técnico se contrapõe aos fracos resultados propiciados pelas atividades das Cortes de Contas, conclusão em grande parte originada pela forma como são conduzidos os diversos Tribunais, capitaneados quase que na totalidade por pessoas provenientes do meio político, muitas vezes sem as qualificações exigidas para o cargo ou sem a visão ética do real significado que o verbo "servir" representa para as condições de vida de toda uma sociedade.

Estudo, digno de nota, realizado pela ONG Transparência Brasil (atualizado em março/2016[10]) revelou que:

> Principais órgãos auxiliares do Poder Legislativo na fiscalização dos recursos públicos, os Tribunais de Contas brasileiros são ocupados majoritariamente por ex-políticos de carreira. Muitos fazem parte de clãs políticos locais e vários são homens públicos de reputação nada ilibada. Essas são as conclusões do levantamento realizado pela Transparência Brasil sobre a vida pregressa de todos os 233 conselheiros em exercício nas 34 cortes.
>
> Do total, 80% ocuparam, antes de sua nomeação, cargos eletivos ou de destaque na alta administração pública (como dirigente de autarquia ou secretário estadual, por exemplo); 23% sofrem processos ou receberam punição na Justiça ou nos próprios Tribunais de

9 - *Revista do TC RJ*, Fortalecimento do Controle Externo Rio de Janeiro/RJ. Ano 15 – n. 87. p. 5, abr./jun. 2016.

10 - PAIVA, Natalia; SAKAI, Juliana. *Quem são os conselheiros dos tribunais de Contas*. Disponível em:<http://excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf e http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

> Contas; e 31% são parentes de outros políticos – em alguns casos, foram nomeados pelos próprios tios, primos ou irmãos governadores. Para completar, devido a ordem judicial sete deles estão afastados das cortes em caráter preventivo, suspeitos de envolvimento em esquemas de corrupção.
>
> Dos 233 conselheiros, 53 possuem 104 citações ou condenações na Justiça e nos Tribunais de Contas. O tipo de ação mais comum é o de improbidade administrativa: são 44 ações que envolvem violações aos princípios administrativos, dano ao erário e enriquecimento ilícito, atingindo 26 conselheiros. O segundo tipo de infração mais comum é peculato (apropriação de dinheiro ou bem por servidor público) com 12 ações, seguido de ações de nulidade da nomeação ao cargo de conselheiro (8 ações cada), corrupção passiva (7 ações), formação de quadrilha e lavagem de dinheiro (6 ações cada).

Por mais que se queira negar as evidências, as obrigações constitucionais impostas às Cortes de Contas somente se redundarão em efetivos resultados contra a improbidade, a corrupção e em favor da melhoria de vida da sociedade (educação, segurança, saúde, previdência, transporte, saneamento e infraestrutura) se as missões que lhe foram atribuídas saírem da ficção para a realidade. Para tanto, é condição *sine qua non* que os agentes públicos sob seu comando, atualmente denominados conselheiros, reúnam qualidades éticas, morais e técnicas, aptas a propiciar a condução do Tribunal nos trilhos de uma efetiva governança administrativa, no sentido técnico da palavra, sendo inaceitável que atores com tamanho poder e responsabilidade estejam envolvidos em corrupção, improbidade administrativa, desvio de dinheiro público, entre outras ilegalidades.

Há, assim, um problema na gênese dos Tribunais, consubstanciado na forma como se realiza o provimento de seus cargos de direção, fato que se reflete na forma de funcionamento e, por consequência, nos fracos resultados de sua atuação. Mesmo após 1988, quando as Cortes de Contas foram agraciadas com todos os recursos humanos e financeiros necessários ao cumprimento de suas obrigações – vide a suntuosidade dos edifícios dos Tribunais, em contraste com suas sedes anteriores –, o resultado observado pela sociedade tem sido pífio. O custo das Cortes sobe ano a ano, sem, contudo, representar uma contrapartida no nível de qualidade do controle do gasto público em suas diversas facetas: legalidade, legitimidade e economicidade.

O quadro apresenta nível crítico e insustentável. O descontrole dos órgãos de fiscalização propiciou o alastramento da desonestidade, com os fatos transbordando inclusive para a grande imprensa. A título de exemplo, o Jornal do Brasil publicou, em 21.04.2017, reportagem intitulada "*Rio não tem dinheiro, mas gasta R$ 750 milhões com uma quadrilha*", com o seguinte teor[11]:

> Se realmente for verdade que cinco dos sete ministros do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro (TCE-RJ) são corruptos, a grave crise na qual o estado está mergulhado será mais uma vez tributada a estes senhores, que deveriam fiscalizar as contas públicas, mas, pelo que apontam dados preliminares da Polícia Federal, do Ministério Público Federal e da força-tarefa da Operação Lava Jato, estavam se beneficiando do esquema de corrupção em contratos firmados por algumas empreiteiras e o governador Sérgio Cabral com sua gangue.
>
> Como se fosse pouco que estes conselheiros do TCE exigissem um "mensalão" para que os

11 - JORNAL DO BRASIL. Disponível em:<http://www.jb.com.br/opiniao/noticias/2017/03/29/rio-nao-tem-dinheiro-mas-gasta-r-750-milhoes-com-uma-quadrilha/>. Acesso em: 28 abr. 2017.

> valores estranhos nas contas do governo estadual fossem aprovados sem questionamentos, há ainda o agravante do custo anual do tribunal. Com dez vezes mais municípios para fiscalizar que o Estado do Rio, o orçamento do tribunal de contas de Minas Gerais foi de R$ 680 milhões, enquanto o orçamento do TCE-RJ em 2016 foi de R$ 750 milhões. O custo é também maior que o do Estado de São Paulo, cujo TCE não ultrapassou os R$ 650 milhões.

A aspereza dos termos utilizados pelo Jornal do Brasil, assim como por outros tantos veículos da mídia nacional, denota os níveis de intolerância com a corrução por parte da população, no caso, consubstanciada no descrédito e desmoralização de um Tribunal de Contas pela pretensa conduta improba de seus membros. Não se pode, por óbvio, generalizar situações, mas é de todo evidente que a visão negativa da sociedade, decorrente do noticiado, ecoa e respinga em todo o sistema de contas.

A conclusão de um estudo promovido pela Transparência Brasil foi de que os tribunais são caros, altamente politizados e "desenhados para não funcionar":[12]

> Principais órgãos auxiliares do Poder Legislativo na fiscalização dos recursos públicos, os Tribunais de Contas são desenhados para não funcionar. Dois terços dos integrantes são nomeados pelo Legislativo e um terço pelo Executivo. Eles costumam ser indicados justamente para neutralizar o papel fiscalizatório desses órgãos – e de quebra, para agradar a correligionários, parentes e aliados.

Custos de alguns TCEs e das Assembleias por Estado em 2015

ESTADOS	CUSTO ASSEMBLEIA LEGISLATIVA	CUSTO TRIBUNAL DE CONTAS	RELAÇÃO TCE/AL
AM	251.781.000	209.784.000	83%
RS	576.093.238	468.449.372	81%
ES	197.668.955	153.411.096	78%
RJ	929.329.037	717.115.177	77%
MS	212.424.000	161.143.000	76%
PE	457.881.200	337.812.200	74%
DF	485.352.000	332.733.030	69%
SP	992.389.786	644.709.305	65%
PR	636.535.550	401.744.700	63%
RO	194.735.229	119.455.270	61%
GO	448.339.000	265.138.000	59%
TO	174.202.400	97.893.263	56%
MG	1.276.093.133	685.048.231	54%

12 - PAIVA, Natalia; SAKAI, Juliana. *Quem são os conselheiros dos tribunais de contas.* Disponível em:<http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2014/04/TransparenciaBrasil_TribunaisdeContas_Abril2014.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

ESTADOS	CUSTO ASSEMBLEIA LEGISLATIVA	CUSTO TRIBUNAL DE CONTAS	RELAÇÃO TCE/AL
BA	453.114.000	206.379.000	46%
AL	184.290.122	82.463.897	45%
SC	563.708.212	210.131.021	37%
PA	366.785.651	131.335.526	36%
AP	153.061.255	54.294.509	35%
RN	302.848.000	78.236.000	26%
CE	383.778.332	68.976.124	18%

A transparência, do mesmo modo, parece não ser o forte de vários Tribunais de Contas brasileiros. Em superficial exame dos portais eletrônicos de alguns Tribunais, não foram encontradas informações e dados específicos ou pormenorizados sobre os gastos com viagens, custos da máquina administrativa, número de cargos em comissão e de servidores contratados, com a respectiva data de contratação. Ora, sendo uma das atribuições dos Tribunais de Contas a fiscalização da contratação irregular de servidores temporários, é de se esperar que as Cortes não mantenham em seus quadros servidores em situação irregular, em especial os contratados temporariamente para atuação em atividades-fim ou fora das exigências e prazos constitucionais. Nesse aspecto, também entidades de classe e sindicatos ligados a servidores das Cortes, eventualmente aparelhados, ficariam na berlinda ao não fiscalizarem e denunciarem a manutenção de contratos irregulares com servidores temporários por parte dos Tribunais de Contas.

Nessa mesma seara, os dizeres de Carlos Mauricio Cabral Figueiredo, então Conselheiro substituto do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, são ainda atuais, mesmo decorridos 15 longos anos da sua publicação, no ano de 2002:[13]

> Verifica-se grande dificuldade da sociedade em avaliar a conduta dos gestores públicos, notadamente em função da ausência de informações tempestivas, suficientes e confiáveis.
>
> Até mesmo o processo de escolha dos governantes nas democracias, através de eleições seguras e livres, vem sendo objeto de ressalvas quanto a sua eficácia como mecanismo garantidor de que os escolhidos trabalharão em função dos melhores interesses da coletividade, uma vez que os cidadãos não possuem todas as informações necessárias a uma escolha correta. O que reforça a importância do acesso às informações.
>
> Dentro deste contexto torna-se imprescindível a existência de órgãos integrantes da estrutura estatal que componham uma verdadeira rede de agências de accountability incumbidas de supervisionar, controlar, aplicar sanções, e sobretudo prover o cidadão das informações relativas a conduta do gestor público.
>
> No caso brasileiro, esta rede de agências de accountability englobaria, dentre outros, o Ministério Público, o sistema de controle interno dos Poderes, o Poder Judiciário e os Tribu-

13 - CABRAL FIGUEIREDO, Carlos Mauricio. *Ética na gestão pública e exercício da cidadania*: o papel dos tribunais de contas brasileiros como agências de accountability. O caso do Tribunal de Contas de Pernambuco. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044116.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

> nais de Contas. Estes últimos foram, sobretudo a partir da edição da Lei de Responsabilidade Fiscal, alçados à condição de grandes provedores de informações sobre a gestão pública.
>
> Aos Tribunais de Contas compete verificar o cumprimento da Lei de Responsabilidade Fiscal, que está erigida sobre alguns pilares, dentre os quais o da transparência. Assim entendida, não só a disponibilização de informações, mas sobretudo a compreensão dos dados divulgados por parte do cidadão mediano. O objetivo mais nobre do princípio da transparência é permitir e estimular o exercício do controle social, a mais eficaz das formas de controle da conduta do gestor público.
>
> Diante destas constatações, parece-nos que os Tribunais de Contas têm um espaço institucional, a ser ocupado, de promoção da ética na gestão pública e garantia do exercício pleno da cidadania.
>
> Necessária, também, uma mudança quanto ao escopo do controle. Não é mais suficiente o controle de legalidade, impõe-se a necessidade de verificar a eficácia, eficiência, economicidade e efetividade da ação governamental. A sociedade não apenas quer saber se os recursos públicos foram geridos conforme a lei, mas sobretudo se foram empregados da melhor maneira possível, maximizando a relação custo-benefício e tendo por objetivo o atendimento dos seus anseios.
>
> É preciso, ainda, enfrentar algumas questões que durante muito tempo se constituíram verdadeiros tabus a exemplo de uma composição mais técnica dos Conselhos dos Tribunais de Contas.

Dentro dessa perspectiva, certo é que os Tribunais de Contas possuem os atributos e recursos necessários para ocuparem seu lugar de protagonista na construção de uma sociedade melhor, nos termos almejados pelo constituinte originário quando traçou os objetivos fundamentais da República. Porém, alterações estruturais são essenciais no seguimento de uma tendência de mudança.

3. CONCLUSÃO

As Cortes de Contas são verdadeiros instrumentos de que dispõe o Estado para a consecução de seus objetivos maiores. Nesse aspecto, sua relevância parece ser inquestionável. Entretanto, o vastíssimo elenco de casos de corrupção e malversação de verbas públicas nos últimos 30 anos, perpetrados pelos mais diversos meios fraudulentos, demonstra e certifica a ineficácia do modelo de controle externo no formato atual. Por mais que se esforce, a retórica dos argumentos perfilados pela intelectualidade vinculada aos Tribunais de Contas não está obtendo êxito em justificar o injustificável. O exponencial aumento do custo dos diversos Tribunais de Contas pelo país e os resultados observados, por melhores que sejam, são absolutamente desproporcionais ao alto número de casos de corrupção que brotam a todo momento, sangrando o erário e gerando uma descrença coletiva no corpo social.

A contundência da crítica incursa no presente texto se justifica pela observância de um cenário reprovável, crítico e insustentável, impondo uma premente e imprescindível mudança.

De outro modo, sendo manifesto o esgotamento do modelo de controle externo vigente, faz-se inadiável e urgente seu aperfeiçoamento, não só com o intuito de beneficiar a sociedade por meio do efetivo aproveitamento de todo o potencial dos Tribunais de Contas, mas também para inibir ou mesmo dissipar uma trilha de desconstrução institucional das Cortes de Contas por setores avessos à fiscalização e à probidade da governança da máquina pública e à boa gestão do erário.

A corrupção está ligada a vários fatores, entre eles a fragilidade das instituições democráticas. Nesse sentido, o controle da Administração Pública, *lato sensu*, é condição para o fortalecimento do Estado e de suas instituições. A corrupção prejudica e inibe o desenvolvimento de qualquer sociedade, gerando uma frustração coletiva e impactando a qualidade de vida das pessoas. Traz como consequências danos à economia, naturalização da cultura da desonestidade, aumento da ineficiência, impunidade, má qualidade dos serviços públicos e desmoralização das instituições. Assim, a deficiência dos mecanismos de fiscalização e controle demonstra o mau funcionamento das Cortes de Contas, já que o descalabro no trato com o dinheiro público é absolutamente incompatível e inconciliável com a excelência na atividade de controle.

Certo é que aos tribunais se impõem desafios históricos desde sua criação, mas que precisam ser enfrentados com equilíbrio, autocrítica, coragem e ousadia, sempre pautando-se pelo prisma da probidade, da transparência e da governança corporativa.

O aprimoramento na forma de escolha de ministros e conselheiros (autônomos, éticos, ativos e proficientes); o delineamento de um padrão mínimo de funcionamento, compatível com uma atuação estratégica e coordenada com os demais órgãos de controle; uma gestão mais técnica, voltada para a obtenção de resultados e, por fim, uma maior eficácia das decisões das Cortes de Contas são condições essenciais para uma maior concretude e efetividade da atuação dos Tribunais de Contas em seu papel de fiscal do gasto público e de controle da economicidade, eficiência e integridade da administração pública no Brasil.

Em forçada síntese, a forma e a velocidade com a qual se desenvolve uma sociedade se relacionam diretamente à forma como lidamos e organizamos as instituições que nos cercam. A democracia exige o controle do Poder, sendo o Tribunal de Contas uma das instituições responsáveis por esse controle. O desafio que se apresenta, porém, é a reestruturação das Cortes de Contas, por meio de uma verdadeira reengenharia, com vistas a viabilizar a implementação de todo o potencial transformador conferido pelo constituinte originário a essas relevantes instituições, para o efetivo cumprimento do art. 3º da Carta Maior e o bem-estar da sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Frederico de Freitas Tenório de. *A Experiência das Entidades Fiscalizadoras Superiores com Auditoria Operacional:* Limites, Tendências e Desafios. 2015.

ARAÚJO, Marco Valério. *Tribunal de Contas*: o Controle do Governo Democrático. Trabalho apresentado no Concurso Nacional de Monografias do Tribunal de Contas do Estado do Paraná, 1º lugar, 1993.

BALEEIRO NETO, Jayme. *As organizações sociais e o controle dos Tribunais de Contas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Funções do Tribunal de Contas*. RDP n. 72.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. Os Sistemas de Controle da Administração Pública: Controladorias ou Tribunal de Contas? *Revista de Administração Pública e Política*, v. XIII. n.114.

BATISTA, Daniel Gerhard. *Manual de controle e auditoria:* com ênfase na gestão dos recursos públicos. São Paulo: Saraiva, 2011.

CABRAL FIGUEIREDO, Carlos Mauricio. **É***tica na gestão pública e exercício da cidadania:* o papel dos tribunais de contas brasileiros como agências de accountability. O caso do Tribunal de Contas de Pernambuco. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/CLAD/clad0044116.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2017.

CAVALCANTI, Ministro Augusto Sherman. *O Papel dos Tribunais de Contas da União e dos Estados na Defesa e no Exercício da Cidadania*. Palestra proferida no VIII Tríduo Jurídico, em Macapá-AP, em 11/11/2003.

CHAVES, Francisco Eduardo Carrilho. *Controle Externo da Gestão Pública:* a fiscalização pelo Legislativo e pelos Tribunais de Contas. Niterói: Editora Impetus, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario>. Acesso em: 26 abr. 2017.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil:* Jurisdição e Competência. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GOMES, Marcelo Barros. Auditoria de desempenho governamental e o papel de Entidades Fiscalizadoras Superiores. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ENAP- Escola Nacional de Administração Pública. Ano 5, nº 2. abr./jun. 2002.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 3. ed. RT, 2014.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros. 2016.

MELO, Veronica Vaz. *Tribunal de contas:* história, principais características e importância na proteção do patrimônio público brasileiro. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11198>. Acesso em: 26 abr. 2017.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *A responsabilidade do advogado de Estado*. Disponível em:<http://abrap.org.br/wp-content/uploads/2012/12/res.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2017.

PAIVA, Natália; SAKAI, Juliana. *Quem são os conselheiros dos tribunais de Contas*. Disponível em:<http://excelencias.org.br/docs/tribunais_de_contas.pdf e http://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2017.

REVISTA DO TC RJ – *Fortalecimento do Controle Externo*. Rio de Janeiro/RJ. Ano 15 – n. 87. p.5, abr./jun. 2016.

REZENDE, Renato Monteiro. *Concurso Público:* avanços e retrocessos. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/concurso-publico-avancos-e-retrocessos>. Acesso em: 26 abr. 2017.

RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 1, n. 4, 29 dez. 1996. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/270>. Acesso em: 26 abr. 2017.

SILVA, Artur Adolfo Cotias e. O Tribunal de Contas da União na história do Brasil: evolução histórica, política e administrativa, (1890-1998). In: BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Monografias vencedoras do Prêmio Serzedello Corrêa, 1998*.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Relatório de Gestão – exercício 2013. Brasília, Tribunal de Contas da União, 2013.

_____. *Manual de Auditoria Operacional*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Disponível em:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45894/46788>. Acesso em: 21 abr. 2017.

RECLAMAÇÃO COMO FERRAMENTA DE SUPERAÇÃO DE PRECEDENTE FORMADO EM CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

CLAIM AS A TOOL TO OVERRULE PRECEDENT ESTABLISHED IN CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY

José dos Santos Carvalho Filho[1]

Marco Alexandre de Oliveira Archanjo[2]

1 - Pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidade de Salamanca (Espanha). Doutor em Direito Público pela *Aix-Marseille Université* (França). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Autor do livro «Repercussão Geral: balanço e perspectivas» e de vários textos científicos nas áreas de direito constitucional e direito processual civil. Editor do Observatório da Jurisdição Constitucional. Professor de Direito Constitucional na Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP. Chefe de Gabinete de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

2 - Pós-graduado em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista em MBA em Gestão de Negócios Imobiliários e da Construção Civil pela Fundação Getúlio Vargas. Graduado em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Graduado em Gestão de Pequenas e Médias Empresas pela Universidade Salgado de Oliveira.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve histórico da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal; 1.1 O uso da reclamação para garantia de direitos subjetivos desrespeitados pela inobservância de provimentos proferidos em sede de controle objetivo de constitucionalidade; 1.2 A função integrativa do instrumento reclamatório na jurisprudência da Corte Constitucional; 2. A Reclamação 4.374; 2.1 Os aspectos antecedentes ao julgamento da Reclamação 4.374; 2.2 O julgamento da Reclamação 4.374: os fundamentos do voto-condutor e a percepção dos demais Ministros; 2.2.1 O processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da LOAS; 2.2.2 A possibilidade de se levar a efeito, em sede de reclamação, revisão de julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade e a oposição do Ministro Teori Zavascki; 3. O posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que toca ao novo papel da reclamação: criatividade da jurisdição constitucional ou necessidade sistêmica? 3.1 Segurança jurídica, previsibilidade e precedentes: exame estanque dos parametrizadores históricos do vocacionado instrumento reclamatório; 3.2 Necessidade de superação dos precedentes: parâmetros validadores no processo de mudança jurisprudencial; 3.3 A dificuldade de superação de um precedente no controle concentrado de constitucionalidade ante a necessária atuação dos legitimados; 3.4 A reclamação como meio de combate à inércia dos constitucionalmente legitimados na provocação da jurisdição constitucional objetiva nos casos em que verificada a necessidade de *overruling*; 4. Conclusão; Referências.

RESUMO: Este artigo analisa o instituto da reclamação, desde os momentos de sua concepção e desenvolvimento até o julgamento da Reclamação 4.374, em que o Supremo Tribunal Federal, em sede de reclamação constitucional, ação autônoma de índole subjetiva, promoveu juízo concentrado de constitucionalidade sobre norma anteriormente declarada válida em controle abstrato. Nesses termos, busca-se compreender, além da pertinência sistêmica da decisão proferida na citada reclamação, as circunstâncias que levaram a Suprema Corte a formar o entendimento pela superação de seu próprio precedente e os motivos que a conduziram a fazê-lo no âmbito de uma reclamação constitucional. Nesse contexto, por meio de pesquisa dogmática, consistente no estudo de doutrina, jurisprudência e legislação, são analisados elementos estruturais concernentes à segurança jurídica, à ideia de precedentes e ao sistema do controle abstrato de constitucionalidade em seu aspecto modal.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Constitucional. Reclamação. Controle abstrato de constitucionalidade. *Overruling*.

ABSTRACT: This article analyzes the institute of the claim, from the moment of its conception and development until it ends in Claim 4.374, when the Brazilian Supreme Court, in the context of a constitutional claim, an autonomous action with a subjective nature, promoted a judicial review over previously declared valid norm in abstract control. In these terms, it will be sought to understand, in addition to the systemic pertinence of the decision rendered in said claim, the circumstances that led the Brazilian Supreme Court to reach an understanding by overruling its own precedent and the reasons that led it to do so within the scope of a constitutional claim. In this context, through dogmatic research, consisting of the study of doctrine, jurisprudence and legislation, structural elements concerning legal certainty, the idea of precedents and the system of abstract control of constitutionality in their modal aspect are analyzed.

KEYWORDS: Constitutional Procedural Law. Claim. Judicial Review. Overruling.

INTRODUÇÃO

Diante da posição adotada no julgamento da Reclamação 4.374, o Supremo Tribunal Federal apresentou precedente rico e singular à comunidade jurídica, na medida em que os contornos até então conferidos à reclamação – como instrumento processual destinado a preservar competência e garantir a autoridade de decisões – foram redefinidos. Com efeito, o Tribunal Constitucional entendeu pela superação do precedente-parâmetro da reclamação, operando verdadeira rescisão do julgado formado em controle abstrato de normas. Tal pronunciamento irradiou efeitos a todo sistema jurídico, sobretudo no que toca ao contencioso constitucional e à observância dos precedentes judiciais.

Com fundamento em pesquisa instrumental, este artigo analisa o contexto em que foi proferida a referida decisão, refletindo, de maneira crítica, acerca de sua legitimidade e de seus elementos justificadores. Nesse contexto, questiona-se em que medida é legítimo ao Supremo Tribunal Federal superar, em sede de reclamação, precedente formado em controle concentrado de constitucionalidade. Dois pontos estruturais gravitam em torno desse questionamento: (1) por um lado, a superação de precedentes por meio de reclamação constitucional pode acarretar o enfraquecimento dos precedentes judiciais firmados em sede de controle concentrado de constitucionalidade, na medida em que a própria Corte Constitucional – a quem incumbia o dever maior de garantir a autoridade de suas decisões – opta por adotar posicionamento contrário ao julgado do controle abstrato, parâmetro da reclamação; (2) por outro lado, é preciso ponderar se os motivos e as condições fáticas que impulsionaram o posicionamento do Supremo Tribunal Federal pela revisão do juízo formado na ação direta de inconstitucionalidade se justificam no âmbito de uma conjuntura de análise sistêmica da jurisdição constitucional.

Feitas essas considerações, o artigo parte do histórico da reclamação perante o Tribunal Constitucional, desde seu momento de criação até o de sua ampliação atributiva, aprofundando depois a análise detida das circunstâncias do julgamento da Reclamação 4.374 e do entendimento perfilhado pela Corte naquele momento. Em seguida, avança-se ao exame de elementos sistêmicos estruturais concernentes à segurança jurídica, à ideia de precedentes e ao sistema do controle abstrato de constitucionalidade em seu aspecto modal, para, finalmente, apresentar algumas inferências dos autores sobre o tema.

1. BREVE HISTÓRICO DA RECLAMAÇÃO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em dissertação sobre a reclamação constitucional, Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, já nos primeiros capítulos de sua obra, destaca importante separação conceitual entre as comumente denominadas reclamações. Como aponta o autor, há, de um lado, a reclamação propriamente dita – correspondente ao que hoje se entende por reclamação constitucional –, e, de outro, a reclamação

de índole correicional, também chamada historicamente de correição parcial.[3] Apesar de a última desempenhar papel importante na história do ramo processual,[4] chegando inclusive a contribuir para os contornos da reclamação constitucional, importará ao nosso estudo, especificamente, perquirir de forma mais detida o desenvolvimento do instituto da reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Nesse propósito, cumpre apontar classificação delineada por José da Silva Pacheco,[5] para quem o estudo da reclamação no Supremo Tribunal Federal pode ser feito em quatro fases, assim descritas: (i) a primeira, com a criação do Tribunal; (ii) a segunda, com a inserção da reclamação no Regimento Interno da Corte; (iii) a terceira, com o advento da Constituição Federal de 1967, que outorgou ao Supremo Tribunal Federal competência para "estabelecer a disciplina processual dos feitos sob sua competência, conferindo força de lei federal às disposições do Regimento Interno sobre seus processos";[6] e (iv) a quarta e última, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que erigiu a reclamação ao patamar constitucional, prevendo-a como uma entre as competências originárias do Juiz Constitucional e reconhecendo-a em sua função de ação autônoma de impugnação.[7]

Na primeira fase, na qual o ajuizamento das reclamações perante a Corte se revelava ora assumindo contornos de correição parcial, ora de garantia da efetividade das decisões do Tribunal, tomava forma mundo afora a teoria dos poderes implícitos, adotada pela Corte Constitucional dos Estados Unidos, a qual, com base em ideais federalistas,[8] desenvolveu assertiva indicativa de que, em havendo previsão de poderes finalísticos outorgados a determinado ente federativo ou Poder, logo estarão compreendidos naqueles também os poderes de meio necessários à sua execução, mesmo que não haja expressa disposição nesse sentido. Esse raciocínio, que conduziu o julgamento do caso *McCulloch v. Maryland*,[9] influenciou também a conformação e o reconheci-

3 - DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000. p. 49-50.

4 - Conforme adverte Egas Dirceu Moniz de Aragão em sua tese de livre-docência, a correição parcial, em sua acepção mais moderna, surgiu como consequência do desaparecimento do agravo por dano irreparável, suprimido com o advento do Código de Processo Civil de 1939, e destinava-se a impugnar vícios de procedimento oriundos de infração a regras processuais pelos juízes, em face dos quais não houvesse recurso específico (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correição parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969. p. 15). Era, portanto, medida de feições administrativa e disciplinar, para a qual se atribuía a possibilidade de reforma do julgado. Essa, talvez, razão da ambiguidade em que empregados os termos reclamação propriamente dita e reclamação correicional.

5 - PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 423-424.

6 - MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público*, Porto Alegre, n. 12, abr./jun. 2006. p. 23.

7 - Para Gilberto Schäfer, seria a reclamação ação de índole constitucional, "cuja função precípua é a de assegurar a efetividade das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal e, eventualmente, aviltadas/inobservadas pelos demais Tribunais/Juízes ou, ainda, pela Administração Pública Direta ou Indireta", não se consubstanciando, portanto, em espécie recursal (SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes*: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 139-141).

8 - No livro "O Federalista", ao tratar das classes que restringiriam a autoridade dos estados frente à autoridade federal, John C. Hamilton afirmou: "*Had the constitution been silent on this head, there can be no doubt that all the particular powers requisite as means of executing the general powers would have resulted to the government, by unavoidable implication. No axiom is more clearly established in law, or in reason, than that wherever the end is required, the means are authorized; wherever a general power to do a thing is given, every particular power necessary for doing it is included*". Disponível em: <https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/Lieber_Collection/pdf/Federalist.pdf>. Acesso em: 24 out. 2018.

9 - Segundo Patterson e Reeder, da máxima originada na fala de Hamilton, reproduzida por Marshall no julgamento McCulloch v. Maryland, extrai-se que o Congresso tem a prerrogativa de, na execução de um poder que lhe seja expressamente garantido, adotar qualquer meio que (1) não esteja expressamente proibido pela Constituição ou (2) seja inconsistente com a Carta ou espírito da Constituição (tradução livre). PATTERSON, C. Stuart; REEDER, Robert P. *United States and the States under the Constitution*. Philadelphia: T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1904. p. 17.

mento do importante papel da reclamação em nosso país, principalmente a partir do que se extrai do julgamento da Reclamação 141 Primeira – o mais marcante dessa fase, segundo Dantas[10] –, em que trecho da ementa do acórdão, claramente embasada nos ideais da teoria dos poderes implícitos, consigna a seguinte afirmativa: "vão seria o poder outorgado ao Supremo Tribunal Federal de julgar em recurso extraordinário as causas decididas por outros tribunais, se lhe não fora possível fazer prevalecer os seus próprios pronunciamentos".[11]

Na segunda fase, em que a reclamação passa a constar do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, há, como característica principal do período, a superação, em toda medida, de qualquer dúvida quanto ao cabimento do instrumento. Contudo, apesar do avanço rumo à admissibilidade da reclamação, remanesceu questão acerca de sua natureza, dúvida essa que sofria da influência dos vários contornos assumidos ainda na primeira fase, sobretudo porque "a reclamação, no regimento do STF, nascera ainda sob forte influxo da reclamação correicional".[12] A análise da justificação constante da ata da sessão na qual a reclamação se inseriu no regimento do Tribunal dá conta da ambiguidade apontada,[13] característica essa que perdura ainda em momento da etapa subsequente.

Na terceira fase da classificação proposta por José da Silva Pacheco, o movimento de positivação da reclamação ganha ainda mais força, sobretudo em razão de disposição da Carta Política de 1967,[14] que, outorgando expressamente ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de dispor sobre os processos de sua competência originária, acabou por conferir, por efeito, status de lei a toda normatividade do Tribunal que versasse sobre seus feitos originários. Com isso, a reclamação, que até então tinha sua base em regra de índole administrativa, fixada no plano regimental, passa, assim, à espécie de expediente processual, prevista em norma de hierarquia primária.

Ainda na terceira fase, há outros dois fatores que merecem ser citados, por contribuírem para o reforço do papel da reclamação, ainda que reflexamente: (i) o primeiro, decorrente da redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 1977[15], que instituiu o Conselho Nacional da Magistratura, composto de sete Ministros do Supremo Tribunal Federal. O aludido Conselho,

10 - DANTAS, op. cit., p. 174.

11 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 141 Primeira*. Rel. Min. Décio Miranda. DJ 17.4.1952. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>. Acesso em: 24 out. 2018.

12 - DANTAS, op. cit., p. 191.

13 - "Justificação A medida processual de caráter acentuadamente disciplinar e correcional, denominada reclamação, embora não prevista, de modo expresso, no art. 101, nºs I a IV, da Constituição Federal, tem sido admitida pelo Supremo Tribunal Federal, em várias oportunidades, exercendo-se, nesses casos, sua função corregedora, a fim de salvaguardar a extensão e os efeitos de seus julgados, em cumprimento dos quais se avocou legítima e oportuna intervenção. A medida da reclamação compreende a faculdade cometida nos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias, ou de serventuários que lhe (sic) sejam subordinados. Visa a manter sua inteireza e plenitude o prestígio da autoridade, a supremacia da lei, a ordem processual e a força da coisa julgada. É, sem dúvida, a reclamação meio idôneo para obviar os efeitos de atos de autoridades, administrativas ou judiciárias, que, pelas circunstâncias excepcionais, de que se revestem, exigem a pronta aplicação de corretivo, enérgico, imediato e eficaz que impeça a prossecução de violência ou atentado à ordem jurídica. Assim, a proposição em apreço entende com a atribuição concedida a este Tribunal pelo art. 97, nº II, da Carta Magna, e vem suprir omissão contida no seu Regimento Interno." apud MENDES, op. cit. p. 22.

14 - BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

15 - BRASIL. Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 de abril de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

entre outras atribuições, tinha a prerrogativa de avocar processos disciplinares contra juízes de primeira instância. Contudo, segundo assevera Dantas, apesar de o Conselho dispor da referida competência avocatória genérica, o que se percebeu, durante os anos que se seguiram, foi um movimento de abstenção, que contribuiu para a consolidação da reclamação propriamente dita, sobretudo em sede jurisprudencial;[16] e (ii) o segundo, decorrente da própria evolução da reclamação, passando desde o reconhecimento da impossibilidade da criação desse instrumento, por outros Tribunais, nos moldes fixados pelo Supremo Tribunal Federal, em face da inexistência de norma constitucional autorizativa, até sua contínua maturação, estruturada na ideia de separação daquilo que seria reclamação propriamente dita e reclamação correicional ou correição parcial.

Com a quarta fase, dada com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a reclamação se elevou a patamar constitucional, eliminando, com efeito, qualquer pecha de inconstitucionalidade que ainda pudesse ser aventada em seu desfavor. Foi ainda nessa fase que a reclamação teve sua natureza jurídica, se não completamente definida, ao menos mais bem delineada, inclusive no que tange às suas funções, agora claramente associadas à preservação da competência da Corte Constitucional e à garantia da autoridade de suas decisões,[17] finalidades também verificadas nas ulteriormente criadas reclamações destinadas a assegurar a efetividade das súmulas vinculantes[18] e das decisões proferidas nos recursos extraordinários julgados sob a sistemática da repercussão geral.[19]

1.1 O Uso da Reclamação para Garantia de Direitos Subjetivos Desrespeitados pela Inobservância de Provimentos Proferidos em Sede de Controle Objetivo de Constitucionalidade

Merece também atenção, por não se distanciar dessas ocupações clássicas, o uso da reclamação no âmbito das ações de controle abstrato de constitucionalidade. Para isso, importante realizar, em um momento inicial, breve resgate histórico, em que se tem, por emblemático, o julgamento da Reclamação 136-9.[20] Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal apreciou questão concernente à possibilidade de um não interveniente dar cumprimento, em reclamação, à acordão proferido em causa abstrata originária, visto que desrespeitado em particular seu direito subjetivo. Segundo consignado, o julgamento da ação concentrada teria mera feição declaratória, insus-

16 - DANTAS, op. cit., p. 223.

17 - PACHECO, op. cit., p. 431.

18 - A Emenda Constitucional n. 45/2004 criou as Súmulas Vinculantes, que, se aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, têm efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. No mesmo ato de criação, para preservar a higidez dessas orientações vinculantes, previu-se também o cabimento de reclamação como meio de se garantir a autoridade da súmula. Tão típica essa nova reclamatória em seu objeto que, para Palhares Moreira Reis, despicienda seria a modificação do regimento interno da Corte Suprema pelo advento da emenda constitucional, porquanto conglobada essa nova função da reclamação na já comum ideia de garantia da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal. REIS, Palhares Moreira. *Reclamação Constitucional e Súmula Vinculante.* Brasília: Consulex, 2010. p. 123.

19 - No Código de Processo Civil de 2015, é previsto o manejo da reclamação para garantir a observância de decisão proferida em julgamento (i) de incidente de assunção de competência e (ii) de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida (art. 988, IV, CPC), sendo, na segunda hipótese, cabível apenas quanto divergente o pronunciamento do tribunal de origem do que decidido pelo Supremo Tribunal Federal e "esgotadas as vias ordinárias (art. 988, § 5º, II, CPC)". DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal. 14. ed. reformada, Salvador: Juspodivm, 2017. p. 632.

20 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 136-9*. Rel. Min. Soares Munoz. DJ 1º.11.1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86671>. Acesso em: 26 out. 2018.

cetível de execução em sentido processual,[21] motivo pelo qual se reconheceu incabível o manejo do instrumento na situação, dada a falta de ilegitimidade do reclamante.

Referenciado entendimento, por sua vez, foi timidamente superado na Reclamação 397,[22] quando, diante das reiteradas insubmissões de certos Tribunais de origem em dar cumprimento às teses consagradas pela Corte Constitucional em ações diretas de inconstitucionalidade, entendeu-se necessária a atenuação do rigor da vedação jurisprudencial para se permitir, nesses casos, o ajuizamento da reclamação pelos legitimados ao controle concentrado (art. 103, do Texto Constitucional), visto não terem esses participado originalmente do feito fiscalizatório normativo.[23]

Não obstante a forte resistência do Supremo Tribunal Federal em admitir o uso da reclamação como forma de garantia de interesses individuais subjetivos desrespeitados pelo não prestígio à decisão tomada pela Corte em sede de controle abstrato, a Emenda Constitucional n. 3/1993,[24] ao prever a eficácia contra todos e efeito vinculante das decisões proferidas pelo Juiz Constitucional nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, teve o condão de evidenciar o cabimento da medida reclamatória, ao menos quanto às hipóteses dessas ações.[25] No mesmo sentido foi a Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999,[26] que, imprimindo igual eficácia e idêntico efeito das ações declaratórias às ações diretas de inconstitucionalidade, tornou inquestionável o cabimento da reclamação nas ações de controle concentrado para tutela de direitos eminentemente pessoais. Tanto que, por oportunidade do julgamento da Reclamação 1.880 AgR,[27] o Supremo Tribunal Federal reconheceu definitivamente a legitimidade ativa *ad causam* para as reclamações de todos aqueles que pudessem comprovar prejuízo oriundo de decisões dos órgãos do Poder Judiciário ou de atos da Administração Pública contrários aos julgados da Corte Suprema em sede de controle objetivo de constitucionalidade.[28]

Disso, observa-se ter a reclamatória sido admitida no contexto das ações diretas sob o influxo de uma série de fatores legislativos e históricos, que, quase em igual medida aos havidos nas fases clás-

21 - Afirmativa constante do voto do Ministro Moreira Alves, para quem caberia, no caso em tela, a impetração de mandado de segurança contra o ato que continuou a aplicar a lei declarada inconstitucional.

22 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 397 MC-QO*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21.5.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347768>. Acesso em: 26 out. 2018.

23 - Contudo, ainda era grande a resistência em se admitir a reclamação por terceiros amplamente considerados, uma vez que admitir tal providência equivaleria, segundo palavras do Ministro Celso de Mello, "a converter esse instrumento jurídico-constitucional em sucedâneo dos meios processuais, ordinários ou especiais, vocacionados – estes, sim – a tutelar situações individuais, emergentes de relações concretas".

24 - BRASIL. Emenda Constitucional n. 3, de 13 de abril de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 de março de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1>. Acesso em: 26 out. 2018.

25 - STRECK, Lenio Luiz. O instituto da reclamação em face das súmulas (não) vinculantes: a visão da Suprema Corte brasileira e as inovações do novo CPC. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Orgs). *Juiz Constitucional*: Estado e poder no século XXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 311.

26 - BRASIL. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

27 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 1880 AgR*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 19.3.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>. Acesso em: 26 out. 2018.

28 - Tal construção legislativa e jurisprudencial foi plenamente confirmada com o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, que, alterando os dispositivos dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal, pôs fim a qualquer dúvida quanto ao cabimento de reclamação por interesse subjetivo ao fim da garantia de observância de julgado proferido no âmbito de controle fiscalizatório concentrado de normas.

sicas, guardadas, nesse caso, as devidas peculiaridades, permitiram a essa ação constitucional alcançar feição peculiar, qual seja, a de conformadora da ordem constitucional, função essa que, em maior ou menor medida, converge àquela já típica incumbência do instrumento de garantidor da efetividade dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, bem observa Lenio Streck que:

> A reclamação constitucional – a sua própria evolução demonstra – não mais se destina apenas a assegurar a competência e a autoridade de decisões específicas e bem delimitadas do STF, mas também constitui-se como ação voltada à proteção da ordem constitucional como um todo. A tendência hodierna é, pois, que a reclamação assuma cada vez mais o papel de ação constitucional voltada à proteção da totalidade da ordem constitucional. Os vários óbices à aceitação da reclamação em sede de controle concentrado já foram superados, estando agora o STF em condições de ampliar o uso desse importante e singular instrumento da jurisdição constitucional brasileira[29].

Seguindo a indicação de que a reclamação teria vocação a novas funções, foi possível extrair, mediante pesquisa da jurisprudência da Corte Suprema, outra recente atribuição emprestada ao instrumento, a qual, apesar de igualmente ligada às ações de controle abstrato de constitucionalidade, revela-se uma acepção um pouco distinta, atinente à complementaridade do julgado, em clara natureza integrativa.

1.2 A Função Integrativa do Instrumento Reclamatório na Jurisprudência da Corte Constitucional

Na atividade jurisdicional constitucional, é comum que a apreciação da controvérsia seja feita em termos essencialmente abstratos, o que, de outro modo, não poderia se esperar, uma vez que, no controle concentrado, a controvérsia é sempre posta em termos objetivos. Disso resulta, não raramente, certa incompletude do julgado, que, analisando especificamente a questão constitucional, deixa de abarcar eventuais questões conexas, decorrentes da universalidade de um sem número de situações práticas, para as quais posteriormente se reclama esclarecimentos.

Foi o que aconteceu, por exemplo, com a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.395,[30] na qual se consignou a incompetência da Justiça do Trabalho para julgamento das causas em que são partes servidores vinculados ao Poder Público por relação jurídico-estatutária. Em decorrência desse pronunciamento, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, em diversas reclamações, acerca da extensão dessa decisão em relação aos ocupantes de cargos em comissão e aos contratados temporariamente. Amostra do que se afirma, a Reclamação 5.989 AgR[31], em que se interpretou ser a referida decisão aplicável aos ocupantes desses cargos, na medida em que irrelevante argumentação quanto à precariedade da ocupação.

29 - STRECK, op. cit., p. 312.

30 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.395 MC*. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 10.11.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>. Acesso em: 27 out. 2018.

31 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 5.989 AgR*. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli. DJe 17.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>. Acesso em: 27 out. 2018.

Podemos ainda citar o ocorrido na Ação direta de Inconstitucionalidade 3.324,[32] quando a Corte Suprema, julgando a validade da regra do processo de transferência *ex officio* entre as instituições de educação superior, prevista no art. 1º da Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997,[33] assentou impositiva a congeneridade entre as instituições envolvidas. Mesmo diante dessa decisão, certas instituições públicas de ensino superior continuavam a indeferir pedidos de transferência sob o argumento de que, a despeito de a instituição de origem ser congênere, o ingresso primário teria ocorrido em estabelecimento educacional de natureza jurídica privada, desautorizando, desse modo, a aplicação do precedente do Supremo Tribunal Federal. Em várias decisões monocráticas, entre as quais podemos citar a do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 3.665[34], afirmou-se não ter o Tribunal Pleno emitido conteúdo decisório sobre as transferências *per saltum*, motivo pelo qual prevalente a norma de regência na situação impugnada.

Percebe-se, com efeito, pelo uso em que empregadas essas reclamações, viés integrativo atribuído pelo Supremo Tribunal Federal ao instrumento. Passa ele, agora, a também servir à interpretação e conformação da jurisprudência da Corte, voltando-se, em última medida, à proteção da ordem constitucional,[35] porquanto, como afirmaria Fredie Didier, "ajuizada a reclamação, pode o tribunal, interpretando a decisão tida por desrespeitada, rejeitá-la. Ao fazê-lo, o tribunal interpreta sua própria decisão"[36].

Tal característica, contudo, não teve o condão de afastar a reclamação de sua típica atribuição. Isso porque, nas reclamações integrativas – terminologia adotada neste trabalho –, tem-se verificada, mesmo que com características pouco distintas, a busca pela garantia da autoridade das decisões do Tribunal Constitucional, seja quando se está a conceber a extensão de seu julgado, seja quando se está a afirmar sobre aquilo que se deixou de decidir. Em todas essas hipóteses, não se tergiversa da essência do próprio pronunciamento da Corte, que, em todo caso, remanesce garantido sob a melhor exegese. Talvez por isso seja impertinente, nesse momento, considerar inaugurada uma nova fase além das que já classificadas por José da Silva Pacheco, assertiva essa que, em outra medida, afigura-se merecedora de reparo com o julgamento da Reclamação 4.374[37].

32 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 3.324*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 5.8.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>. Acesso em: 27 out. 2018.

33 - BRASIL. Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regula o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9536.htm>. Acesso em: 27.10.2018.

34 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 3.665*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 19.12.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011406&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 27 out. 2018.

35 - Com o advento o Código de Processo Civil de 2015, a reclamação passou a ter papel ainda mais importante no processo constitucional. Por meio da previsão de intervenção de *amicus curiae*, bem como da manifestação do Ministério Público, a reclamação, que originalmente limitava-se à preservação de interesses subjetivos específicos, ampliou seu espectro funcional para servir – contemporaneamente – de espaço aberto à rediscussão de teses. Exemplo disso é a Reclamação 23.242, Rel. Min. Edson Fachin, em que admitida a intervenção de terceiros interessados na discussão acerca do regime moratório do art. 97 do ADCT, instituído pela EC 62/2009.

36 - DIDIER JÚNIOR, op. cit., p. 632.

37 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 4.374*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 3.9.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 28 out. 2018.

2. A RECLAMAÇÃO 4.374

Como visto, em nenhuma das fases do histórico da reclamação, inclusive consideradas as hodiernas atribuições que lhe foram conferidas, ousou-se emprestar a esse instrumento qualquer função própria das ações de controle concentrado de constitucionalidade, seja na época em que as reclamações propriamente dita e correicional se apresentavam sem maiores distinções, seja quando de seu movimento de positivação, seja ainda após o alargamento de suas funções, ocorrido após o advento da Constituição Federal de 1988. Ao contrário, esse instrumento político, em todo o seu desenvolvimento, orientou-se sempre com o fim específico de garantir a autoridade das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como de preservar sua a competência nos casos de usurpação por outro órgão jurisdicional.

Por essa razão que a decisão tomada na Reclamação 4.374 é tão peculiar, e, quem sabe, provedora de um encetar atributivo do instrumento reclamatório, pois foi nessa ocasião em que o Supremo Tribunal Federal, julgando reclamação ajuizada para garantir a autoridade da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232[38], na qual se reconheceu a constitucionalidade do critério de pobreza fixado para o fim de concessão do benefício de assistência social pela Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993[39] – a também denominada Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) –, levou a cabo controle concentrado de constitucionalidade para reconhecer a inconstitucionalização da citada norma, fazendo-o sob a justificativa de promover juízo hermenêutico de adequação.

Nesse sentido, para que seja possível melhor compreensão da *ratio decidendi* do referenciado julgado, faz-se necessário perpassar o exame dos fatores que influenciaram a decisão da Corte na Reclamação 4.374.

2.1 Os Aspectos Antecedentes ao Julgamento da Reclamação 4.374

Por primeiro, tem-se basilar a compreensão do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, na qual se questionava a constitucionalidade do critério previsto pelo art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993, que, regulamentando a norma de eficácia limitada prevista pelo art. 203, inciso V, da Lei Maior, estabeleceu parâmetro ao fim da concessão do benefício de prestação continuada para pessoas portadoras de deficiências ou idosos.[40] Na oportunidade, entendeu o Supremo

38 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.232*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 1º.6.2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em: 28 out. 2018.

39 - BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

40 - "Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de 1 (um) salário mínimo mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso com 70 (setenta) anos ou mais e que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.
[...]
§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa portadora de deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo."

Tribunal Federal, a despeito do parecer apresentado pela Procuradoria-Geral da República,[41] e seguindo tese divergente apresentada pelo Ministro Nelson Jobim, que o dispositivo de regência deveria ser o critério objetivo de aferição da condição dos possíveis candidatos ao benefício, na medida em que não dissonante dos termos da Constituição Federal. Ademais, consignou-se que outros parâmetros, se desejados, deveriam ser previstos em lei própria, como resultado da atividade legiferante do poder competente.[42] Entretanto, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence naquela assentada – para quem o critério questionado, mesmo hígido, seria um dos possíveis à comprovação da miserabilidade, motivo pelo qual haveria no caso tão somente inconstitucionalidade por omissão parcial,[43] – parecia prenunciar que a questão ainda continuaria aberta à discussão,[44] o que se confirmou posteriormente.

Mesmo com o julgamento definitivo da matéria pela Corte Constitucional, as instâncias ordinárias relutavam em fechar os olhos à realidade social para aplicar indistintamente o precedente, fato verificado, na maior parte das vezes, em condutas dos magistrados de piso tendentes a encontrar outros meios de aferir a condição de pobreza dos pretendentes ao benefício social de assistência continuada, ainda que em inobservância aos termos legais. Chegou-se, inclusive, ao ponto de a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais Especiais vir a editar, em 2004, o enunciado da Súmula 11, em que fixada a seguinte compreensão:

> A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei nº. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.[45]

Não inesperado, várias foram as reclamações ajuizadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) visando à preservação da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232. De mais significativa, tem-se a Reclamação 2.303 AgR[46], em que o Tribunal Pleno da

41 - Segundo consta do voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374, teria o Ministério Público Federal, em parecer assinado pela Dra. Anadyr de Mendonça Rodrigues, se manifestado pela interpretação conforme a Constituição do § 3º do art. 20 da LOAS, sendo a tese pelo entendimento de que o citado dispositivo, ao tratar de uma presunção absoluta (*juris et de jure*), não afastaria a possibilidade de comprovação, por outros meios, da condição de pobreza.

42 - Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim: "Compete à lei dispor a forma da comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum pois depende da existência da lei, da definição".

43 - Voto do Ministro Sepúlveda Pertence: "Sr. Presidente, considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforma à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. Julgo improcedente a ação."

44 - Observação feita pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 3-4.

45 - BRASIL. Turma nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula 11*. DJ 14.4.2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=pjvb6i62ssf5uon4ns8dcgo480>. Acesso em: 28 out. 2018.

46 - BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação 2.303 AgR*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 1º.4.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>. Acesso em: 28 out. 2018.

Corte, rediscutindo o tema, optou por manter-se firme em sua interpretação, ratificando a decisão estabelecida na ação direta, não obstante houvesse ministro[47] que já entendesse pela pertinência da conjugação de critérios de avaliação da condição de pobreza para concessão do benefício social. Certo é que a questão não deixaria de tomar a pauta do Supremo Tribunal Federal nos tempos seguintes, até sua apreciação peremptória na Reclamação 4.374.

2.2 O julgamento da Reclamação 4.374: os fundamentos do voto condutor e a percepção dos demais Ministros

2.2.1 O processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da LOAS

Seguindo dois ramos argumentativos, o Ministro Gilmar Mendes, relator do caso, destacou ser o tema material trazido na Reclamação 4.374 carecedor de enfrentamento pelas perspectivas da "omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição" e do "processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93"[48], dedicando em seu voto exaustivo esforço argumentativo em cada uma das áreas. Entretanto, por motivo de pertinência, seguiremos extraindo as razões apresentadas no tocante à segunda perspectiva, já que protagonista à conclusão do julgamento em favor do reconhecimento da inconstitucionalidade do dispositivo da lei de regência.

Sobre o processo de inconstitucionalização, o voto condutor trouxe resgate histórico, iniciado com o contexto em que editada a LOAS, quando então a renda familiar *per capita* inferior a um quarto de salário mínimo representaria, segundo padrões econômicos e sociais da época, estado de pobreza merecedor de tutela. Porém, conforme consignado pelo Ministro Relator, diante dos avanços econômicos experimentados pelo país desde a década de 1990, decorrentes do controle inflacionário e de reformas legislativas estruturais, que contribuíram para uma melhor distribuição de renda, o citado critério econômico paulatinamente se afastava de sua finalidade de parametrizar objetivamente a situação de miserabilidade para a qual se devia outorgar proteção social. Em razão dessa mudança observada no âmbito socioeconômico, criou-se, nos Programa Nacional de Acesso à Alimentação e Programa Bolsa Família, novo referencial econômico para concessão de benefício assistencial, qual seja, unidade familiar com renda mensal *per capita* inferior a meio salário mínimo.

Diante desse cenário, em que evidenciadas a defasagem do critério original de aferição de pobreza previsto na LOAS e a constante reinterpretação pelo legislador do critério econômico em matéria social, concluiu o Ministro Relator Gilmar Mendes pela inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da LOAS. Veja-se:

47 - Em seu voto-vista na Reclamação 2.303 AgR, o Ministro Carlos Ayres Britto fez questão de destacar que o critério de carência habilitatório ao benefício já estaria previsto na própria Constituição, de modo que, em excedendo materialmente a lei de regência ao fixar único critério objetivo, seria possível a conjugação de outros requisitos, verificáveis a partir do caso em concreto.

48 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 14.

> Resultado de um *processo* de *inconstitucionalização* decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)[49].

Contudo, apesar de superado o quadro de inconstitucionalização, restava aberta a discussão acerca da possibilidade de se conferir efeito rescisório a um instrumento reclamatório contra julgado de uma ação direta de inconstitucionalidade.

2.2.2 A possibilidade de se levar a efeito, em sede de reclamação, revisão de julgamento proferido em controle concentrado de constitucionalidade e a oposição do Ministro Teori Zavascki

Para o Relator, ajuizada a reclamação, essa se convolaria em típica ação constitucional de proteção da ordem constitucional, na qual se poderia, inclusive, permitir a revisão de precedente formado em controle concentrado. Esse raciocínio deriva do fato de esse instrumento possibilitar, nos termos da já consolidada jurisprudência, reconhecer-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade de uma norma tida como fundamento da decisão ou do ato impugnado, bem como se reinterpretar os julgados proferidos em controle concentrado, redefinindo-lhes conteúdo e alcance. Sobre essa última função, asseverou o Ministro Gilmar Mendes que:

> É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretação levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*) que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão[50].

Aliada a essa considerada ideia atributiva da reclamação, houve ainda aspecto do contencioso constitucional acatado no particular, oriundo da percepção quanto à possibilidade de se reexaminar a constitucionalidade de uma norma outrora declarada constitucional em ação direta. Sobre o tema, constou do voto do Relator entendimento pela pertinência de se levar a novo juízo de compatibilidade com o texto da Constituição norma anteriormente julgada válida quando verificadas mudanças estruturais nos contextos jurídico ou fático que circundavam o primeiro julgamento abstrato, posicionamento esse repousado na doutrina de Hans Brox e Brun-Otto Bryde. Por outro lado, não deixou de ser considerado que, no controle concentrado, a provocação da jurisdição constitucional depende da ação de um dos legitimados constitucionalmente, requisito previsto no consagrado sistema da escola austríaca, em que dependente o juízo de compatibilidade da propositura de uma ação direta fiscalizatória normativa por órgão político investido de tal competência.

49 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 38.

50 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 18.

Trazendo isso para a situação em análise na Reclamação 4.374, em que necessária a revisão da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, presentes ainda os elementos autorizadores ao novo juízo concentrado de constitucionalidade, dada a profunda variação havida nos contextos jurídico e fático e a reduzida probabilidade do ressurgimento da questão pela via da ação direta, apresentar-se-ia a reclamação como o meio próprio de efetivação da Justiça constitucional, ainda que tal exercício implicasse a superação do precedente-parâmetro, pois, nesse caso, estar-se-ia, em última *ratio*, a salvaguardar a própria ordem constitucional. É o que preferiu consignar o Ministro Gilmar Mendes como "oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade".[51]

Tal posicionamento, contudo, enfrentou resistência por parte de outros ministros, sobretudo do Ministro Teori Zavascki, que entendia incabível a atribuição à reclamação do papel de conformador dos precedentes judiciais formados nas ações direta e declaratória, sobremodo quando, nos termos do art. 26[52] da Lei 9.868/99, defesa a rescisão das decisões proferidas nessas ações. Segundo afirmou ainda:

> Não cabe em reclamação, que só tem por objeto examinar se houve ou não ofensa à autoridade da decisão do Supremo, fazer juízo sobre as questões decididas, muito menos se presta a reformar ou confirmar o acerto ou não dessas decisões, até porque as partes, na relação de direito material, não estão representadas nessa reclamação. Então, se não se pode fazer juízo sobre o acerto ou desacerto, não se pode também, nesses limites, fazer juízo sobre a constitucionalidade ou não dos preceitos normativos aplicados. Se nós fizermos um juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade no âmbito da reclamação, estaremos, de certo modo, inaugurando uma nova espécie de controle abstrato de inconstitucionalidade[53].

Em que pesem os argumentos desenvolvidos, ficou vencido o Ministro Teori Zavascki, tendo o Tribunal Pleno do Supremo julgado, por maioria, e com eficácia contra todos e efeito vinculante, inconstitucional o § 3º do art. 20 da LOAS. Foi aqui, com efeito, que se conferiu ao instrumento reclamatório papel de integração na hermenêutica da jurisdição constitucional, atuando, inclusive, como possível revisor dos julgados do controle concentrado, tarefa distinta da até então típica incumbência atribuída ao instrumento de garantidor da autoridade das decisões do Supremo Tribunal Federal e preservador de sua competência. Talvez por isso possa ser possível afirmar – agora sim – inaugurada uma nova fase da reclamação, que, distanciando-se de seu compromisso histórico, assume, no horizonte do contencioso constitucional, a prerrogativa de desdizer seu próprio parâmetro.

Independentemente do acerto da decisão na exata questão material julgada no caso da Reclamação 4.374, induvidoso que a adoção de tal posicionamento pelo Supremo Tribunal Federal, no que toca ao cabimento da reclamação, gerou efeitos sobre o sistema de precedentes e sobre a segurança jurídica, o que pretendemos averiguar a partir daqui, sem, contudo, perder de vista os fatores circunstanciais que influenciaram o Tribunal na ocasião, quando, perseguindo a efetivação da Justiça constitucional no caso apresentado, superou entraves procedimentais para alargar o acolhimento do manejo da ação autônoma de impugnação.

---

51 - Trecho do voto Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374. p. 21.

52 - "Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória."

53 - Trecho do voto do Ministro Teori Zavascki na Reclamação 4.374. p. 3.

3. O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO QUE TOCA AO NOVO PAPEL DA RECLAMAÇÃO: CRIATIVIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL OU NECESSIDADE SISTÊMICA?

Poderá haver aquele que, em uma análise perfunctória do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal na Reclamação 4.374, afirmará ter esse julgamento refletido postura ativista, pautada pela agenda do neoconstitucionalismo, em que o juiz abandona a função procedimentalista de mero aplicador das leis para assumir compromisso com a efetivação da ordem constitucional, em defesa de interesses de minorias e para fazer prevalecer a Constituição em seus princípios e orientações basilares. Isso porque, ao invés de adotar postura de autocontenção[54] e assim reconhecer a impossibilidade de revisão de seu próprio parâmetro em sede de reclamação, já que, segundo padrões históricos, destinar-se-ia o instrumento à própria preservação de tal parâmetro, teria optado a Suprema Corte, por razão de melhor hermenêutica, avançar, sem grandes preocupações, na busca de uma melhor solução ao problema apresentado, em clara manifestação de superação do formalismo jurídico.[55] A propósito, tal ideia se verifica nas lições de Roberto Barroso quando este afirma que, "em uma grande quantidade de situações, a solução para os problemas jurídicos não se encontrará pré-pronta no ordenamento jurídico. Ela terá de ser construída argumentativamente pelo intérprete"[56].

Contudo, a despeito de quão frutífera poderia ser a discussão, parece mais salutar, tomada a orientação do presente estudo, tergiversar o debate acerca do pretenso ativismo para dedicar especial atenção à aferição da legitimidade da mencionada decisão do Supremo Tribunal Federal sob o prisma da segurança jurídica e daquilo entendido por um sistema de precedentes, porquanto, em um primeiro olhar, contrapostos de forma mais imediata.

3.1 Segurança Jurídica, Previsibilidade e Precedentes: exame estanque dos parametrizadores históricos do vocacionado instrumento reclamatório

Nesse intuito, importante o resgate de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo quem:

> É notório que o ser humano busca constantemente obter segurança, apoiar-se naquilo que seja seguro, sendo este um imperativo psicológico imanente à sua essência. Donde, não tem como dela fugir. Visto que o Direito é uma disciplina da conduta humana, resul-

54 - Segundo pontificam Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, "os procedimentalistas defendem um papel mais modesto para a jurisdição constitucional, sustentando que ela deve adotar uma postura de autocontenção, a não ser quando estiver em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 90.

55 - Para Mauro Cappelletti, a tônica colocada na criatividade judiciária seria forma de insurgência contra a tradicional ideia do formalismo, em que privilegiado o elemento da lógica em detrimento do voluntarismo discricionário. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1993. p. 32.

56 - BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 9.

> ta que jamais poderia afastar-se do que seja uma sua inerência. Logo, haveria obrigatoriamente de refletir em si este traço concordante com a composição da estrutura psicológica dos seres humanos[57].

Similarmente, vem trazida a segurança em nosso Texto Constitucional como norma-princípio que visa a proteção "de um ideal de coisas cuja realização depende de comportamentos"[58] previamente idealizados. É, desse modo, medida de feição prospectiva, que delimita comportamentos e traz aos que se encontram submetidos à determinada ordem jurídica previsibilidade quanto às consequências provenientes da perpetração de determinadas condutas, sem o que, possivelmente, haveria o retorno ao estado de caos. Por essa razão é que a segurança jurídica é vista como uma das maiores conquistas do Estado de Direito, voltando-se, em sua acepção valorativa, à ideia de um ordenamento jurídico seguro, que permite ao jurisdicionado exercitar previamente juízo no tocante às implicações de seus próprios atos e omissões.[59]

Nesse sentido, como bem aponta Robert Alexy em seu texto "Segurança Jurídica e Correção", espiar-se-ia despiciendo conceber a segurança jurídica como mero resultado da observância natural daquilo que se denomina princípio da correção, produto esse da idealização moral de determinada sociedade para cooperação e coordenação de seu corpo. Isso porque, sendo a correção de diretriz de natureza meramente valorativa, careceria sua observância de *enforcement* (coercibilidade). Com efeito, não havendo recepção por determinado indivíduo da norma social, deveria aquele ser submetido à repreensão, sob pena de não mais se poder exigir dos demais o cumprimento da norma infringida. É o que implicaria "a necessidade da união de direito e coerção como um elemento decisivo da eficácia social",[60] isto é, da própria segurança jurídica concebida e esperada do sistema.

Em outro giro, e para permitir a melhor visualização das acepções em que possíveis o emprego da ideia de segurança, Humberto Ávila, ao tratar do aspecto material da segurança jurídica prevista pela Constituição Federal, proclama indicar o termo "estados de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade". Quanto à cognoscibilidade, o autor assevera que tal acepção deve ser entendida pelo conceito de determinabilidade, "como capacidade, material e intelectual, de compreensão das alternativas interpretativas e dos critérios indispensáveis à sua concretização"[61]. No que tange à confiabilidade, aduz a ideia da permissividade da mudança, em antagonismo ao conceito de imutabilidade, ressaltando, porém, a necessidade de tal mudança se dar em respeito à estabilidade e à continuidade. Por fim, quando trata da calculabilidade, milita a favor da citada conformação com a capacidade de antecipação dos conteúdos normativos, seja quando digam sobre normas vigentes ao tempo da ação, seja

57 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Orgs). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 41.

58 - ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 249-250.

59 - PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 44.

60 - ALEXY, Robert. Segurança jurídica e correção. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito positivo e direito discursivo*: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017. p 41-45.

61 - ÁVILA, op. cit., p. 251.

sobre normas futuras, quando necessário, nessas últimas, que as inovações não se deem de formas brusca, drástica e desleal.[62]

Trazer essas percepções ao mundo da jurisdição corresponde a dizer que os pronunciamentos judiciais, da mesma forma que no tocante aos aspectos normativos, devem, para serem considerados válidos, e a bem da preservação da segurança jurídica, observar os mesmos conteúdos materiais, quais sejam, a cognoscibilidade, a confiabilidade e a calculabilidade. Assim, ao julgar determinada causa, deve o magistrado, como forma de manter hígida a jurisdição, pronunciar-se convergentemente à interpretação tida por razoável diante dos conceitos normativos, bem como em alinhamento à expectativa de integridade da jurisprudência. Caso não o faça, estará a gerar a insegurança no sistema, fato não desejado em nenhum nível. É o que, para Bruno Dantas, poderia ser considerado como o direito fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. Para o autor, mesmo a moderna assunção hermenêutica da jurisdição não teve o potencial de derrogar a atual tendência de a sociedade esperar previsibilidade, mais agora das atuações do Poder Judiciário do que da própria lei.[63]

Essa previsibilidade, em última análise, está associada ao que se propõe em um sistema de precedentes. Ao estabelecer a unicidade entre uma série de decisões, gerando coerência entre os padrões de entendimentos e, consequentemente, previsibilidade ao sistema, os precedentes tornam a atividade jurisdicional equânime, em que todos os jurisdicionados, ao buscar a solução para os seus casos particulares, recebem respostas não divergentes ou destoantes. Desse modo, quando nenhuma situação ou nenhum indivíduo considerado em particular tem sua esfera de direito tutelada de modo distinto, alcança-se o que Frederick Schauer denomina como equidade por regras decisórias,[64] do que resulta a efetivação da própria Justiça, entendida na materialização do que originalmente se prevê no plano da moralidade. É, pois, na máxima de que "casos semelhantes devem ser julgados semelhantemente"[65] que encontra guarida a segurança jurídica, já que em um ambiente de linearidade e previsibilidade é que se vislumbra possível a promoção de valores como a liberdade e a igualdade.

Nesse plano, producente destacar a doutrina de Daniel Mitidiero, para quem:

> A compreensão da teoria da interpretação de uma perspectiva lógico-argumentativa retira o foco exclusivamente da lei e coloca-o também no precedente, de modo que a liberdade e a igualdade a partir daí devem ser pensadas também diante do produto da interpretação e a segurança jurídica diante de um quadro que englobe tanto a atividade interpretativa como o seu resultado. Dessa forma, o precedente, sendo fruto da reconstrução do sentido da legislação, passa a ser o derradeiro garante da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica no Estado Constitucional. Nessa linha, o precedente judicial constitui fonte primária do Direito, cuja eficácia vinculante não decorre nem do costume judicial e da doutrina, nem da bondade e da congruência social das razões invocadas e

62 - ÁVILA, op. cit., p. 250-252.

63 - DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 149, jan. 2013. p. 29.

64 - SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. ... [et. al.] (Coords). *Precedentes*, Salvador: Juspodivm, 2015. p 76.

65 - Ibid., p. 77.

> nem de uma norma constitucional ou legal que assim o determine, mas da força institucionalizante da interpretação jurisdicional, isto é, da força institucional da jurisdição como função básica do Estado.[66]

Ainda que o reconhecimento do caráter vinculativo do precedente como decorrência da institucionalização da jurisdição[67] se revele como pensamento de vanguarda, sobretudo quando historicamente reconhecido o efeito vinculante por força de expressa disposição legal, certo é que o precedente representa necessário parâmetro de preservação no espectro do ordenamento, pois, ao figurar como reconstrução interpretativa, traduz o próprio sistema legal em sua expressão maior. Logo, quando um precedente não é observado, desrespeita-se o próprio ordenamento jurídico, em clara deferência ao voluntarismo. Isso porque, em sendo dependente a afirmação do direito posto de interpretações a serem dadas por decisões judiciais, de forma a eliminar equivocidades, figura o precedente como meio para a interpretação de determinada questão, para a qual se indica uma regra de *stare decisis* a ser seguida pelos órgãos judicantes. Produz-se, com efeito, unicidade sistêmica e privilegia-se, de todo modo, a equidade.

Nessa tarefa de persecução da univocidade pelos precedentes, há ainda a proeminência atributiva finalística das cortes superiores nos sistemas de jurisdição. Nesse sentido, podemos citar, a título argumentativo, o papel do Supremo Tribunal Federal, a quem, em nosso modelo constitucional, incumbe a guarda da Constituição. No particular, parece óbvio sustentar que, ao reconstruir semanticamente o disposto no Texto Constitucional e decidir o que com ele é ou não compatível, a Corte formula juízo sobre determinada hipótese para, assim, dar uma interpretação prospectiva e pretensamente única à questão tratada por pronunciamentos dispersos das instâncias ordinárias. Ao assim proceder, estabelece um precedente, o qual, por sua vez, deve ser aplicado aos demais casos de idêntica situação fática. Por essa razão, segundo indica Daniel Mitidiero, seria correto reconhecer nessas cortes superiores a autoridade precípua na criação de precedentes, ao invés, do que muito imaginado, a função institucional na uniformização jurisprudencial.[68]

3.2 Necessidade de Superação dos Precedentes: parâmetros validadores no processo de mudança jurisprudencial

Todo o raciocínio desenvolvido até aqui parece dar conta de que, para um sistema jurídico ter seu funcionamento pautado por critérios de segurança jurídica e previsibilidade, no qual precedentes atuam como vetores estabilizantes, servindo ao prognóstico da atuação dos jurisdicionados, necessário que haja linearidade e estabilidade na interpretação do direito. Em outras palavras, uma vez apreciada determinada matéria, o resultado interpretativo deve se manter hígido para outras situações de igual teor, de modo que, em seu efeito prospectivo, o precedente passe a

66 - MITIDIERO, Daniel. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 85.

67 - Para Roger Stiefelmann Leal, por exemplo, o efeito vinculante não constituiria elemento imanente à ideia de Estado de Direito ou de qualquer modelo de jurisdição constitucional, mas "instituto de natureza complementar, estranho ao sistema". LEAL, Roger Siefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 114.

68 - MITIDIERO, op. cit., p. 79.

ser reverenciado pelos órgãos jurisdicionais, ainda que haja qualquer pretexto argumentativo em sentido contrário. Seria dizer que – considerado no ponto o exagero propositado de nossa fala – a expressão máxima de um estado de segurança jurídica se encontraria na imutabilidade dos entendimentos providos pela jurisdição, isto é, quanto mais imutável o precedente, menos insegura a ordem jurídica democrática.

Tal constatação, apesar de encontrar ressonância na exegese da dimensão estática do que se entende por segurança jurídica,[69] não se revela adequada se considerado o aspecto dinâmico dessa, exteriorizado na implementação do critério temporal, associado às vicissitudes cotidianas do corpo social. Com efeito, ao se considerar que o juízo formulado hoje deve prover significância para o amanhã, indicando valores prezados no atual momento, para os quais se espera ulterior garantia de concretização, ainda que diante das inconstâncias do progresso social, a afirmação feita no parágrafo anterior encontra seu padecer. Isso porque a solução de hoje, por mais perfeita que seja, pode não se mostrar adequada em um momento futuro, quando, novamente, os valores vigentes terão de ser confrontados com os novos elementos contextuais.[70] Nesse sentido, bem aponta Alessia Barroso que "a imutabilidade no direito, o engessamento do sistema, pode representar algo tormentoso quando tomado o direto em seu aspecto empírico."[71] Complementarmente, diz Frederick Schauer, em anotação, que a:

> Estabilidade pode ser impecável em abstrato, mas na realidade a estabilidade é alcançada apenas ao se abdicar de alguma de nossa flexibilidade para explorar de modo aprofundado os vários aspectos dos acontecimentos agora perante nós.[72]

A flexibilidade na exploração aprofundada dos aspectos sociais a que se referiu Schauer, não raramente, conduz a interpretação jurídica de determinada circunstância a novos horizontes, sobretudo na hipótese de a solução outrora alcançada não mais se apresentar válida, ao menos diante dos contornos assumidos na nova realidade fática. Nesses casos, em que impositiva a mudança, torna-se questionável se a superação da orientação jurisprudencial anterior representaria providência adequa-

69 - Humberto Ávila, ao tratar do tema, assim prescreve: "A dimensão estática diz respeito ao problema do conhecimento do Direito, ao seu saber, ou à questão da comunicação no Direito, e revela quais são as qualidades que ele deve possuir para que possa ser considerado 'seguro' e, com isso, possa servir de instrumento de orientação ao cidadão, em geral, e ao contribuinte em especial. Nesse aspecto, o Direito deve ser compreensível e efetivo. [...] A dimensão dinâmica, a seu turno, refere-se ao problema da ação no tempo e prescreve quais são os ideais que devem ser garantidos para que o Direito possa 'assegurar' direitos ao cidadão e, com isso, possa servir-lhe de instrumento de proteção. Nesse sentido, o Direito deve ser confiável e calculável". (ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 290-291).

70 - Ao cuidar do paradoxo revelado na continuidade do tempo, François Ost pontifica: "o tempo híbrido que o direito aprendeu a iludir: simultaneamente móvel e estabilizado, destituinte e instituinte, instituinte e instituído, ele é o tempo da instituição. Ansioso pelas transições, não acredita nem nas manifestações instantâneas, nem nas resoluções permanentes. Consciente das múltiplas trocas entre o direito e o social, relativiza as pretensões das vontades soberanas. Ele sabe que o tempo, como o rio de Heraclito, não pára de correr. Mas, preso aos valores fundadores (o rio tem uma nascente, e o mar é o seu destino), tenta balizar o seu curso com pontos de referência e canalizar o seu fluxo, opondo por vezes alguma moderação à pressão tumultuosa das urgências, outras vezes libertando correntes que estagnavam. Contra a revisão permanente dos textos, faz valer os princípios de segurança jurídica e de confiança legítima, sem os quais não existe elo social durável. Mas quando um contratante ou um juiz se agarra à letra de uma convenção sacralizada, recorda pelo contrário que é preciso saber rever para durar e que a boa fé que deve presidir aos acordos implica a sua adaptação quando estes se tornam injustos". OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999. p. 205-206.

71 - CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. De Ayres a Britto: as lições de Carlos sobre a segurança jurídica e o tempo do direito. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos (Orgs). *Liberdade e fraternidade*: a contribuição de Ayres Britto para o Direito. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 605.

72 - SCHAUER, op. cit., p. 83.

da, já que, entre seus possíveis efeitos, estaria o enfraquecimento do precedente, desprestigiado pela nova visão, ou se exprimiria medida pertinente no âmbito de um ordenamento jurídico saudável.

Sobre a divergência, segue Humberto Ávila pelo caráter salutar da mudança, em que garantida a integridade da ordem jurídica, até porque, quando protegida a chamada confiança legítima, o que se estaria a fazer seria tão somente evoluir, e não o contrário. Segundo assevera o doutrinador, "a mudança de orientação jurisprudencial, em si, pode ser boa",[73] especialmente pelo fato de o avançar de um entendimento em matéria já julgada, quando não prescindível e bem fundamentado, pressupor o reconhecimento da própria força do precedente superado.

Entretanto, a atividade hermenêutica revisora não pode ocorrer de maneira livre e irrestrita. Ao contrário, deve haver limites e expectativas correspondidos para que uma mudança jurisprudencial possa vir a ser considerada aceitável do ponto de vista da segurança jurídica. Por primeiro, devem estar previamente presentes elementos de índole fática, evidenciados na distinção dos moldes contextuais (*distinguishing*) ou na não mais correspondência do precedente aos padrões de congruência social, aliados, nesse último caso, à verificação de que as normas jurídicas que guiaram o precedente agora militam mais em favor de sua superação do que sua preservação (*overruling*).[74] Além disso, necessário que a nova interpretação garanta a proteção da confiança legítima, entendida como o produto da valoração de comportamento do cidadão segundo critérios fixados na decisão que se pretende modificar, caso em que inaceitável qualquer pronunciamento que frustre expectativas legítimas depositadas na manutenção do pronunciamento objeto de revisão.

Presentes esses pressupostos, poderão ser levados a efeito o *distinguishing* e o *overruling*, servindo o primeiro "justamente para mostrar que não há analogia possível entre os casos, de modo que o caso está fora do âmbito do precedente" e o *overruling*, para superar totalmente um precedente, hipótese em que o órgão encarregado da sua formulação, mediante consistente esforço argumentativo, demonstra seu desgaste diante de fatores de congruência social e consistência sistêmica.[75]

3.3 A Dificuldade de Superação de um Precedente no Controle Concentrado de Constitucionalidade Ante Necessária Atuação dos Legitimados

Por outro lado, ainda que atendidos os requisitos anteriormente apontados, de modo a legitimar uma total mudança de orientação jurisprudencial, há, ainda, na esfera do controle concentrado de constitucionalidade, outra formalidade a ser observada para que se tenha possível a efetivação da superação de um precedente,[76] qual seja, a de haver a provocação

73 - ÁVILA, Humberto. op. cit., p. 463.

74 - PEIXOTO, op. cit., p. 177.

75 - MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 87.

76 - A superação de um precedente no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade somente terá lugar quando o julgamento a ser revisado tiver entendido pela constitucionalidade da norma questionada na nova ação abstrata, pois, do contrário, se considerada inconstitucional no julgamento anterior, a legislação terá sido extirpada do mundo jurídico, pelo que insubsistente em objeto a pretensa superação nesse caso, uma vez que não se afigura possível restaurar a validade de uma norma anteriormente declarada inconstitucional em controle objetivo.

da própria jurisdição constitucional por meio de uma ação própria. Entretanto, antes de se adentrar nessa questão, é preciso fazer digressão sobre o que seria o controle de constitucionalidade, para que, depois, seja possível prosseguir à melhor visualização do problema apresentado neste artigo.

Acerca desse controle, cumpre destacar as palavras de Gilmar Mendes, para quem:

> O reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre as formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos[77].

Logo, pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade nada mais é que o juízo de validade dos atos do Poder Público frente à Lei Maior, cuja obrigatoriedade se impõe a todo o sistema. Tal controle, ao ser realizado pelo Poder Judiciário, dá-se, em regra, repressivamente e com base em dois sistemas. De acordo com Cappelletti, tais sistemas podem ser classificados em difuso, "aquele em que o poder de controle pertence a todos os órgãos judiciários de um dado ordenamento jurídico, que o exercitam incidentalmente, na ocasião da decisão das causas de sua competência", e em concentrado, "em que o poder de controle se concentra, ao contrário, em um único órgão judiciário".[78] Esse último, desenvolvido pelo sistema constitucional austríaco, tem, entre suas características principais, a de demandar meios próprios para o exercício da Justiça constitucional, qual seja, o "exercício de uma ação especial por parte de alguns órgãos políticos",[79] legitimados para tal fim.

Desse modo, para que o controle objetivo fiscalizatório normativo tenha lugar, imprescindível que um dos legitimados constitucionalmente suscite a jurisdição constitucional; se assim não for, o controle de constitucionalidade não poderá ser levado a cabo, ainda que seja do interesse social a apreciação de determinada matéria. Esse sistema, do modo que desenhado originalmente, gerou distorções procedimentais, justamente verificadas na ausência de interesse de certos legitimados em promover a discussão de determinados assuntos que apresentavam pouco prestígio político. Tanto que, como consequência desse movimento de restrição ao acesso ao contencioso constitucional, foi promovida reforma no sistema constitucional austríaco, em 1929, para admitir a instauração do processo de controle pela Corte Administrativa (*Verwaltungsgerichtshof*) e pela Corte Suprema (*Oberster Gerichtshof*). Buscou-se, com isso, o rompimento com a insuficiência do sistema, revelado em sua "excessiva limitação sob o aspecto 'modal', em suma, sob o aspecto dos sujeitos a que pertence a legitimação para instaurar o processo de controle perante a Corte Constitucional".[80]

77 - MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional.* 10. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1.046.

78 - CAPPELLETTI, Mauro. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado.* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984. p. 67.

79 - Ibid., p. 104.

80 - Ibid., p. 106-108.

3.4 A Reclamação Como Meio De Combate à Inércia dos Constitucionalmente Legitimados na Provocação da Jurisdição Constitucional Objetiva nos Casos em que Verificada a Necessidade de *Overruling*

No âmbito do direito brasileiro, apesar do alargado o número de legitimados após o advento da Constituição Federal de 1988, houve situações em que a inércia na instauração do controle de constitucionalidade ainda permaneceu. Exemplo disso é o tema concernente ao critério de pobreza fixado pela LOAS para o fim da concessão do benefício de prestação continuada. Naquele momento histórico, como já destacado, não se observara interesse por parte dos legitimados em suscitar o debate constitucional acerca do assunto, mesmo diante de seu alto apelo social. Fruto disso foi o engessamento do pronunciamento proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232, que precisou, por fim, ser reiteradamente repetido, ante a ulterior insubsistência dos fundamentos adotados no primeiro juízo de constitucionalidade, fruto das significativas mudanças inferidas nos contextos econômico, social e político do país. Exsurge daí, portanto, a dúvida sobre qual seria a legitimidade de a reclamação atuar como instrumento na superação de precedente formado em controle concentrado nas hipóteses de necessário *overruling*, cumulada com a inércia dos legitimados em propiciar o reexame de certa questão no contencioso constitucional.

Nesse contexto, parece plenamente possível – e até desejável – que a reclamação se preste a suprir a deficiência modal do sistema, permitindo que a jurisdição constitucional permaneça aberta à rediscussão e eventual revisão de seus precedentes formados em controle abstrato. Assim, sempre que defrontar situação em que não mais social ou sistemicamente congruente norma outrora reconhecida válida, para a qual nenhum dos legitimados revele interesse em inaugurar a Justiça constitucional, pode a Corte Suprema, respeitando a confiança legítima dos jurisdicionados e mediante profundo esforço argumentativo, valer-se da reclamação como meio de levar a efeito a superação de seu precedente (*overruling*). Isso porque não se coaduna com a melhor hermenêutica a ideia da prevalência de aspectos de ordem formal em detrimento da substância, que deve ser a da busca da melhor interpretação do direito à luz da Lei Maior. Com efeito, mesmo que se sustente estar a reclamação, nessa hipótese, se voltando contra sua essência histórica de preservar seu pronunciamento-parâmetro, bem como operando um efeito rescisório de um julgado formado em controle concentrado – providência defesa por lei –, inegável que a prorrogação de um precedente totalmente desconectado da realidade produz efeitos ainda mais prejudiciais, que vão de encontro à própria legitimidade do sistema, o que não se pode admitir em grau nenhum.

Em outro giro, impende registrar que não se está a afirmar o amplo cabimento da reclamação em seu espectro revisor. Ao contrário, seu manejo está adstrito a situações específicas, verificadas em contexto de Justiça constitucional excepcional, não podendo essa interpretação ser estendida de modo desarrazoado, sob custo do sacrifício da potencialidade do instrumento reclamatório. Nesse sentido, impossível conceber o uso da reclamação para se rescindir uma súmula vinculante quando prevista, na legislação infraconstitucional de regência, a possibilidade de revisão ou cancelamento de enunciado por iniciativa do Tribunal Superior. Do mesmo modo, a superação de entendimento firmado sob a sistemática da repercussão geral prescinde do manejo da reclamação, uma vez que a Corte Constitucional pode afetar outro recurso para que a questão venha a ser novamente discutida e, se for o caso, decidida de outra maneira.

É justamente por isso que a reclamação como medida de revisão apenas tem lugar no âmbito do controle abstrato, já que aqui – diferentemente das primeiras situações apresentadas – verifica-se um obstáculo diante do qual o Supremo Tribunal Federal não dispõe de meios para suplantar seu precedente, porquanto dependente da atuação de outros órgãos. Portanto, por meio de uma postura altiva de prévia indicação da necessidade da derrogação de seu primeiro pronunciamento, em que salvaguardada a confiança legítima dos jurisdicionados, deve-se admitir que o Juiz Constitucional, em sede de reclamação, opere o *overruling* diante da inércia dos constitucionalmente legitimados, sobretudo quando considerado este o único meio de manutenção da congruência sistêmica em face de determinado julgado do controle concentrado desgastado pelo transcurso do tempo.

4. CONCLUSÃO

O instrumento da reclamação, em todo seu desenvolver histórico, sempre se apresentou como meio para preencher lacunas sistêmicas. Isso pôde ser visto na fase de seu surgimento perante o Supremo Tribunal Federal, quando tomou forma para garantir a efetividade dos pronunciamentos do Tribunal – reproduzindo ideais federalistas estabelecidos na teoria dos poderes implícitos –, assim como para sanar a ausência do extinto agravo por dano irreparável, assumindo feição correicional. Em todos esses cenários, a reclamação surgiu como resultado da criação pretoriana em que buscada a melhor efetividade da jurisdição constitucional, ainda que, em um primeiro momento, por balizas imprecisas, que foram sendo paulatinamente mais bem concretizadas com a consolidação da jurisprudência. Desde então, o que se constatou foi um alargamento das funções do instrumento reclamatório, observado, sobretudo, após o advento da Constituição Federal de 1988.

Com a Reclamação 4.374, não foi diferente. O fato de não haver qualquer previsão normativa autorizativa do uso da reclamação como veículo de acesso ao controle concentrado de constitucionalidade de normas – o que em tese fragilizaria o reconhecimento em abstrato da inconstitucionalização do dispositivo legal e, em último plano, a própria necessidade de observância dos precedentes judiciais – não impediu que a Suprema Corte se afastasse de uma postura de autocontenção para valer-se do instrumento como forma de expandir a Justiça constitucional. Assim, em busca de uma melhor hermenêutica, a Corte Suprema alcançou, no julgamento da mencionada reclamação, a solução que melhor se apresentava, ainda que ao custo do enfraquecimento de critérios formais que militavam à época a favor da manutenção do pronunciamento anteriormente proferido em sede de controle abstrato.

Nesse sentido, mesmo que passível de críticas o posicionamento da Corte, não se deve deixar de lado o fato de a reclamação ser fruto da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e, assim, ter natureza singular. Por esse motivo, é perfeitamente concebível imaginar que a reclamação pode estar a tomar novas conformações, as quais, apesar de não terem base legal, justificam-se pela noção dos poderes implícitos outorgados à Corte Constitucional, bem como pela necessidade de adequação dos julgados em virtude da vívida mudança da realidade fática. Logo, imaginar a reclamação como instrumento apto a derrogar precedente formado em controle concentrado parece ser providência plenamente factível, especialmente diante de entra-

ves circunstanciais que afastam o contencioso constitucional de sua verdadeira missão, que é a de proteger o Texto Constitucional. Além do mais, quando ocorre de maneira em que privilegiada a chamada confiança legítima, a superação de um precedente implica a própria deferência à segurança jurídica, já que não há como se conceber segurança diante de um pronunciamento que não mais reflete em si valores de justiça e equidade.

Em conclusão, é visão de certa feita inocente aquela que pretende resumir a finalidade maior da reclamação à ideia de garantia da autoridade de decisões e de preservação de competência, sobretudo diante de um sistema jurídico que sempre tenderá a apresentar imperfeições e obscuridades, para as quais se demandará completude. Nessa esteira, ao se considerar não esgotadas as potencialidades da reclamação, seu uso como meio revisor dos julgados em controle abstrato se revela como uma entre as muitas funções que poderão ser ainda atribuídas a essa ação autônoma de impugnação. Porém, antes de avançar nesse sentido, resta crer, por ora, no seu melhor emprego em sua nova função revisora da jurisdição constitucional, que indica o inaugurar de uma nova fase na história da reclamação.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Segurança Jurídica e Correção. In: HECK, Luís Afonso (Org). *Direito positivo e direito discursivo*: subsunção e ponderação no direito constitucional e ordinário. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2017.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *A correição parcial*. São Paulo: José Bushatsky, 1969.

ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1993.

_____. *O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1984.

CHEVITARESE, Alessia Barroso Lima Brito Campos. De Ayres a Britto: as lições de Carlos sobre a segurança jurídica e o tempo do direito. In: LEITE, George Salomão; NOVELINO, Marcelo; ROCHA, Lilian Rose Lemos (Orgs). *Liberdade e fraternidade*: a contribuição de Ayres Britto para o Direito. Salvador: Juspodivm, 2017.

DANTAS, Bruno. Direito Fundamental à previsibilidade das decisões judiciais. *Revista Justiça & Cidadania*, Rio de Janeiro, n. 149, jan. 2013.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Reclamação Constitucional no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2000.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*: o processo civil nos tribunais, recursos e ações de competência originária de tribunal. 14. ed. reformada, Salvador: Juspodivm, 2017.

LEAL, Roger Siefelmann. *O efeito vinculante na jurisdição constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Estado de direito e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLVEIRA, José Roberto Pimenta; POZZO, Augusto Neves Dal (Orgs). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. A reclamação Constitucional no Supremo Tribunal Federal: Algumas Notas. *Revista Oficial do Programa de Mestrado em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto Brasiliense de Direito Público*, Porto Alegre, n. 12, abr./jun. 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. revisada e atualizada, São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes superiores e cortes supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. 3. ed. revisada, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. *Precedentes*: da persuasão à vinculação. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PACHECO, José da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PATTERSON, C. Stuart; REEDER, Robert P. *United States and the States under the Constitution*. Philadelphia: T. & J.W. Johnson & Co. Print, 1904.

PEIXOTO, Ravi. *Superação do precedente e segurança jurídica*. Salvador: Juspodivm, 2016.

REIS, Palhares Moreira. *Reclamação Constitucional e Súmula Vinculante*. Brasília: Consulex, 2010.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes*: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAUER, Frederick. Precedente. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie. ... [et. al.] (Coords). *Precedentes*. Salvador: Juspodivm, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade

e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In: SARMENTO, Daniel (Coord). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. O instituto da reclamação em face das súmulas (não) vinculantes: a visão da Suprema Corte brasileira e as inovações do novo CPC. In: LEMBO, Cláudio; CAGGIANO, Mônica Herman; ALMEIDA NETO, Manoel Carlos de (Orgs). *Juiz Constitucional*: Estado e poder no século XXI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1.232*. Rel. Min. Ilmar Galvão. Rel. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. DJ 1º.6.2001. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=385451>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. *ADI 3.324*. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 5.8.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363361>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. *ADI 3.395 MC*. Rel. Min. Cezar Peluso. DJ 10.11.2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=390700>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. *Reclamação 136-9*. Rel. Min. Soares Munoz. DJ 1º.11.1982. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86671>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Reclamação 141 Primeira*. Rel. Min. Décio Miranda. DJ 17.4.1952. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=365675>. Acesso em: 24 out. 2018.

_____. *Reclamação 1880 AgR*. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 19.3.2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=349828>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Reclamação 2.303 AgR*. Rel. Min. Ellen Gracie. DJ 1º.4.2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=361858>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. *Reclamação 3.665*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJ 19.12.2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000011406&base=baseMonocraticas>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. *Reclamação 397 MC-QO*. Rel. Min. Celso de Mello. DJ 21.5.1993. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347768>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. *Reclamação 4.374*. Rel. Min. Gilmar Mendes. DJe 3.9.2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4439489>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. *Reclamação 5.989 AgR*. Rel. Min. Marco Aurélio. Rel. p/ Acórdão Min. Dias Toffoli. DJe 17.05.2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623086>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Turma nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais. *Súmula 11*. DJ 14.4.2004. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=11&PHPSESSID=pjvb6i62ssf5uon4ns8dcgo480>. Acesso em: 28 out. 2018.

REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 3, de 13 de abril de 1993. Altera os arts. 40, 42, 102, 103, 155, 156, 160, 167 da Constituição Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 18 de março de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc03.htm#art1>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. Emenda Constitucional n. 7, de 13 de abril de 1977. Incorpora ao texto da Constituição Federal disposições relativas ao Poder Judiciário. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 13 de abril de 1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc07-77.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

_____. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 8 de dezembro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8742.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

_____. Lei n. 9.536, de 11 de dezembro de 1997. Regula o parágrafo único do art. 49 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9536.htm>. Acesso em: 27 out. 2018.

_____. Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília*, DF, 11 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9868.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.

PARECERES

PARECER N. 00027/2018/CGC/PFE-INCRA-SEDE/PGF/AGU

NUP: 00845.000395/2018-46

INTERESSADOS: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA ASSUNTOS: JUROS COMPENSATÓRIOS E OUTROS

DIREITO AGRÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE SOCIAL PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA. JUROS COMPENSATÓRIOS. REPERCUSSÕES DO JULGAMENTO DE MÉRITO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 2.332/DF. ORIENTAÇÕES PROCESSUAIS.

1) Após 17 anos de tramitação, o Supremo Tribunal Federal julgou, em 17/05/2018, o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 2.332 – DF, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB com objetivo de obter a declaração de inconstitucionalidade do art. 15-A, §§ 1º, 2º, 3º e 4º e do § 1º do art. 27 do Decreto – lei nº 3.365/1941, os quais foram inseridos pela Medida Provisória nº 2.027-38/2000 (atualmente numerada como MP nº 2.183-56, de 24/08/2001) e versam, respectivamente, sobre juros compensatórios e honorários advocatícios nas ações de desapropriação.

2) Segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade possuem eficácia a partir da publicação em veículo oficial da ata de julgamento, o que, no caso em análise, ocorreu em 28/05/2018 (Ata nº 15, de 17/05/2018. DJE nº 103, divulgado em 25/05/2018, anexa).

3) O objetivo do presente parecer é analisar as repercussões desse julgamento - que, como cediço,

possui eficácia vinculante e erga *omnes* - sobre as ações de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária em curso e propor estratégias processuais com a finalidade de garantir a eficácia da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, evitando-se prejuízos ao erário e pagamentos indevidos.

4) Ressalta-se que o presente parecer foi formulado anteriormente à publicação do acórdão pelo Supremo Tribunal Federal e, também, sem que tenha sido iniciada a discussão sobre eventual modulação dos efeitos da decisão, razão pela qual as estratégias ora propostas poderão ser futuramente revistas.

Questões antecedentes e contextualização da ADI nº 2.332 -DF

5) A cominação de juros compensatórios nas ações de desapropriação é fruto de construção jurisprudencial relacionada ao conceito de lucros cessantes. Sua aplicação era realizada desde meados da década de 1960 a partir dos parâmetros de 04 Súmulas do Supremo Tribunal Federal:

> **Súmula 164/STF** – No processo de desapropriação, são devidos juros compensatórios desde a antecipada imissão de posse, ordenada pelo juiz, por motivo de urgência. *(Aprovada em 13/12/1963)*
>
> **Súmula 345/STF** – Na chamada desapropriação indireta, os juros compensatórios são devidos a partir da perícia, desde que tenha atribuído valor atual ao imóvel. *(Aprovada em 13/12/1963)*
>
> **Súmula 416/STF** – Pela demora no pagamento do preço da desapropriação não cabe indenização complementar além dos juros. *(Aprovada em 01/06/1964)*
>
> **Súmula 618/STF** – Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano. *(Aprovada em 17/10/1984)*

6) A questão foi pela primeira vez objeto de regulamentação normativa em 1997, quando a Medida Provisória nº 1.577, de 11/06/1997, estabeleceu em seu art. 3º, que:

> Art. 3º No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor da condenação, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse.

7) Após várias reedições, sobreveio a Medida Provisória nº 1.901-30, de 24/09/1999, que incluiu o § 1º no artigo 15-A ao Decreto-Lei nº 3.365/1941, consignando que os juros compensatórios somente seriam devidos se houvesse **perda de renda comprovadamente sofrida pelo expropriado**. O dispositivo foi assim redigido:

> Art. 15-A. No caso de imissão prévia na posse, na desapropriação por necessidade ou utilidade pública e interesse social, inclusive para fins de reforma agrária, havendo divergência entre

> o preço ofertado em juízo e o valor do bem, fixado na sentença, expressos em termos reais, incidirão juros compensatórios de até seis por cento ao ano sobre o valor da diferença eventualmente apurada, a contar da imissão na posse, vedado o cálculo de juros compostos.
>
> **§ 1º Os juros compensatórios destinam-se, apenas, a compensar a perda de renda comprovadamente sofrida pelo proprietário.**
>
> § 2º O disposto no caput deste artigo aplica-se também às ações ordinárias de indenização por apossamento administrativo ou desapropriação indireta, bem assim às ações que visem a indenização por restrições decorrentes de atos do Poder Público, em especial aqueles destinados à proteção ambiental, incidindo os juros sobre o valor fixado na sentença.
>
> § 3º Nas ações referidas no parágrafo anterior, não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos a período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação (NR)

8) Em 18/10/2000, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.332 – DF, em face do artigo 15-A, caput e parágrafos, e do §1º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941, inseridos pela MP nº 2.027-38/2000 (atualmente numerada como MP nº 2.183-56, de 24/08/2001).

9) O Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar, com efeitos *ex nunc*, em decisão cuja ata de julgamento da respectiva sessão foi publicada em 13/09/2001, para:

- Suspender a eficácia da expressão "*de até seis por cento ao ano*" no artigo 15-A do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, e suas sucessivas reedições;
- Dar ao final do *caput* do artigo 15-A, interpretação conforme à Constituição para que a base de cálculo dos juros compensatórios será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença;
- Suspender a eficácia dos §§ 1º e 2º do artigo 15-A; Suspender a eficácia do § 4º do artigo 15-A.
- Suspender, no § 1º do artigo 27, a eficácia da expressão "*não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)*".

10) Como consequência do deferimento da medida cautelar, voltou a ser aplicada a Súmula nº 618 do próprio Supremo Tribunal Federal, a qual fixara os juros compensatórios em 12% a.a.

Julgamento de mérito da ADI

11) O mérito da ADI nº 2.332 - DF foi julgado em 17/05/2018. A ação foi julgada parcialmente procedente, modificando-se substancialmente a decisão proferida em sede de medida cautelar, conforme a seguir exposto:

- *Constitucionalidade do percentual de juros correspondente a 6% ao ano.*

12) Foi reconhecida a constitucionalidade do percentual de juros compensatórios de 6% (seis por cento) ao ano para remuneração do proprietário pela imissão provisória do ente público na posse do bem, declarando-se a inconstitucionalidade do vocábulo "até". Assim, os juros compensatórios, quando incidentes, deverão corresponder ao percentual de 6% ao ano.

- *Base de cálculo: diferença entre 80% do preço ofertado e o valor do bem fixado na sentença. Interpretação conforme ao art. 15-A, caput.*

13) O STF deu interpretação conforme a Constituição ao *caput* do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/1941, quanto à base de cálculo. Manteve-se o entendimento fixado quando do deferimento da Medida Cautelar, no sentido de que os juros compensatórios deverão incidir sobre a diferença entre 80% (oitenta por cento) do preço ofertado em juízo pelo ente público e o valor do bem fixado na sentença.

- *Constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 15-A: não incidência de juros compensatórios quando não houver comprovação de perda de renda ou quando os índices GUT e GEE foram iguais a zero.*

14) A Corte afirmou a constitucionalidade dos §§ 1º e 2º do art. 15-A do Decreto-lei 3.365/1941. Dessa forma, definiu-se que a incidência de juros compensatórios não é automática e fica condicionada: **(i)** à comprovação, por parte do expropriado, de perda de renda decorrente da desapropriação; e **(ii)** a que o Grau de Utilização da Terra ou o Grau de Eficiência Econômica sejam superiores a zero.

- *Aplicabilidade às ações ordinárias de indenização por desapossamento administrativo.*

15) O STF reconheceu a constitucionalidade do § 3º do artigo 15-A do Decreto-Lei 3.365/41, de forma que são aplicáveis às ações ordinárias de indenização por desapossamento administrativo (as chamadas desapropriações indiretas) as mesmas regras sobre juros compensatórios previstas para as desapropriações diretas.

- *Inconstitucionalidade da vedação de incidência de juros compensatórios relativos ao período anterior à posse ou propriedade titulada pelo autor da ação.*

16) Foi declarada a inconstitucionalidade do § 4° do artigo 15-A, segundo o qual, nas ações de indenização por apossamento administrativo "não será o Poder Público onerado por juros compensatórios relativos ao período anterior à aquisição da propriedade ou posse titulada pelo autor da ação".

- *Honorários Advocatícios em ações de desapropriação*

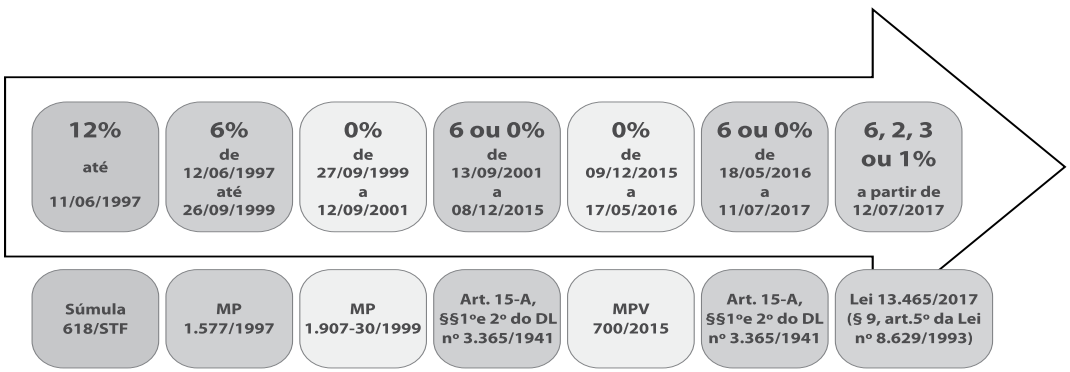
17) O STF afirmou a constitucionalidade da estipulação de parâmetros mínimo e máximo para o arbitramento de honorários advocatícios, mas declarou a inconstitucionalidade da expressão "não podendo os honorários ultrapassar R$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)". Assim, nos

termos do § 1º do art. 27 do Decreto-lei nº 3.365/1941, os honorários serão fixados entre 0,5% (meio por cento) e 5% (cinco por cento) do valor da diferença entre o valor da indenização e o valor da oferta, observadas também, no que aplicáveis, as disposições do art. 85 do Código de Processo Civil.

Abrangência

18) O julgamento do mérito da ADI nº 2.332 – DF tem repercussões em relação à incidência dos juros compensatórios **no período entre 13/09/2001 - data da publicação da decisão na Medida Cautelar - e 11/07/2017 - data de entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017,** a qual estabeleceu regras específicas às desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária, notadamente em relação aos percentuais de juros e à base de cálculo. Nesse período, destaque-se que vigorou entre 09/12/2015 e 17/05/2016 a Medida Provisória nº 700/2015, que, dando nova redação ao § 1º do art. 15-A do Decreto – lei nº 3.365/1941, estabeleceu não incidirem juros compensatórios nas indenizações relativas às desapropriações por descumprimento da função social da propriedade[1].

19) Cabe destacar que a correta incidência dos percentuais de juros compensatórios, deve observar a legislação vigente à época da incidência (princípio do *tempus regit actum*)[2]. Assim, quando devidos, a incidência dos juros compensatórios ocorrerá na forma da seguinte representação gráfica:



Orientações processuais aplicáveis às ações em curso

20) Delimitado o período sobre os quais incidem os efeitos do julgamento de mérito da ADI nº 2.332 - DF, necessário se faz analisar as repercussões processuais nas seguintes hipóteses:

- Ações na fase de conhecimento em que não houve trânsito em julgado, em fase instrutória ou recursal.
- Ações na fase executiva em que esteja pendente a requisição de precatório ou

1 - Tais regras constam do § 9º no art. 5º da Lei nº 8.629/1993, assim redigido: "Se houver imissão prévia na posse e, posteriormente, for verificada divergência entre o preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença definitiva, expressos em termos reais, sobre a diferença eventualmente apurada incidirão juros compensatórios a contar da imissão de posse, em percentual correspondente ao fixado para os títulos da dívida agrária depositados como oferta inicial para a terra nua, vedado o cálculo de juros compostos."

2 - Conferir, a propósito, as teses fixadas pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1116364/PI .

determinação de lançamento de títulos da dívida agrária complementares.

- Ações em que houve trânsito em julgado da sentença a partir de 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão de julgamento da ADI nº 2.332 – DF, em fase de impugnação no âmbito do cumprimento de sentença.
- Ações na fase executiva, com trânsito em julgado da decisão exequenda[3] entre 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil) e 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão julgamento da ADI nº 2.332 - DF, em que tenha havido a requisição de precatório ou decisão determinando o lançamento de Títulos da Dívida Agrária - TDAs complementares.
- Ações na fase executiva, em que houve trânsito em julgado da decisão exequenda antes de 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil),em que tenha havido a requisição de precatório ou decisão determinando o lançamento de Títulos da Dívida Agrária - TDAs complementares.

(I) Ações na fase de conhecimento em que não houve trânsito em julgado, em fase instrutória ou recursal.

21) Ao julgar improcedente a ADI nº 2.332 – DF o Supremo Tribunal Federal promoveu, na forma da decisão, a declaração de constitucionalidade do art. 15-A do Decreto – lei nº 3.365/1941, bem como de seus §§ 1º, 2º e 3º.[4]

22) Devido à natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade, entende-se que o julgamento de uma ADI resulta, no caso de improcedência, na proclamação de constitucionalidade da norma. Essa compreensão encontra-se positivada no art. 24 da Lei nº 9.868/1999:

> Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

23) Tal decisão é dotada de eficácia vinculante e *erga omnes*, ou seja, à decisão do Supremo Tribunal Federal devem submeter-se todos os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública, sem exceções. Por sua vez, em razão de seu conteúdo declaratório, a decisão é dotada, também, de eficácia *ex tunc* ou efeitos retroativos, reconhecendo-se a validade das normas impugnadas desde sua edição.

24) Ademais, cessados os efeitos da medida cautelar, os quais, por sua natureza são precários, restaura-se, também com eficácia *ex tunc*, a vigência dos dispositivos legais cuja aplicação havia sido suspensa.

3 - a, b Note-se que a decisão exequenda nem sempre será a sentença. Em razão das sucessivas complementações de pagamento que normalmente ocorrem nos processos de desapropriação (em geral, em decorrência do lapso temporal existente entre a data da homologação da conta e o efetivo lançamento dos títulos), há situações em que a decisão que determina pagamento pendente seja a proferida no âmbito do cumprimento de sentença, após o pagamento decorrente da primeira conta de liquidação. Essas parcelas geralmente são compostas por juros compensatórios, moratórios e correção monetária (a despeito do entendimento sustentado pelo Incra, de serem indevidos juros compensatórios nesse caso. No que se refere ao pagamento por precatórios, tem-se entendimento já consolidado pelo STJ no sentido da não incidência de juros compensatórios em eventuais complementações de pagamento; cf: REsp nº 1.118.103 – SP, Tema Repetitivo 211). Nesse caso, a decisão exequenda será justamente a que determinou a complementação do pagamento, determinando a incidência de juros compensatórios, e não a sentença transitada em julgado.

25) Por essa razão, aos processos em curso na fase de conhecimento, o art. 15-A do Decreto-lei nº 3.365/1941 deverá ser aplicado da forma como interpretado no julgamento da ADI nº 2.332 – DF.

Verificação da incidência dos juros compensatórios (0 ou 6%)

26) O **primeiro ponto** a ser enfatizado refere-se ao § 2º do art. 15-A do Decreto-lei nº 3.365/1941. Deve o órgão de representação judicial averiguar se os índices de Grau de Utilização da Terra – GUT e Grau de Eficiência Econômica - GEE previstos no art. 6º, *caput* e §§ da Lei nº 8.629/1993 são iguais a zero. Em caso positivo, deverá provocar o Juízo para que faça consignar expressamente essa circunstância na sentença e/ou acórdão, conforme o caso, ainda que ela já conste da petição inicial.

27) Cabe rememorar que nos termos do art. 6º, §§ 1º e 2º da Lei nº 8.629/93, o **Grau de Utilização da Terra (GUT)** é o índice calculado pela relação percentual entre a área efetivamente utilizada e a área total aproveitável do imóvel. Para que a propriedade seja considerada produtiva, esse índice deve ser igual ou superior a 80%. O **Grau de Eficiência na Exploração da Terra (GEE)**, por sua vez, é obtido a partir da análise da produção do imóvel, tendo como referência os índices de rendimento estabelecidos pelo Ministério da Agricultura. Para que a propriedade seja considerada produtiva, deve ser igual ou superior a 100%.

28) A informação sobre os índices GUT e GEE pode ser encontrada nos documentos produzidos na fase administrativa da ação de desapropriação, sendo provável que constem tanto do Laudo de Vistoria e Fiscalização, como do espelho do cadastro do imóvel rural no Sistema Nacional de Cadastro de Imóveis Rurais – SNCR, após sua atualização decorrente de vistoria, ou ainda na notificação administrativa ao proprietário acerca da atualização cadastral (conferir, a título de exemplo, os documentos anexados ao presente Parecer). Em caso de dúvida ou inexistência do documento nos autos da ação de desapropriação, a PFE/INCRA deverá ser demandada a prestar subsídios para esclarecer a questão.

29) O **segundo ponto** diz respeito à comprovação na fase instrutória, pelo Expropriado, de que sofreu perda de renda com a imissão do Expropriante na posse do imóvel. Note-se, aqui, que o ônus de comprovar a perda de renda é do Expropriado, eis que se trata de um fato constitutivo - art. 373, inciso I, do CPC -, que tem o condão de gerar o direito postulado. Se o Réu não comprovar a perda de renda, o INCRA deverá requerer que a alíquota dos juros compensatórios seja necessariamente ZERO, eis que a Lei não admite gradação.

30) Recomenda-se que o julgamento de mérito da ADI nº 2.332/DF seja noticiado pelo Procurador oficiante na primeira oportunidade de falar nos autos, ou, sendo possível, por petição protocolada nas ações em curso, independentemente de intimação.

31) Da mesma forma, considerando o disposto no art. 493 do Código de Processo Civil, cabe a oposição de Embargos de Declaração em face de decisões judiciais supervenientes a 28/05/2018 que deixem de enfrentar os pontos acima declinados, bem como apelação ou outros recursos cabíveis, se mantida a decisão embargada.

4 - Devido à natureza dúplice da ação direta de inconstitucionalidade entende-se que o julgamento de uma ADI resulta, no caso de improcedência, na proclamação de constitucionalidade da norma. Essa compreensão encontra-se positivada no art. 24 da Lei nº 9.868/1999: Art. 24. Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.

32) Nesse aspecto, merecem especial atenção os processos em fase recursal em tramitação perante os Tribunais Regionais Federais e Superior Tribunal de Justiça. Acerca dessa questão, pertinente destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça – aplicável também aos acórdãos proferidos pelas Cortes Regionais –, segundo o qual mesmo em sede de recurso especial a superveniência de lei alterando as normas de regência dos juros compensatórios deve ser observada, sob pena de configuração de omissão:

> PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. DESAPROPRIAÇÃO. REFORMA AGRÁRIA. JUROS. COMPENSATÓRIOS. PERCENTUAL. LEI SUPERVENIENTE. OMISSÃO. EXISTÊNCIA. OBSERVAÇÃO DO MESMO PERCENTUAL DOS TDA'S. INCIDÊNCIA A PARTIR DA EDIÇÃO DA LEI NOVA.
>
> 1. **A superveniência de lei alterando as normas de regência dos juros deve ser observada por ocasião do julgamento do recurso especial, resultando sua falta em omissão.**
>
> 2. A lei que altera as regras de incidência de juros tem aplicação imediata, mas não retroativa. Incide, portanto, a partir de sua publicação, sobre as parcelas que passe a reger.
>
> 3. No caso, a partir da edição da Lei 13.465/2017, em 12/7/2017, os juros compensatórios nas ações de desapropriação para reforma agrária devem ser fixados no mesmo percentual dos títulos da dívida agrária depositados como oferta.
>
> 4. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para que, a partir de 12/7/2017, os juros compensatórios sejam estabelecidos em percentual correspondente ao fixado para os títulos da dívida agrária depositados como oferta inicial para a terra nua, nos termos da nova redação do art. 5º, § 9º, da Lei 8.629/1993.
>
> (EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.289.644 – RN, MINISTRO OG FERNANDES, DJe de 14/05/2018)
>
> *(grifos lançados)*

33) Caso mantida, por qualquer fundamento, a incidência de juros compensatórios em desconformidade com a decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal, além da interposição do recurso cabível, deverá ser comunicada a PFE/INCRA – Sede, as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso, para avaliarem a possibilidade e conveniência do ajuizamento de Reclamação Constitucional perante o Supremo Tribunal Federal.

(II) Ações na fase executiva em que esteja pendente a requisição de precatório ou a determinação de lançamento de títulos da dívida agrária complementares.

34) Nas sentenças proferidas anteriormente a 17/05/2018, data de julgamento da ADI nº 2.332- DF, o percentual dos juros compensatórios no período entre 13/09/2001 a 08/12/2015

e entre 18/05/2016 a 11/07/2017 foi fixado, em regra, no percentual de 12% a.a, por força da medida cautelar deferida pelo Supremo Tribunal Federal.

35) Conforme mencionado no item antecedente, as decisões proferidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por sua natureza declaratória, detêm, em regra, efeitos *ex tunc*, de forma que a norma há de ser considerada válida desde sua entrada em vigor e, sob esse parâmetro, devem ser analisadas as situações jurídicas por ela reguladas. Da mesma forma, a decisão tem efeito vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário, eficácia da qual resulta a impossibilidade de serem proferidas decisões supervenientes em discordância com o entendimento firmado pelo STF.

36) Nesse sentido, é certo que decisões anteriores ao julgamento da ADI nº 2.332 -DF que tenham aplicado os juros compensatórios no percentual de 12% ao ano devem ser impugnadas de acordo com a sistemática prevista no Código de Processo Civil, eis que a adequação do título judicial não ocorre de forma automática.

37) Conforme será explicitado nos tópicos subsequentes, em relação às situações jurídicas consolidadas, em que os efeitos da sentença tenham sido exauridos, com a superveniência de efetiva requisição de precatório ou de decisão determinando a emissão de TDAs complementares, pendente ou não de cumprimento, deverão ser observadas as disposições do art. 535, § 8º do Código de Processo Civil, que prevê o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir os julgados proferidos antes da decisão de mérito do Supremo Tribunal Federal.

38) Há, contudo, peculiaridade na situação em análise que tem relevância no caso dos processos em curso na fase executiva, em que não tenha havido a requisição de precatório ou decisão determinando o lançamento de títulos da dívida agrária complementares, embora tenha a sentença sido proferida anteriormente à decisão de mérito na ADI nº 2.332 – DF.

39) Tal peculiaridade decorre do fato de que as sentenças que fixaram, no período de abrangência ora discutido, o percentual de juros em 12 % a.a o fizeram com fundamento na medida cautelar – deferida com efeitos *ex nunc* – pelo Supremo Tribunal Federal.

40) Ocorre que em decorrência de sua natureza provisória, os atos praticados com fundamento em medidas cautelares caracterizam-se por sua precariedade e submissão à condição suspensiva ou resolutiva, consubstanciada na confirmação da cautelar pelo julgamento de mérito.

41) Assim, por terem sido proferidas com fundamento em medida cautelar, as sentenças que fixaram os juros compensatórios em 12% ao ano, afastando a aplicabilidade do art. 15-A do Decreto – lei nº 3.365/1941, trazem, quanto a esse ponto, a mesma característica de precariedade da própria medida cautelar. E, não confirmada a decisão pelo julgamento de mérito, a consequência é a necessária adequação desses títulos judiciais ao contexto jurídico vigente.

42) Tal adequação, decorrente da alteração do estado de direito, não configura ofensa à coisa julgada, mas decorre da cessação dos efeitos provisórios da medida cautelar, os quais foram incorporados à própria sentença, como verdadeira cláusula de modificabilidade, relacionada à vigência da medida cautelar.

43) Dessa forma, a adequação do título judicial ao comando da decisão de mérito proferida

pelo Supremo Tribunal Federal deve ser feita nos processos judiciais em curso, ainda que na fase executiva, sempre que pendente a requisição de precatórios e/ou decisão determinando o lançamento de títulos da dívida agrária complementares, eis que nessa etapa não há consolidação, em favor do expropriado, de situação jurídica decorrente da sentença. Cabe destacar que, nos termos do art. 11 da Resolução CJF nº 458/2017, o juízo da execução, antes do encaminhamento ao Tribunal, deverá intimar as partes para manifestação sobre o inteiro teor do requisitório, entendendo-se ser viável, até essa oportunidade, formular o pedido para adequação do título judicial.

44) Havendo tal consolidação, com a requisição do precatório ou intimação de decisão determinando o lançamento de TDAs complementares, entende-se que a medida correta é o ajuizamento de ação rescisória, como será exposto no item subsequente, até porque preclusas quaisquer possibilidades de impugnação da fase executiva.

45) Sobre o ponto, oportuno destacar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido de que em se tratando de juros legais (de que são espécie os juros compensatórios), a adequação do título judicial a parâmetros jurídicos supervenientes não ofende a coisa julgada e, por ser matéria de ordem pública, pode ser conhecida até mesmo de ofício pelo Judiciário. A propósito, cabível citar os precedentes que discutiram a incidência dos percentuais de juros moratórios fixados no Código Civil de 2002, às ações na fase executiva, julgados sob o rito dos recursos repetitivos, ilustrados pelos seguintes acórdãos:

> EXECUÇÃO DE SENTENÇA. TAXA DE JUROS. NOVO CÓDIGO CIVIL. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. INEXISTÊNCIA. ART. 406 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. TAXA SELIC.
>
> 1. **Não há violação à coisa julgada e à norma do art. 406 do novo Código Civil, quando o título judicial exequendo, exarado em momento anterior ao CC/2002, fixa os juros de mora em 0,5% ao mês e, na execução do julgado, determina-se a incidência de juros previstos nos termos da lei nova.**
>
> 2. Atualmente, a taxa dos juros moratórios a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/02)' (EREsp 727.842, DJ de 20/11/08)" (REsp 1.102.552/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, sujeito ao regime do art. 543-C do CPC, pendente de publicação).
>
> Todavia, não houve recurso da parte interessada para prevalecer tal entendimento.
>
> 3. Recurso Especial não provido.
>
> (REsp 1111119/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/06/2010, DJe 02/09/2010)
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. JUROS MORATÓRIOS EM CONDENAÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. COGNOSCÍVEL DE OFÍCIO. NÃO SUBMISSÃO AOS INSTITUTOS DA PRECLUSÃO E DA COISA JULGADA. PARÂMETROS DEFINIDOS PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

> PRINCÍPIO DO TEMPUS REGIT ACTUM. APLICAÇÃO IMEDIATA AOS PROCESSOS EM CURSO DA LEI 11.960/90, EM RAZÃO DE SUA NATUREZA PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> 1. **Se é certo que erro material não transita em julgado, com mais razão ainda não haverá falar em definitividade de cálculos apresentados no correr do procedimento executivo.**
>
> 2. Agravo Regimental desprovido.
>
> (AgRg no REsp 1427357/PR, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2014, DJe 04/08/2014)

46) Na petição a ser protocolizada, deverá o órgão de representação judicial requerer sejam aplicados os dispositivos do Decreto-lei nº 3.365/1941, em conformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal. **Recomenda-se, nesse caso, que a petição seja acompanhada pela memória de cálculos, uma vez que, ainda que negada a aplicação do precedente do Supremo Tribunal Federal, em relação aos valores correspondentes à diferença dos juros compensatórios, não poderá ser requisitado precatório, em razão da controvérsia instaurada.**

47) Portanto, na linha do que já explicitado nos §§ 27 e ss da presente manifestação, será necessário aferir, inicialmente, se incidem os juros compensatórios. Caso incidentes, o percentual deverá ser reduzido de 12% para 6% ou 0% ao ano.

48) Da mesma forma como indicado no item antecedente, o indeferimento do pedido de adequação do título judicial deverá ser objeto de recurso (agravo de instrumento, na forma do parágrafo único do art. 1015 do Código de Processo Civil), com a comunicação à Procuradoria Federal Especializada do Incra, às Procuradorias Regionais Federais e ao Departamento de Contencioso, para providências relacionadas ao acompanhamento prioritário, bem como análise do cabimento e conveniência de ajuizamento de Reclamação perante o Supremo Tribunal Federal.

(III) Ações em que houve trânsito em julgado da sentença a partir de 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão de julgamento da ADI nº 2.332 – DF, em fase de impugnação no âmbito do cumprimento de sentença.

49) Certamente ocorrerão situações em que o cumprimento de sentença será iniciado a partir de títulos judiciais cujo trânsito em julgado ocorreu posteriormente a 28/05/2018, mas que, ainda assim, terão como referência o percentual de juros fixado pela medida cautelar (12%).

50) Nesses casos, é possível que os expropriados apresentem cálculos tendo como referência os percentuais de juros previstos no título judicial. Sem prejuízo do exposto no item antecedente (situação processual ii), recomenda-se a observância do disposto no art. 535 do Código de Processo Civil, devendo a inconstitucionalidade da aplicação do percentual de 12% ser arguida em sede de impugnação, suscitando-se a inexigibilidade da obrigação. Confira-se o teor do citado dispositivo:

> (IV) Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:
>
> (...)
>
> III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
>
> § 5o Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado** ou difuso.
>
> § 6o No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.
>
> § 7o A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.
>
> § 8o Se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

51) Destaca-se que a discussão objeto da impugnação não ficará restrita à questão dos percentuais, mas deverá ser verificada se é devida a própria incidência de juros, face ao disposto nos §§ 2º e 3 º do Decreto-Lei nº 3.365/1941, observando-se as orientações pertinentes do item "i".

(IV) Ações na fase executiva, com trânsito em julgado da decisão exequenda entre 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil), e 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão julgamento da ADI nº 2.332 - DF, em que tenha havido a requisição de precatório e/ou decisão determinando o lançamento de TDAs complementares.

52) Entre as situações de ações na fase executiva, há aquelas em que a fase de impugnação foi completamente superada, com a requisição de precatório e/ou decisão determinando o lançamento de TDAs complementares.

53) Para essas situações, em que pesem as peculiaridades da coisa julgada formada a partir da aplicação do entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de medida cautelar, conforme exposto no item (ii), há que se considerar a ocorrência de preclusão das impugnações cabíveis na fase executiva, com a consolidação dos efeitos da decisão exequenda, razão pela qual cabível o ajuizamento de ação rescisória, conforme previsão contida no § 8º do art. 535 do Código de Processo Civil em vigor.

> Art. 535. A Fazenda Pública será intimada na pessoa de seu representante judicial, por carga, remessa ou meio eletrônico, para, querendo, no prazo de 30 (trinta) dias e nos próprios autos, impugnar a execução, podendo arguir:
>
> (...)
>
> III - inexequibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
>
> § 5o Para efeito do disposto no inciso III do caput deste artigo, considera-se também inexigível a obrigação reconhecida em título executivo judicial fundado em lei ou ato normativo considerado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, **ou fundado em aplicação ou interpretação da lei ou do ato normativo tido pelo Supremo Tribunal Federal como incompatível com a Constituição Federal, em controle de constitucionalidade concentrado** ou difuso.
>
> § 6o No caso do § 5o, os efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal poderão ser modulados no tempo, de modo a favorecer a segurança jurídica.
>
> § 7o A decisão do Supremo Tribunal Federal referida no § 5o deve ter sido proferida antes do trânsito em julgado da decisão exequenda.
>
> § 8o Se a decisão referida no § 5o for proferida após o trânsito em julgado da decisão exequenda, caberá ação rescisória, cujo prazo será contado do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

54) Assim, caso a requisição do precatório ou o lançamento de títulos da dívida agrária tenha sido proferida antes de 28/05/2018, sua desconstituição deverá ocorrer por meio de ação rescisória, a ser ajuizada em até dois anos da data do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal[5].

55) Cabe destacar que o fato de a decisão rescindenda ter sido proferida na vigência da medida cautelar não interfere na possibilidade de ajuizamento da ação rescisória, dada a eficácia retroativa da decisão de mérito proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Nesse sentido, o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

> EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
>
> Julgamento. Sentença de mérito. Oponibilidade erga omnes e força vinculante. Efeito ex tunc. Ofensa à sua autoridade. Caracterização. Acórdão em sentido contrário, em ação rescisória. **Prolação durante a vigência e nos termos de liminar expedida na ação direta de inconstitucionalidade. Irrelevância. Eficácia retroativa da decisão de mérito da ADI**. Aplicação do princípio da máxima efetividade das normas constitucionais. Liminar concedida em reclamação, para suspender os efeitos do acórdão impugnado. Agravo improvido. Voto vencido.
>
> **Reputa-se ofensivo à autoridade de sentença de mérito proferida em ação direta de inconstitucionalidade, com efeito ex tunc, o acórdão que, julgando improcedente**

5 - O ajuizamento da ação rescisória não é necessário para impedir a execução de efeitos futuros da sentença proferida, sobre relações jurídicas de trato continuado, como é o caso da incidência de juros compensatórios. Assim, sempre que houver possibilidade de adequação do título na fase executiva, a medida deverá ser requerida, nos termos expostos no Parecer.

> **ação rescisória, adotou entendimento contrário, ainda que na vigência e nos termos de liminar concedida na mesma ação direta de inconstitucionalidade.**
>
> (Rcl 2.600-AgR, Relator Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 14/09/2006, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00031 EMENT VOL-02283-02 PP-00349 RTJ VOL-00206-01 PP-00123)

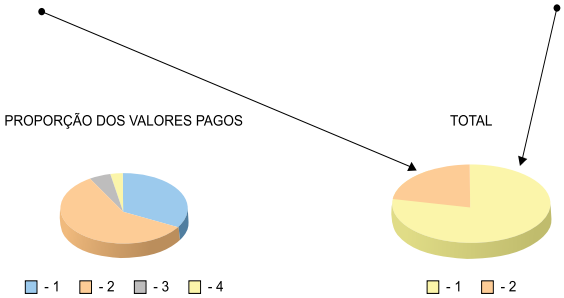
56) Questão relevante consiste em saber se é possível o ajuizamento da ação rescisória antes do trânsito em julgado da decisão na ação direta de constitucionalidade, face ao disposto no § 8º do art. 535, segundo o qual o prazo para ajuizamento será iniciado do trânsito em julgado do acórdão proferido na ação direta de inconstitucionalidade.

57) Como cediço, os valores correspondentes aos juros compensatórios representam parte considerável do montante total em execução em sede de cumprimentos de sentença em ações de desapropriação. Conforme mencionado, no ano de 2016, o Incra pagou aproximadamente o valor de R$ 107.195.368, 20 (centro e sete milhões, cento e noventa e cinco mil, trezentos e sessenta e oito reais e 20 centavos) a título de juros compensatórios. Se considerado o período entre os anos de 2011 a 2016, esse valor alcançou R$ 978.287.730, 29 (novecentos e setenta e oito reais, setecentos e trinta mil e vinte e nove centavos), conforme tabela e gráficos abaixo:

REPERCUSSÃO DOS JUROS COMPENSATÓRIOS SOBRE O TOTAL DA INDENIZAÇÃO COMPLEMENTAR PAGA EM DESAPROPRIAÇÃO PARA FINS DE REFORMA AGRÁRIA

			VALORES INDENIZATÓRIOS									
		(A)	(B)		(C)		(D)		(E)		(F)	
Ano	Número de processos examinados	TOTAL DA INDENIZAÇÃO COMPLEMENTADA (100%)	PRINCIPAL SOBRE A INDENIZAÇÃO	%	JUROS COMPENSATÓRIOS SOBRE A INDENIZAÇÃO	%	JUROS MORATÓRIOS SOBRE A INDENIZAÇÃO	%	HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS	%	ORÇAMENTO EXECUTADO	PROPORÇÃO EM % - VALOR EXECUTADO X JUROS COMPENSATÓRIOS PAGOS
2011	143	295.644.537,38	110.109.725,86	37,24%	165.434.538,66	55,96%	9.377.776,00	3,17%	10.722.496,86	3,63%	930.000.000,00	17,79%
2012	116	350.788.246,02	127.515.079,17	36,35%	203.660.612,43	58,06%	7.615.610,12	2,17%	11.996.944,30	3,42%	683.380.316,62	29,80%
2013	46	235.737.113,69	104,513,028.88	44,33%	106.284.258,30	45,09%	18.097.805,82	7,68%	6.842.020,69	2,90%	632.187.661,00	16,81%
2014	64	463.716.131,09	123.252.783,08	26,58%	300.496.274,12	64,80%	20.721.053,95	4,47%	19.246.019,94	4,15%	569.210.248,66	52,79%
2015	66	150.860.795,41	37.519.831,59	24,87%	95.216.678,58	63,12%	14.935.539,63	9,90%	3.188.745,62	2,11%	449.343.904,00	21,19%
2016	47	165.977.106,91	52.934.595,88	37,24%	107.195.368,20	64,58%	2.286.010,94	1,38%	3.561.131,89	2,15%	212.329.628,11	50,49%
TOTAL	482	1.662.723.930,50	555.845.044,46	33,4298%	978.287.730,29	58,8364%	73.033.796,46	4,3924%	55.557.359,30	3,34%	3.476.451.758,39	28,14%

1 - PRINCIPAL	555.845.044,46	33,43%
2 - JUROS COMPENSATÓRIOS	978.287.730,29	58,84%
3 - JUROS MORATÓRIOS	73.033.796,46	4,39%
4 - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E PERICIAIS	55.557.359,30	3,34%
TOTAL CONSOLIDADO	1.662.723.930,51	100,00%



58) Nesse contexto, aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade para o ajuizamento da ação rescisória pode frustrar a efetiva aplicabilidade da decisão do Supremo Tribunal Federal, ocasionando, também, vultosos prejuízos ao erário, uma vez que o decurso do tempo torna mais difícil a recuperação dos valores.

59) Nesse contexto, é pertinente destacar que, segundo entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, as decisões proferidas em sede de controle concentrado produzem efeitos a partir

da publicação da ata de julgamento, o que, no caso da ADI nº 2.332-DF ocorreu em 28/05/2018.

60) Essa compreensão decorre do disposto no art. 26 da Lei n° 9.868/1999, no sentido de que "*a decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória*". Ora, se a decisão proferida é irrecorrível e o único recurso cabível são os embargos de declaração, que não possuem efeito suspensivo, não há razão que justifique condicionar a eficácia da decisão a seu trânsito em julgado. Confira-se, propósito, o seguinte precedente:

> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CUMPRIMENTO DA DECISÃO.**
>
> **Desnecessário o trânsito em julgado para que a decisão proferida no julgamento do mérito em ADI seja cumprida**. Ao ser julgada improcedente a ação direta de inconstitucionalidade - ADI nº 2.335 - a Corte, tacitamente, revogou a decisão contrária, proferida em sede de medida cautelar. Por outro lado, a lei goza da presunção de constitucionalidade. **Além disso, é de ser aplicado o critério adotado por esta Corte, quando do julgamento da Questão de Ordem, na ADI 711 em que a decisão, em julgamento de liminar, é válida a partir da data da publicação no Diário da Justiça da ata da sessão de julgamento.**
>
> 1. A interposição de embargos de declaração, cuja consequência fundamental é a interrupção do prazo para interposição de outros recursos (art. 538 do CPC), não impede a implementação da decisão. Nosso sistema processual permite o cumprimento de decisões judiciais, em razão do poder geral de cautela, antes do julgamento final da lide.
>
> 2. Reclamação procedente.
>
> (Rcl 2576, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2004, DJ 20-08-2004 PP-00038 EMENT VOL-02160-01 PP-00105 RTJ VOL-00193-01 PP-00103)

61) O mesmo entendimento é também adotado pelo Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido:

> TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DO IPI SOBRE VEÍCULO AUTOMOTOR IMPORTADO PARA USO PRÓPRIO. CABIMENTO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL.RE 723.651/PR. SUPERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DO STJ.
>
> 1. **O fato de a ementa do julgado promovido pelo STF encontrar-se pendente de publicação não inviabiliza sua imediata aplicação, mormente diante do efeito vinculante dos pronunciamentos emanados em sede de repercussão geral, emprestando celeridade e eficiência na prestação jurisdicional, bem como reverência ao pronunciamento superior.**
>
> 2. O *decisum* ora objurgado foi claro ao estabelecer quais foram as premissas jurídicas firmadas pela Suprema Corte para reconhecer a incidência tributária de IPI na importação de automóvel por pessoas físicas para uso próprio: (i) a cobrança não viola o princípio da não cumulatividade nem configura bitributação; (ii) sua incidência, na hipótese, resguarda o princípio da isonomia, pois promove igualdade de condições

> tributárias entre o fabricante nacional, sujeito ao imposto em território nacional, e o fornecedor estrangeiro.
>
> 3. O próprio STF, *mutatis mutandis*, já consignou que **"a decisão de inconstitucionalidade produz efeito vinculante e eficácia *erga omnes* desde a publicação da ata de julgamento e não da publicação do acórdão**"
>
> (STF, Rcl 3.632 AgR/AM, Rel. p/ acórdão Ministro EROS GRAU, TRIBUNAL PLENO, DJU de 18/8/2006), ata esta que já foi publicada.Agravo interno improvido. (AgInt no REsp 1402242/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2016, DJe 28/06/2016)

62) Portanto, uma vez que a finalidade da ação rescisória é justamente dar efetividade à decisão do Supremo Tribunal Federal - cuja eficácia tem como marco inicial a data da publicação do Diário de Justiça da ata da sessão de julgamento -, é coerente afirmar-se que seu ajuizamento pode ocorrer desde tal publicação o que, no caso concreto, ocorreu em 28/05/2018.

63) Por todo o exposto, recomenda-se que, em relação às situações em que tenha havido a requisição de precatório e/ou decisão determinando o lançamento de TDAs complementares, cuja decisão exequenda tenha transitado em julgado entre 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei n° 13.105/2015) e 28/05/2018, seja ajuizada ação rescisória, com pedido de tutela provisória para bloqueio dos valores correspondente à parcela dos juros compensatórios requisitados em desconformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Ações na fase executiva, em que houve trânsito em julgado da decisão exequenda antes de 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil), em que tenha havido a requisição de precatório e/ou decisão determinando o lançamento de TDAs complementares.

64) O Código de Processo Civil anterior já previa a possibilidade de arguição, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução, de inexigibilidade de títulos judiciais fundados em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais ou em aplicação ou interpretação da lei tidas pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal. Tratava-se da previsão contida no § 1º do art. 475-L e no parágrafo único do art. 741.

65) O Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade dos citados dispositivos legais, bem como dos correspondentes no CPC/2015, no julgamento da ADI 2418 - DF, estabelecendo que "*o reconhecimento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da decisão exequenda*". O acórdão foi assim ementado:

> CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DAS NORMAS ESTABELECENDO PRAZO DE TRINTA DIAS PARA EMBARGOS À EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA (ART. 1º-B DA LEI 9.494/97) E PRAZO PRESCRICIONAL DE CINCO ANOS PARA AÇÕES DE INDENIZAÇÃO CONTRA PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO E PRESTADORAS DE SERVIÇOS PÚBLICOS (ART. 1º-C DA LEI 9.494/97). LEGITIMIDADE DA NORMA PROCESSUAL QUE INSTITUI HIPÓTESE DE INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO

> JUDICIAL EIVADO DE INCONSTITUCIONALIDADE QUALIFICADA (ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 475-L, § 1º DO CPC/73; ART. 525, § 1º, III E §§ 12 E 14 E ART. 535, III, § 5º DO CPC/15).
>
> 1. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-B da Lei 9.494/97, que fixa em trinta dias o prazo para a propositura de embargos à execução de título judicial contra a Fazenda Pública.
>
> 2. É constitucional a norma decorrente do art. 1º-C da Lei 9.494/97, que fixa em cinco anos o prazo prescricional para as ações de indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos, reproduzindo a regra já estabelecida, para a União, os Estados e os Municípios, no art. 1º do Decreto 20.910/32.
>
> 3. **São constitucionais as disposições normativas do parágrafo único do art. 741 do CPC, do § 1º do art. 475-L, ambos do CPC/73, bem como os correspondentes dispositivos do CPC/15, o art. 525, § 1º, III e §§ 12 e 14, o art. 535, § 5º. São dispositivos que, buscando harmonizar a garantia da coisa julgada com o primado da Constituição, vieram agregar ao sistema processual brasileiro um mecanismo com eficácia rescisória de sentenças revestidas de vício de inconstitucionalidade qualificado, assim caracterizado nas hipóteses em que (a) a sentença exequenda esteja fundada em norma reconhecidamente inconstitucional – seja por aplicar norma inconstitucional, seja por aplicar norma em situação ou com um sentido inconstitucionais; ou (b) a sentença exequenda tenha deixado de aplicar norma reconhecidamente constitucional; e (c) desde que, em qualquer dos casos, o reconhecimento dessa constitucionalidade ou a inconstitucionalidade tenha decorrido de julgamento do STF realizado em data anterior ao trânsito em julgado da sentença exequenda**.
>
> 4. Ação julgada improcedente.

66) Ainda sobre o tema, necessário destacar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n° 730.462-SP, com repercussão geral reconhecida, decidiu

> "que a decisão do Supremo Tribunal Federal declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de preceito normativo não produz a automática reforma ou rescisão das sentenças anteriores que tenham adotado entendimento diferente; **para que tal ocorra, será indispensável a interposição do recurso próprio ou, se for o caso, a propositura da ação rescisória própria, nos termos do art. 485, V, do CPC, observado o respectivo prazo decadencial (CPC, art. 495). Ressalva-se desse entendimento, quanto à indispensabilidade da ação rescisória, a questão relacionada à execução de efeitos futuros da sentença proferida em caso concreto sobre relações jurídicas de trato continuado.**"

67) Assim, a inovação prevista no CPC/2015, em verdade, diz respeito ao prazo para ajuizamento de ação rescisória, que passa a ser, conforme já exposto, contado a partir do trânsito em julgado da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

68) Tal modificação ensejou o estabelecimento de uma regra de transição, prevista no art. 1.057 do CPC/2015:

> **Art. 1.057. O disposto no art. 525, §§ 14 e 15, e no art. 535, §§ 7o e 8o, aplica-se às decisões transitadas em julgado após a entrada em vigor deste Código, e, às decisões transitadas em julgado anteriormente, aplica-se o disposto no art. 475-L, § 1º, e no art. 741, parágrafo único, da Lei no5.869, de 11 de janeiro de 1973.**

69) De acordo com a regra de transição, tem-se que o ajuizamento da ação rescisória no prazo previsto no § 8º do art. 535 do CPC/2015 somente será possível em relação às decisões transitadas em julgado após sua entrada em vigor (18/03/2016), sendo que às anteriores, aplicar-se-á o disposto no Código anterior, ou seja, o prazo deve ser contado a partir do trânsito em julgado da decisão rescindenda.

70) Assim, tem-se que em relação às ações de desapropriação na fase executiva, em que as decisões exequendas pendentes de cumprimento ou cumpridas tenham sido proferidas em data anterior a 18/03/2016, somente será possível arguir a inexequibilidade da obrigação por meio de ação rescisória, respeitando-se o prazo de 02 anos previsto no art. 495 do Código de Processo Civil de 1973.

71) Ocorre que, conforme já explicitado, deve ser destacada a particularidade de que sentenças que fixaram o percentual de juros compensatórios em 12% a.a foram proferidas na vigência da medida cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E, nesse caso - ausente qualquer decisão de modulação - necessário reconhecer que o prazo para ajuizamento da ação rescisória não fluiu enquanto vigente a cautelar. É esse o entendimento doutrinário exposto pelo Ministro Teori Zavascki:

> "É possível que entre a data da concessão da liminar e da sua revogação tenha decorrido o prazo prescricional ou decadencial para o ajuizamento da ação ou de direito fundado em norma cuja vigência fora suspensa e posteriormente restabelecida. Por exemplo, é possível que, entre o trânsito em julgado da sentença no caso concreto e a revogação da liminar na ação de controle concentrado, tenha transcorrido período de tempo superior ao previsto para o ajuizamento da ação rescisória. Terá o interessado, que se submeteu ao comando liminar, perdido o direito de promover a ação? Esta questão há de ser examinada e resolvida à luz do princípio, acima anotado, do não-prejuízo a quem obedeceu a liminar, por força do qual devem ser asseguradas ao jurisdicionado, integralmente, todas as faculdades e pretensões que poderia ter exercido não fosse o comando impeditivo da medida judicial. À luz de tal princípio, deve-se entender que o prazo para ajuizamento da ação rescisória terá como termo inicial a data do trânsito em julgado, não da sentença do caso concreto, mas do acórdão ou da decisão que, no controle concentrado, revogou a liminar.
>
> (...)
>
> Dir-se-á que se trata de prazo decadencial, não sujeito a suspensão ou interrupção. A objeção não procede. Não se pode ter por absoluta, como demonstrado na doutrina, a regra de que o prazo decadencial não comporta incidências que alterem o seu curso. A pendência de demanda judicial, por exemplo, é causa de interrupção não apenas dos prazos prescricionais (CPC, art. 219) mas igualmente dos prazos extintivos de direito (CPC, art. 220), nos quais se incluem, conforme a jurisprudência, também os de natureza decadencial. Ora, regime jurídico semelhante não se poderia negar à situação aqui enfocada.
>
> (...)

> Daí afirmar-se que nas situações acima enfocadas, o termo inicial para o ajuizamento da ação rescisória é o do trânsito em julgado do acórdão que revogou a liminar"[6].

72) Assim, no que diz respeito às decisões exequendas proferidas antes da vigência do Novo Código de Processo Civil (18/03/2016), tem-se que o prazo começará a fluir a partir do trânsito em julgado da decisão que revogou a medida cautelar proferida na ADI nº 2.332 - DF.

73) Considerado o já exposto nos §§ 57 e ss do item antecedente, entende-se viável o ajuizamento de ação rescisória, na hipótese, a partir da publicação da ata de julgamento, eis que é partir dessa data que se considera eficaz a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Conclusões

74) Ante o exposto, concluímos que:

74.1 A decisão de mérito proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 2.332 - DF produz os efeitos inerentes às decisões em controle concentrado de constitucionalidade *(erga omnes*, vinculantes e *ex tunc*) a partir da publicação da ata da sessão de julgamento, o que ocorreu em 28/05/2018, sendo possível, a partir dessa data, o ajuizamento de ação rescisória para desconstituir decisões judiciais que tenham - com base na medida cautelar - fixado o percentual de juros em 12% a.a.

74.2 **A decisão tem repercussões na incidência de juros compensatórios no período entre 13/09/2001 - data da publicação da decisão na Medida Cautelar - e 11/07/2017 - data de entrada em vigor da Lei nº 13.465/2017,** a qual estabeleceu regras específicas às desapropriações por interesse social para fins de reforma agrária, notadamente em relação aos percentuais de juros e à base de cálculo. Nesse período, destaque-se que vigorou entre 09/12/2015 e 17/05/2016 a Medida Provisória nº 700/2015, que, dando nova redação ao § 1º do art. 15-A do Decreto – lei nº 3.365/1941, estabeleceu não incidirem juros compensatórios em desapropriações por descumprimento da função social da propriedade.

74.1 Os desdobramentos decorrentes dos cenários processuais analisados são os seguintes:

> **(i) Ações na fase de conhecimento em que não houve trânsito em julgado, em fase instrutória ou recursal -** O julgamento da ADI nº 2.332 - DF deverá ser informado na primeira oportunidade que houver para falar nos autos, **recomendando-se o peticionamento inclusive independentemente de intimação**, quando possível. Se omissa a decisão proferida, deverão ser opostos embargos de declaração e, se for o caso, os demais recursos cabíveis, informando-se a PFE/INCRA/Sede, as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso para acompanhamento prioritário

6 - ZAVASCKI, Teori Albino. Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, agosto de 2000. p. 81 e ss. Disponível para consulta em http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/2521/000275909.pdf.

e análise do cabimento e oportunidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional

(ii) Ações na fase executiva em que esteja pendente a requisição de precatório e/ou determinação de lançamento de títulos da dívida agrária complementares.

O julgamento da ADI nº 2.332-DF deverá ser informado imediatamente nos autos das ações em curso, em petição instruída com memória de cálculos elaborada a partir das repercussões do julgamento da ADI (redução dos juros compensatórios para 6 ou 0%). Considera-se a última oportunidade para requerer a adequação do título a manifestação subsequente à intimação sobre o teor do ofício requisitório (art. 11 da Resolução CJF nº 458/2017). Negada a adequação do título judicial, deverá ser interposto agravo de instrumento (art. 1015, parágrafo único do Código de Processo Civil), comunicando-se as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso para acompanhamento prioritário e análise do cabimento e oportunidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional.

(iii) Ações em que houve trânsito em julgado da sentença a partir de 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão de julgamento da ADI nº 2.332 – DF, em fase de impugnação ao cumprimento de sentença.

Deverá ser arguida a inexigibilidade da obrigação, nos termos do art. 535, III, § 5º do Código de Processo Civil, requerendo-se sua adequação ao julgamento da ADI nº 2.332 - DF, com redução da incidência de juros compensatórios a 6 ou 0% a.a.

Negada a adequação do título judicial, deverá ser interposto agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único do Código de Processo Civil), comunicando-se as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso para acompanhamento prioritário e análise do cabimento e oportunidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional.

(iv) Ações na fase executiva, com trânsito em julgado da decisão exequenda[3] entre 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil) e 28/05/2018, data de publicação da ata da sessão julgamento da ADI nº 2.332 - DF, em que tenha havido a requisição de precatório ou determinação de expedição de TDAs complementares.

Deverá ser ajuizada ação rescisória, com pedido de tutela provisória para bloqueio dos valores correspondentes à parcela dos juros compensatórios requisitados em desconformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Negada a adequação do título judicial, deverá ser interposto agravo interno, comunicando-se as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso para acompanhamento prioritário e análise do cabimento e oportunidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional.

(v) Ações na fase executiva, em que houve trânsito em julgado da decisão exequenda antes de 18/03/2016 (data de entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, Novo Código de Processo Civil), em que tenha havido a requisição de precatório e/ou decisão determinando o lançamento de TDAs complementares.

Deverá ser ajuizada ação rescisória, com pedido de tutela provisória para bloqueio dos valores correspondentes à parcela dos juros compensatórios requisitados em desconformidade com a decisão do Supremo Tribunal Federal.

Negada a adequação do título judicial, deverá ser interposto agravo interno, comunicando-se as Procuradorias Regionais Federais e o Departamento de Contencioso para acompanhamento prioritário e análise do cabimento e oportunidade de ajuizamento de Reclamação Constitucional.

75) Sugere-se a remessa ao Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal para apreciação e divulgação das orientações aos órgãos de representação judicial.

À consideração superior.

Brasília, 12 de junho de 2018.

MARIA RITA REIS PROCURADORA FEDERAL
FELIPE DUTRA GURGEL CAVALCANTI PROCURADOR FEDERAL

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00845000395201846 e da chave de acesso a8838a5f

Documento assinado eletronicamente por FELIPE DUTRA GURGEL CAVALCANTI, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 140710625 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE DUTRA GURGEL CAVALCANTI. Data e Hora: 13-06-2018 17:55. Número de Série: 13440828. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

Documento assinado eletronicamente por MARIA RITA REIS, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 140710625 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): MARIA RITA REIS. Data e Hora: 13-06-2018 18:12. Número de Série: 13369192. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
PROCURADORIA-GERAL FEDERAL
PROCURADORIA FEDERAL ESPECIALIZADA JUNTO AO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - SEDE
GABINETE DA PROCURADORIA

DESPACHO n. 00436/2018/GAB/PFE/PFE-INCRA-SEDE/PGF/AGU

NUP: 00845.000395/2018-46
INTERESSADOS: INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA - INCRA
ASSUNTOS: JUROS COMPENSATÓRIOS E OUTROS

1. Aprovo, por seus próprios fundamentos, o **PARECER n. 00027/2018/CGC/PFE-INCRA-SEDE/PGF/AGU**, com *status* de orientação jurídica da PFE/Incra, de alcance geral.

2. À Sejud/PFE/Incra para:

> ***i)*** tramitar o presente NUP ao Departamento de Contencioso da Procuradoria-Geral Federal, para conhecimento do Parecer ora aprovado e, se de acordo, adotar providências pertinentes à sua divulgação perante às unidades de execução da PGF responsáveis pelo contencioso judicial, bem como, atuar perante o Superior Tribunal de Justiça para a adequação da jurisprudência veiculada no Recurso Especial Repetitivo REsp. nº 1.116.364/PI, ao entendimento de mérito do STF da ADI nº 2.332/DF e aos termos da orientação aqui formulada, conforme anteriormente discutido;
>
> ***ii)*** divulgar o referido Parecer na lista de correio eletrônico que abrange todos os procuradores federais em exercício nas unidades da PFE/Incra, bem como pelo Sapiens, em outro NUP, específico para essa finalidade, mediante abertura de tarefa (ciência) a todos os chefes das Procuradorias Regionais da PFE/Incra, para ciência, estudo e eventuais contribuições, tendo em conta a complexidade e relevância da matéria; e
>
> ***iii)*** incluir o Parecer ora aprovado na página da PFE/Incra na internet no link "Notas Técnicas" e também no link "por assunto/desapropriação para fins de reforma agrária".

Brasília, 13 de junho de 2018.

JUNIOR DIVINO FIDELES
Procurador-Chefe da PFE/Incra

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00845000395201846 e da chave de acesso a8838a5f

Documento assinado eletronicamente por JUNIOR DIVINO FIDELES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 141681383 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): JUNIOR DIVINO FIDELES. Data e Hora: 13-06-2018 23:42. Número de Série: 17133457. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv5.

PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/ CNU-DECOR/CGU/AGU

NUP: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, MINISTÉRIO DA SAÚDE E MINISTÉRIO DA FAZENDA

ASSUNTO: COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS PARA A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.

A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Referências: Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 – Plenário/TCU; RE 351.905 - 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR - 2ª Turma/STF

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

I. RELATÓRIO

1. Foram remetidos à Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos - CNU/CGU os processos de nº 00400.000378/2016-76, nº 19726.002441/2010-79, nº 25000.020121/2014-11, nº 00688.000789/2015-10, nº 00449.000063/2016-72 e nº 25000.209806/2015-87, que tratam da revisão do entendimento adotado no **Parecer GQ-145**. Referido parecer, dispondo sobre o requisito da compatibilidade de horários, previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, afirma (i) a ilicitude da acumulação de 2 (dois) cargos ou

empregos públicos que impliquem a sujeição do servidor a regimes de trabalho que totalizem 80 (oitenta) horas semanais e (ii) a licitude da acumulação de 2 (dois) cargos ou empregos públicos que impliquem a sujeição do servidor a regimes de trabalho que totalizem 60 (sessenta) horas semanais.

2. O processo nº **00400.000378/2016-76** diz respeito ao Aviso nº 207-GP/TCU, por meio do qual o Tribunal de Contas da União - TCU encaminha à Advocacia-Geral da União cópia do Acórdão nº 603/2016, proferido pelo Plenário do Tribunal, no qual se adotou a seguinte resolução:

> 9.4. dar ciência à Advocacia-Geral da União (AGU) acerca da divergência entre o Parecer GQ145/1998 e a mais recente jurisprudência desta Corte, a exemplo dos Acórdãos 1.176/2014-TCU-Plenário, 1.008/2013-TCU-Plenário e 3.294/2006-TCU-2ª Câmara, e de decisões dos tribunais superiores, a exemplo do MS 15.663/DF, no âmbito do STJ, do RE 633298 AgR/MG e do AI 83305700, no âmbito do STF.

3. Nos autos de nº **19726.002441/2010-79**, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, por intermédio do PARECER PGFN/CJU/COJPN Nº 940/2011, analisando requerimento de Procuradora da Fazenda Nacional interessada no exercício simultâneo do cargo de Professor Adjunto de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em regime de 40 (quarenta) horas semanais, concluiu pela necessidade de revisão do Parecer GQ-145. Instada a se manifestar, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Educação - CONJUR/MEC, através do PARECER Nº 891/2012/CONJUR/MEC/CGU/AGU, anuiu com o posicionamento sustentado pela PGFN, "ressalvando apenas a indispensável necessidade de verificação, por parte dos órgãos competentes, do cumprimento da carga horária exigida de cada um dos cargos".

4. Na oportunidade, foi elaborado no âmbito do Departamento de Coordenação e Orientação de Órgãos Jurídicos - DECOR/CGU o PARECER nº 084/2013/DECOR/CGU/AGU, no sentido da necessidade de revisão do posicionamento adotado no parecer normativo em destaque, sugerindo-se a adoção do seguinte entendimento:

> 19. (...) a compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da CRFB/88 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo possível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades envolvidos, além da compatibilidade de horários, a ausência de prejuízo às exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

5. Citado parecer, porém, não foi acolhido pelo Diretor do DECOR e pelo Consultor-Geral da União, mantendo-se em vigor o posicionamento constante do Parecer GQ-145. A Procuradora da Fazenda Nacional interessada pediu, então, a reconsideração do respectivo Despacho do Consultor-Geral da União, de nº 047/2014, pedido este que ainda se encontra pendente de análise.

6. No processo nº **25000.020121/2014-11**, trata-se do Ofício nº 67/2014/SE/MS, por

meio do qual a Secretaria Executiva do Ministério da Saúde sugere a revisão do Parecer GQ-145, "especialmente com relação a jornada de trabalho dos profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, ocupantes de dois cargos efetivos com jornadas de 40 (quarenta) horas semanais cada (ex: Enfermeiro, Auxiliar de Enfermagem, Técnico em Enfermagem, Técnico de Laboratório, Laborista Assistente Social, dentre outros)". O assunto foi submetido à Coordenação-Geral de Aplicação das Normas do Departamento de Normas e Procedimentos Judiciais de Pessoal da Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que expediu a NOTA TÉCNICA Nº 85/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, na qual afirma que

> (...) *vislumbra a premente necessidade de abertura de um canal de comunicação com a Advocacia-Geral da União - AGU, a fim de amadurecer-, sob a ótica da Administração Pública, em seus vários contextos e sua inegável heterogeneidade, utilizando-se dos conceitos mais atuais de gestão pública e da própria hermenêutica constitucional-, o debate acerca da acumulação de cargos, empregos públicos e funções, matéria atualmente constante do Parecer vinculante GQ 145, de 1998, da AGU e GQ nº 54, de 17 de outubro de 2006 e outros posicionamentos que os ratificam.*

7. Consta, da citada NOTA TÉCNICA Nº 85/2014/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP, questionamento a respeito da possibilidade de acumulação "daqueles servidores que, embora detentores de jornada de trabalho de 40 (quarenta) horas, em razão de permissivo legal cumprem jornada de 30 (trinta) horas semanais, a rigor do disposto no Decreto nº 1590, de 1995, especialmente os arts. 2º e 3º, os quais autorizam determinados servidores, a depender das atribuições específicas do cargo, serem submetidos à jornada de trabalho de seis horas diárias e carga horária de trinta horas semanais, embora ocupantes de cargos com jornada pré-fixada de 40 horas semanais". O ponto foi muito bem abordado no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, por meio do qual concluiu a Consultoria Jurídica junto ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - CONJUR/MP que o Parecer GQ-145/1998 "baseou-se na premissa de que seria faticamente impossível trabalhar de forma adequada por 80 horas, haja vista as necessidades biológicas do corpo humano", devendo prevalecer, no caso de redução de jornada de trabalho autorizada e legitimada pela legislação, a jornada efetivamente exigida do servidor sobre a jornada abstratamente prevista.

8. O processo nº **00688.000789/2015-10** diz respeito a ofício (FNE nº 93/2015) encaminhado pela Federação Nacional dos Enfermeiros para solicitar a revisão do Parecer GQ-145, no qual são enumerados os prejuízos, decorrentes da aplicação do referido opinativo, que vem sofrendo os profissionais da área de enfermagem que acumulam cargos com jornadas de trabalho superiores a 60 (sessenta) horas semanais.

9. Nos autos de nº **00449.000063/2016-72,** a Consultoria Jurídica da União no Estado de Santa Catarina - CJU/SC, em seu PARECER n. 107/2016/CJU-SC/CGU/AGU, propõe à Consultoria-Geral da União a reapreciação do Parecer GQ-145 ou, ao menos, da interpretação que lhe vem sendo conferida, que considera irregular a acumulação de 2 (dois) cargos ou empregos públicos com carga horária total superior a 60 (sessenta) horas semanais, uma vez que tal entendimento estaria em descompasso com a jurisprudência do STF, do STJ e do TCU.

10. No expediente administrativo nº **25000.209806/2015-87**, a Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Saúde - CONJUR/MS, por intermédio do PARECER n. 00418/2016/

CONJUR-MS/CGU/AGU, solicita à Consultoria- Geral da União que defina "se o limite de 60 horas de que trata" o Parecer GQ-145 refere-se à jornada abstrata do cargo ou a efetivamente prestada pelo servidor (dentro das hipóteses legalmente admitidas). Conforme consta da manifestação elaborada pela CONJUR/MS, a Portaria GM/MS nº 260, de 21 de fevereiro de 2014, com fundamento no Decreto nº 1.590/95, autorizou os servidores que prestam serviços nas unidades hospitalares sob gestão direta do Ministério da Saúde a realizar jornada de trabalho de 30 (trinta) horas semanais, sem redução da remuneração. Nada obstante, o sistema *SIAPE* não permite a regularização da situação dos servidores submetidos a acumulação em que a carga horária do cargo efetivo seja superior a 60 (sessenta) horas semanais, mesmo quando a carga horária efetivamente exercida seja igual ou inferior ao referido montante.

11. Compete, portanto, a esta CNU/CGU, analisar a necessidade de revisão do entendimento adotado no Parecer GQ-145, estabelecendo o que se deve entender por *compatibilidade de horários* como requisito para a acumulação de cargos públicos previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988. Em segundo lugar, na hipótese de se manter o entendimento de que as acumulações de cargos públicos devem ficar sujeitas a um limite de carga horária, será necessário definir se tal limitação deve levar em conta a carga horária abstrata do cargo ou a carga horária efetivamente exigida do servidor público dentro das margens estabelecidas pela legislação.

12. Registre-se, por fim, que, em resposta ao DESPACHO n. 00247/2016/DECOR/CGU/AGU, que facultou aos demais Órgãos de Direção Superior da AGU e, ainda, aos órgãos consultivos vinculados a esta Consultoria-Geral da União, se manifestarem a respeito da matéria ora em análise, foi emitida, nos autos do referido processo nº 19726.002441/2010-79, a NOTA nº 099/2016/DEPCONSU/PGF/AGU. No referido opinativo, de declarado "caráter informativo" e, não, "conclusivo", a Procuradoria-Geral Federal - PGF se reportou a seu anterior PARECER Nº 19/2012/DEPCONSU/PGF/AGU, no qual defende que as "balizas mínimas" firmadas no Parecer GQ-145 devem ser observadas pela Administração Pública, uma vez que a decisão adotada pelo STF na ADI/MC nº 3.126 não teria "o condão de viabilizar a compatibilidade de horários de forma a possibilitar a cumulação total de 80 (oitenta) horas semanais de trabalho". As Consultorias Jurídicas juntos aos Ministérios das Comunicações - CONJUR/MINC, do Meio Ambiente - CONJUR/MMA e do Desenvolvimento, Indústria e Comércio - CONJUR/MDIC, informaram não possuir informações para contribuir para o deslinde da questão ou interesse em se manifestar.

13. É o breve relatório.

II. ANÁLISE

II.I Tratamento constitucional e legal da matéria

14. A proibição de acumulação de cargos públicos já vigorava no Brasil antes mesmo de sua independência, constando da Carta Régia de 06.05.1623 e, posteriormente, do Decreto do

1 - DALLARI, Adilson Abreu. Regime Constitucional dos Servidores Públicos. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p.68.

Príncipe Regente de 18.06.1822. Apesar do silêncio da Constituição Imperial de 1824, a vedação permaneceu existindo na legislação ordinária. Proclamada a República, a regra constou do art. 73 da Constituição de 1891, tendo sido repetida em todas as Constituições posteriores[1].

15. A mesma linha de princípio foi adotada pela atual Constituição de 1988, que, como regra geral, veda a acumulação remunerada de cargos e empregos públicos em seu art. 37, incisos XVI e XVII, veja-se:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> (...)
>
> XVI - é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> a) a de dois cargos de professor; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 34, de 2001)
>
> XVII - a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> (...)
>
> § 10. É vedada a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes do art. 40 ou dos arts. 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na forma desta Constituição, os cargos eletivos e os cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

16. Tem-se, portanto, que a acumulação remunerada de cargos públicos é possibilidade excepcional em nosso sistema jurídico, admitida pelo inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988, na redação ora em vigor, apenas nas hipóteses de (a) dois cargos de professor, (b) um cargo de professor e um cargo técnico ou científico e (c) dois cargos privativos de profissionais da saúde. A regulamentação se aplica também, conforme determinação expressa do inciso XVII do mencionado dispositivo constitucional, a empregos e funções nas entidades integrantes da Administração Pública, aí incluídas as autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público.

17. Sobre o tema, o ADCT, em seu art. 17, §2º, conferiu, em benefício dos profissionais

de saúde que exerciam dois cargos ou empregos públicos na vigência do regime constitucional anterior, o direito de permanecer no exercício de ambos. O dispositivo em questão está redigido nos seguintes termos:

> Art. 17. (...)
>
> § 1º É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de médico que estejam sendo exercidos por médico militar na administração pública direta ou indireta.
>
> §2º. É assegurado o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que estejam sendo exercidos na administração pública direta ou indireta.

18. A acumulação remunerada de cargos públicos nas hipóteses admitidas pelo inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988 tem como requisito a *compatibilidade de horários*. Nada obstante, o que se deve entender por compatibilidade de horários, tema central do presente parecer, tem sido objeto de acirrada controvérsia na doutrina e jurisprudência pátrias, não estando regulamentada a questão seja na legislação ordinária seja no próprio texto constitucional.

19. No âmbito federal, a matéria encontra-se regulada no Estatuto do Servidor Público (Lei nº 8.112, de 1990), que, trazendo para o nível da legislação as disposições do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988, conferiu especial ênfase à compatibilidade de horários como requisito para a acumulação de cargos ou empregos públicos, veja-se:

> Art. 117. Ao servidor é proibido: (...)
>
> XVIII - exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho;
>
> Art. 118. Ressalvados os casos previstos na Constituição, é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos.
>
> § 1º A proibição de acumular estende-se a cargos, empregos e funções em autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios.
>
> § 2º A zacumulação de cargos, ainda que lícita, fica condicionada à comprovação da compatibilidade de horários.
>
> § 3o Considera-se acumulação proibida a percepção de vencimento de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade. (Incluído pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)

II.II Entendimento em vigor no âmbito do Poder Executivo da União: Parecer GQ-145, de 1998

20. A questão do requisito constitucional da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos foi equacionada no âmbito do serviço público federal pelo **Parecer GQ-145**, aprovado pela Presidência da República no ano de 1998. O caso analisado dizia respeito à acumulação de 2 (dois) cargos públicos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais, um de membro da Advocacia-Geral da União e outro de professor em Universidade Federal. A conclusão adotada foi no sentido de que (i) é ilícita a acumulação de cargos ou empregos públicos que sujeitem o servidor a regimes de trabalho que totalizem carga horária de 80 (oitenta) horas semanais, tendo em vista a impossibilidade fática de harmonização de horários e (ii) é lícita a acumulação de 60 (sessenta) horas desde que comprovada a ausência de sobreposição entre os horários de início e fim das jornadas de trabalho respectivas.

21. O entendimento acolhido baseou-se na afirmação de que, ao autorizar, excepcionalmente, o acúmulo de 2 (dois) cargos públicos, o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 não pretendeu contemplar cargas horárias de 80 (oitenta) horas semanais. Apesar da ausência de previsão constitucional expressa da jornada máxima permitida, haveria um limite implícito à quantidade de horas de trabalho a que poderia se submeter semanalmente o servidor público, preservando-se, de tal forma, a sua higidez física e mental e garantindo-lhe as condições necessárias para o efetivo exercício de ambos os cargos ou empregos públicos.

22. Ainda conforme o Parecer GQ-145, a análise da compatibilidade de horários deve levar em conta os intervalos para repouso do servidor público, não se caracterizando pela simples ausência de sobreposição das jornadas de trabalho, considerados apenas os horários de início e término dos respectivos expedientes. Nesse sentido, não seria razoável entender que uma pessoa é capaz de trabalhar 16 (dezesseis) horas por dia, restando-lhe apenas 8 (oito) horas para a locomoção, higiene física e mental, alimentação e repouso. Tendo em vista a extensão, aos servidores públicos, das regras sobre o repouso do trabalhador constantes dos incisos XIII e XV do art. 7º da Constituição de 1988, conforme determinado pelo art. 39, §2º, também da Constituição, o entendimento foi construído com base na regulamentação prevista na legislação trabalhista, que estabelece como de 11 (onze) horas o intervalo interjornadas mínimo.

23. Cuida-se, portanto, o Parecer GQ-145, de tentativa de se estabelecer um parâmetro razoável para a superação da lacuna normativa relativa ao requisito da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos públicos no sistema da Constituição de 1988, baseada no que se entende, segundo os parâmetros delineados na CLT, como a capacidade laborativa normal do ser humano e com vistas na proteção do erário, da eficiência do serviço público e da saúde do trabalhador.

II.III Jurisprudência do Tribunal de Contas da União

24. O Tribunal de Contas da União começou a formar sua jurisprudência sobre o tema no ano de 2003, tendo decidido, no Acórdão nº 533/2003 – 1ª Câmara[2], pela ilegalidade da acumulação de cargo de Professor em Escola Técnica Federal com cargo de Analista de Tribunal

2 - Acórdão 533/2013, Rel. Min. Marcos Vinicios Vilaça, Primeira Câmara, julgado em 25/03/2013.

Regional do Trabalho, ambos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais.

25. No ano de 2004, a Corte de Contas, no **Acórdão nº 2.860/2004 – 1ª Câmara**[3], voltou a posicionar- se no sentido da ilegalidade da acumulação de 2 (dois) cargos públicos com carga horária de 40 (quarenta) horas semanais cada um, acrescentando a regra de que a acumulação de cargos públicos seria possível nas hipóteses em que a carga horária total não ultrapassasse as 60 (sessenta) horas semanais. A inspiração para a fixação do parâmetro de 60 (sessenta) horas foi, declaradamente, o Parecer GQ-145.

26. A jornada de trabalho máxima de 60 (sessenta) horas para a acumulação de cargos públicos tornou-se a regra nas decisões posteriores do TCU[4]. O entendimento que se consolidou foi no sentido de que, apesar de o texto constitucional não fixar expressamente a duração máxima da jornada de trabalho, as condições para a acumulação de cargos deveriam ser aferidas sob uma "ótica restritiva", na medida em que seria uma exceção à regra constitucional de não acumulação[5]. Afirmava-se, ainda, a necessidade de se tutelar o serviço público, evitando-se o exercício deficiente dos cargos públicos em que investido o servidor beneficiário da acumulação, garantindo-lhe as condições mínimas para tanto[6].

27. No **Acórdão nº 5.257/2009 – 2ª Câmara**[7], o TCU modificou substancialmente seu entendimento sobre a questão, substituindo o critério da jornada máxima de 60 (sessenta) horas por uma análise casuística da compatibilidade de horários. Na oportunidade, foi considerada legal a situação de profissional da saúde submetido à carga horária de 40 (quarenta) horas semanais em um dos cargos públicos e de 30 (trinta) horas semanais no outro. Afirmando a inexistência de disposição legal a respeito da carga horária máxima a que poderia se submeter o servidor que exerce 2 (dois) cargos públicos cumulativamente, o tribunal sustentou a necessidade de solucionar-se o caso concreto com base em suas circunstâncias particulares, devendo ser levada em consideração a inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho. No caso analisado, a servidora pública trabalhava no período das 13 às 19 horas, de segunda a sexta-feira, em hospital estadual, concomitantemente com regime de plantão, de 12/60 horas, em Universidade Federal, no período das 19 horas e 15 minutos às 7 horas e 15 minutos.

28. O posicionamento adotado no referido Acórdão nº 5.257/2009 prevaleceu nas sucessivas decisões do TCU a respeito da matéria, a exemplo do **Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário**[8], que, adotado pelo Plenário do Tribunal, passou a ser apontado como o precedente a ser seguido nos julgamentos posteriores sobre o tema. Nada obstante, com o passar do tempo, alguns temperamentos foram aplicados a tal entendimento, como se observa no **Acórdão nº 1.168/2012 – Plenário**[9]. No voto condutor da decisão em questão, o Ministro relator externou suas preocupações com a eficiência da Administração

3 - Acórdão 2.860/2004, Rel. Min. Guilherme Palmeira, Primeira Câmara, julgado em 16/11/2004.

4 - Nesse sentido, Acórdãos nº 155/2005, 544/2006 e 556/2009, da 1ª Câmara do TCU, e nº 3.294/2006, 54/2007, 371/2007, 380/2007 e 2.035/2007, da 2ª Câmara do TCU.

5 - Acórdão 2.242/2007, Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, julgado em 24/10/2007.

6 - Acórdão 2.133/2005, Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Primeira Câmara, julgado em 13/09/2005.

7 - Acórdão 5.257/2009, Rel. Min. José Jorge, Segunda Câmara, julgado em 06/10/2009.

8 - Acórdão 1.338/2009, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 17/06/2009.

9 - Acórdão 1.168/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 16/05/2012.

Pública, afirmando a prioridade do interesse público no que dizrespeito ao exercício dos cargos e funções públicas. Restou consignado na decisão que o reconhecimento da compatibilidade de horários a que alude o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 não pode "se circunscrever à simples comprovação de ausência de superposição de jornadas", sob pena de degradação da qualidade no atendimento da população. Questionou-se, ademais, a respeito dos possíveis prejuízos ao servidor público submetido a jornadas de trabalho excessivas, asseverando-se a possibilidade de degradação de suas condições físicas e mentais decorrentes de questões como o repouso inadequado e a redução do tempo de alimentação e deslocamento. Afirmou, ainda, o Ministro relator, que a interpretação menos restrita para o termo compatibilidade de horários poderia até resolver problemas pontuais das áreas da saúde e educação no Brasil, suprindo carências estruturais ou sendo utilizada como instrumento de compensação para distorções salarias, mas não contribuiria para a solução dos complexos desafios que cercam os referidos setores. Assim, paralelamente à afirmação de que a jornada máxima de 60 (sessenta) horas semanais de trabalho não pode ser aplicada para impedir indiscriminadamente a acumulação de cargos públicos, passou-se a enfatizar a necessidade de efetiva verificação da ausência de prejuízo concreto às funções do cargo, realizada caso a caso. Nesse sentido, a Corte de Contas, no acórdão referido, estabeleceu a exigência, para a regularidade da acumulação de cargos públicos com jornada superior a 60 (sessenta) horas semanais, da existência de decisão fundamentada a respeito da inexistência de prejuízos para a atividade desempenhada, com a expressa indicação da autoridade responsável pela decisão, propiciando a sua eventual responsabilização pelos danos advindos da má prestação do serviço público.

29. Mais recentemente, adotando a mesma linha de entendimento, consignou o TCU no **Acórdão nº 625/2014 – Plenário**[10] que a mera "ausência de sobreposição de horários não é suficiente, por si só, para atestar a inexistência de prejuízos às atividades exercidas em cada um dos cargos objeto de acumulação", sendo "necessário que a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação verifique, junto à autoridade hierarquicamente superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho em face da extrapolação da carga horária de 60 horas semanais, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória".

30. Como regra, as posteriores decisões da Corte de Contas sobre o tema se baseiam nas ponderações estabelecidas no referido Acórdão nº 1.168/2012 – Plenário, constando, entre outros, dos Acórdãos nº 1.397/2012[11], nº 1.627/2012[12], nº 1.678/2012[13], nº 1.679/2012[14], nº 1.681/2012[15], nº 1.683/2012[16], nº 1.927/2012[17], nº 2.402/2012[18], nº

10 - Acórdão 625/2014, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 19/03/2014.

11 - Acórdão 1.397/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, Julgado em 06/06/2012.

12 - Acórdão 1.627/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, Julgado em 27/06/2012.

13 - Acórdão 1.678/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, Julgado em 04/07/2012.

14 - Acórdão 1.679/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 04/07/2012.

15 - Acórdão 1.681/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, Julgado em 04/07/2012.

16 - Acórdão 1.683/2012, Rel. Min José Jorge, Plenário, Julgado em 04/07/2012.

17 - Acórdão 1.927/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 25/07/2012.

18 - Acórdão 2.402/2012, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 05/09/2012.

37/2013[19], nº 1.008/2013[20], nº 1.544/2013[21], nº 2.544/2013[22] e, ainda, dos mais atuais Acórdãos nº 3.127/2015[23] e nº 1.412/2016[24], todos do Plenário do TCU.

II.IV Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

31. O Superior Tribunal de Justiça, no **MS 15.415 – 1ª Seção**[25], julgado em 13 de abril de 2011, adotou o entendimento de que a incompatibilidade de horários do servidor que acumula cargos públicos não pode ser reconhecida com base na simples verificação da soma da carga horária semanal, sendo necessária a análise da situação específica de cada servidor.

32. A referida decisão, sob o argumento de inexistir jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal a respeito da utilização do Parecer GQ-145 como baliza para definir a existência da compatibilidade de horários, baseou-se em precedentes dos Tribunais Regionais Federais. Segundo os julgados apontados entre aqueles proferidos pela 2ª instância da Justiça Federal, o Parecer GQ-145 cria restrição não prevista no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 ou na Lei nº 8.112/90, os quais, ao condicionar a acumulação de cargos à compatibilidade de horários, não fazem qualquer referência à carga horária máxima possível de ser assumida pelo servidor público.

33. Decidiu-se, portanto, que a compatibilidade de horários se caracteriza pela mera ausência de sobreposição de jornadas de trabalho, devendo exigir-se do servidor público não o respeito a determinada limitação de carga horária, mas o resultado de sua atuação profissional, sendo passível de apuração disciplinar, em processo administrativo destinado especificamente a tal fim, a conduta do servidor que desempenha de maneira insatisfatória os cargos públicos que acumula. Tal entendimento predominou no Superior Tribunal de Justiça nos anos seguintes, tendo sido reafirmado pela 1ª Seção do Tribunal no julgamento dos **MS 19274**[26], **MS 15663**[27], **MS 19776**[28], **MS 19264**[29] **e MS 19476**[30].

19 - Acórdão 37/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 23/01/2013.

20 - Acórdão 1.008/2013, Rel. Min. Valmir Campelo, Plenário, julgado em 24/04/2013.

21 - Acórdão 1.544/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 19/06/2013.

22 - Acórdão 2.544/2013, Rel. Min. José Jorge, Plenário, julgado em 18/09/2013.

23 - Acórdão 3.127/2015, Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, julgado em 09/12/2015.

24 - Acórdão 1.412/2015, Rel. Min. Vital do Rêgo , Plenário, julgado em 10/06/2015.

25 - MS 15.415/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/04/2011.

26 - MS 19.274/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13/03/2013.

27 - MS 15.663/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 28/03/2012.

28 - MS 19.776/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, julgado em 10/04/2013.

29 - MS 19.264/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.

30 - MS 19.476/DF, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013.

34. No ano de 2015, porém, a 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça modificou seu entendimento sobre o tema, decidindo, **no MS 19336**[31], pela ilicitude da acumulação de cargos ou empregos públicos com carga horária semanal superior a 60 (sessenta) horas. Argumentou-se, na oportunidade, que a possibilidade de acumulação de cargos públicos prevista no inciso XVI do art. 37 da Constituição de 1988 é exceção à regra geral da não acumulação, devendo ser interpretada restritivamente. Afirmou-se, ainda, a necessidade de conferir privilégio ao princípio constitucional da eficiência, observando-se a necessidade de o servidor público "estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho". Sustentou-se, por fim, a razoabilidade da jornada semanal máxima de 60 (sessenta) horas, com referência expressa à jurisprudência do TCU e ao Parecer GQ-145.

35. Posteriormente, ao julgar o **MS 22002 - 1ª Seção**[32], o STJ reafirmou o citado posicionamento, entendendo que a acumulação de cargos prevista no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser tida como exceção, e, em consequência, receber interpretação restritiva. Conforme decidido, a limitação da carga horária semanal em 60 (sessenta) horas não esvazia a garantia constitucional prevista no mencionado dispositivo constitucional, sendo necessário atentar para o princípio da eficiência na Administração Pública e assegurar ao servidor uma carga de trabalho que lhe garanta boas condições físicas e mentais para exercer as suas atribuições, bem como o adequado descanso no intervalo interjornadas.

36. Nesse mesmo sentido foi a decisão adotada no **AgRg no AREsp 415.766/RJ**[33], tendo restado consignado que "a compatibilidade de horários não deve ser apreciada com a simples ausência de choque de horários de exercício efetivo do trabalho, mas se deve ter o cuidado de garantir ao trabalhador o tempo para refeição, deslocamento e descanso necessários e suficientes para a sua adequada recuperação". Argumentou-se, na oportunidade, a necessidade de observância dos "parâmetros constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho", evitando-se o acúmulo de jornadas de trabalho exaustivas pelo servidor público e de se prestigiar o posicionamento adotado no Parecer GQ-145 e no Acórdão nº 2.133/2005 - 1ª Câmara do TCU, "uma vez que atendem ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade".

37.Tal linha de entendimento é a que hoje prevalece no Superior Tribunal de Justiça, encontrando-se nos recentes acórdãos AgRg no AREsp 352.654/RJ[34], AgRg no AREsp 527.298/RJ[35], AgRg no AREsp 635.736/RJ[36], AgRg no AREsp 530.482/SE[37], AgRg no AREsp 313.256/

31 - MS 19.336/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/02/2014.

32 - MS 22.002/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 09/12/2015.

33 - AgRg no AREsp 415.766/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/10/2015.

34 - AgRg no AREsp 352.654/RJ, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 22/04/2014.

35 - AgRg no AREsp 527.298/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/11/2014.

36 - AgRg no AREsp 635.736/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/05/2015.

37 - AgRg no AREsp 530.482/SE, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015.

RJ[38], AgRg no AREsp 669.253/ES[39], AgRg no AREsp 737.684/RJ[40], AgRg no AgRg no AREsp 736.635/SE[41], AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp nº 744.887/SC[42].

II.V Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

38. No Supremo Tribunal Federal, prevalece o entendimento de que a compatibilidade de horários decorre da simples inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho a que submetido o servidor público, considerando-se inconstitucionais as normas administrativas que impedem a acumulação de cargos públicos baseadas na limitação da carga horária.

39. A jurisprudência do STF tratou, em primeiro lugar, das acumulações de cargos públicos baseadas no citado §2º do art. 17 do ADCT. Conforme visto, o referido dispositivo constitucional assegurou "o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde que", quando da promulgação da Constituição de 1988, estivessem "sendo exercidos na administração pública direta ou indireta". A peculiaridade em relação a esta hipótese de acumulação reside na inexistência de menção expressa, no dispositivo do ADCT, da necessidade de compatibilidade de horários.

40. Tem-se, nesse sentido, que, no ano de 2005, no **RE *351.905***[43], foi reconhecido o direito de acumular 2 (dois) cargos de auxiliar de enfermagem que já eram ocupados anteriormente à Constituição de 1988. Em razão de se tratar de carga horária superior a 65 horas semanais, o Estado do Rio de Janeiro, baseado no Decreto Estadual nº 13.042/89[44], tentou fazer com que a servidora optasse por um dos cargos. Apesar de anuir com a tese defendida pela Procuradoria do Estado, de que o §2º do art. 17 do ADCT deveria ser interpretado em conjunto com o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, estando a acumulação autorizada na regra constitucional transitória condicionada à compatibilidade de horários, o STF deu ganho de causa à servidora, em razão da inexistência de sobreposição entre as jornadas de trabalho a que se submetia, veja-se:

> Tem razão o Estado do Rio de Janeiro ao afirmar que o dispositivo constitucional transcrito deve ser interpretado em conjunto com inciso XVI do art. 37 da Constituição Fe-

38 - AgRg no AREsp 313.256/RJ, Rel. Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Primeira Turma, julgado em 16/06/2015.

39 - AgRg no AREsp 669.253/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015.

40 - AgRg no AREsp 737.684/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 08/09/2015.

41 - AgRg no AgRg no AREsp 736.635/SE, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 06/10/2015.

42 - AgRg nos EDcl nos EDcl no AREsp 744.887/SC, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 17/05/2016.

43 - RE 351.905, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 24/05/2005.

44 - Decreto nº 13.042/89, do Estado do Rio de Janeiro. "Art. 1º. Independentemente da licitude, à luz dos dispositivos constitucionais, sendo que nesse conceito já englobada a compatibilidade de horários, não se admitirá a acumulação de cargos, empregos ou funções públicas cuja carga de trabalho ultrapasse 65 (sessenta e cinco) horas semanais." Disponível em: <http://www.redegrh.rj.gov.br/uploads/legislacoes /Decreto%20 13.042%201989%20-%20Acumula%C3%A7%C3%A3o%20de%20Cargos.pdf

> deral, estando a acumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. No caso dos autos, ficou comprovado na instância ordinária que não havia choque de horário nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava. Deve ser afastada, portanto, a alegada ofensa a esse dispositivo.
>
> Assim, sob o ponto de vista das normas constitucionais, a recorrida preencheu todos os requisitos para a pretendida acumulação.
>
> É lício ao Chefe do Executivo editar decretos para dar cumprimento à lei e à Constituição. Não pode, entretanto, sob o pretexto de regulamentar dispositivo constitucional, criar regra não prevista, como fez o Estado do Rio de Janeiro no presente caso, fixando verdadeira norma autônoma.

41. Mais recentemente, o RE 351.905 foi utilizado como fundamento para a decisão monocrática de negativa de seguimento do **AI 762427**[45], aviado pela Procuradoria Federal junto à Universidade Federal de Goiás contra decisão da Justiça Federal de 2ª Instância que afirmava a inexistência "de suporte legal" e a afronta ao texto constitucional da "vedação de acumulação de cargos quando a jornada de trabalho ultrapassar 60 (sessenta) horas semanais". Com base no mesmo precedente foram também decididos o **RE 821.766**[46] e o **RE 565917-AgR**[47], ambos interpostos contra acórdãos que haviam considerado inconstitucionais as restrições sustentadas no Parecer GQ-145, além do **AI 834.334**[48], em cujo acórdão constou a afirmativa de que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que a acumulação de dois cargos públicos privativos de profissionais de saúde, com profissão regulamentada, é garantia constitucional, desde que haja compatibilidade de horários no exercício das funções".

42. No **Ag.Rg no RE 633.298**[49], 14/02/2012, em que se discutiu a acumulação de 2 (dois) cargos de técnico em radiologia, os quais, por razões de saúde do trabalhador, o art. 14 da Lei nº 7.394/82 impõe o limite de carga horária de 24 horas semanais, registrou, novamente, o STF, que a sua orientação jurisprudencial "no sentido de que a acumulação de dois cargos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas, nos termos do art. 37, XVI, c, da Constituição, está condicionada apenas à existência de horários compatíveis entre os cargos exercidos", afastando-se "o argumento de que a existência de norma infraconstitucional que estipule limitação de jornada semanal constituiria óbice ao reconhecimento do direito à acumulação permitida pela Carta Maior".

43. Entre as mais recentes decisões do STF sobre o tema podem ser citados o **ARE 995790**[50], quando, invocando como precedente o ARE 859.484-AGR[51], afirmou-se que a "juris-

45 - AI 762.427, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 08/04/2011.

46 - RE 821.766, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 07/07/2014.

47 - RE 565.917 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 19/10/2010.

48 - AI 834.334, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18/01/2011.

49 - RE 633.298 AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 13/12/2011.

50 - ARE 995.790, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 30/09/2016.

51 - ARE 859.484-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 19/6/2015.

prudência firmada por esta Corte" é "no sentido de que é autorizada a acumulação remunerada de um cargo de professor com outro, técnico ou científico, quando há compatibilidade de horários no exercício das funções, não podendo a norma infraconstitucional estipular limitação de jornada semanal como óbice ao direito à acumulação previsto no art. 37, XVI, c, da Constituição", e o **RE 925377**[52], no qual o Ministro Teori Zavascki, em decisão monocrática, deu provimento a recurso extraordinário interposto contra decisão do STJ proferida no AgRg no AREsp 669.253/ES[53] para declarar a ilegalidade da acumulação de cargos públicos com carga horária de 70 (setenta) horas semanais, "ultrapassando a limitação de 60 horas estabelecida pelo Parecer da AGU n. 145, o que é destituído de razoabilidade".

II.VI Doutrina

44. Assim como na jurisprudência, a matéria em análise é objeto de controvérsia entre os doutrinadores que sobre ela se debruçaram. Ressalte-se, em primeiro lugar, o entendimento de **Valerio Mazzuoli e Waldir Alves**[54], que, considerando a acumulação de cargos como um direito do servidor, estabelecido em norma constitucional de eficácia plena, assim se manifestam:

> Não há previsão constitucional, tampouco legal, de número máximo de carga horária semanal como previsão *in abstracto* para se averiguar a compatibilidade de horários, a qual "deve ser entendida como horários conciliáveis, ou seja, que não prejudiquem a regular prestação do necessário serviço público desempenhado". Em outras palavras, sendo os horários comprovadamente compatíveis, não há que se criar limites de horários (v.g., de trabalhar oservidor o máximo de 60h semanais, como já pretendeu a AGU em parecer sem qualquer fundamento constitucional...), a fim de cercear o servidor do direito que lhe garante o texto constitucional em vigor.
>
> Frise-se, de antemão, que o ônus da prova da incompatibilidade de horários em situação de acumulação de cargos constitucionalmente autorizada jamais pode incumbir ao servidor, mas sim à Administração Pública. Também, é necessário deixar claro, desde logo, que a regra da compatibilidade de horários rege-se pelo princípio da verdade real, ou seja, pelo princípio segundo o qual é vedado à Administração utilizar-se de somatórias abstratas – como, v.g., dizer que é impossível trabalhar dois turnos de 8h por dia, por conta de um possível desgaste ou prejuízo à saúde do servidor, fator que não cabem à Administração regular – para impedir ao servidor o exercício do direito que a Constituição expressamente lhe assegura.
>
> Destaque-se, por fim, que é de competência exclusiva do órgão de pessoal a fiscalização do fiel cumprimento dos respectivos horários.
>
> (...)

52 - RE 925.377, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 26/09/2016.

53 - AgRg no AREsp 669.253/ES, Rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 23/06/2015.

54 - *Acumulação de cargos públicos:* Uma questão de aplicação da Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.46-54.

> A incompatibilidade de horários entre os dois cargos públicos cumulados pode dar-se de várias maneiras. A primeira ocorre quando há sobreposição dos horários de trabalho do servidor. Por exemplo, se o servidor trabalha até às 19 h num cargo e obrigatoriamente deve entre fisicamente no outro às 18h, a princípio há incompatibilidade de horários. Assim, se o servidor bate o ponto no segundo trabalho às 18 h, significa que trabalhou 1h a menos no primeiro, configurando-se a incompatibilidade; poderá o servidor, entretanto, compensar o período de 1h em questão trabalhando além do horário inicialmente estabelecido, ou mesmo trabalhando durante o período de intervalo e, até, por outra forma de compensação.
>
> A segunda hipótese de incompatibilidade tem lugar quando se torna extremamente difícil (ou, em alguns casos, até mesmo impossível) o servidor locomover-se de um local ou outro em tempo hábil para assumir os seus afazeres. Assim, ocorrerá esta hipótese de incompatibilidade de horários quando o servidor, v.g., tiver que trabalhar até as 18 h na cidade de São Paulo e ter que lecionar em Ribeirão Preto às 19h. À evidência que não se conseguiria sair do trabalho às 18h e percorrer 313 km até a outra cidade em menos de 1h (mesmo contando com o transporte aéreo, tendo em vista o tempo de ida ao aeroporto, embarque, etc.).
>
> Não haverá incompatibilidade de horários se, no contexto de uma cidade de porte médio, como Cuiabá, Goiânia, Natal ou Teresina, o servidor dispuser, v.g., de 15 ou 20 minutos para chegar de um local ao outro, quando o tempo for suficiente pare realizar o translado (de automóvel, motocicleta, ou até mesmo a pé, dependendo da distância). Assim, a análise da compatibilidade de horários nesses casos deve ser analisada com cautela. Seja como for, nunca é demais lembrar que o ônus de provar a incompatibilidade de horários cabe à Administração Pública, jamais ao servidor.

45. No mesmo sentido é o entendimento de **Fabrício Motta e Luciano Ferraz**[55], que corroboram a tese da acumulação de cargos públicos como direito constitucional do servidor e rechaçam o estabelecimento de presunção absoluta em favor da impossibilidade de cumprimento de carga horária de trabalho superior a 60 (sessenta) por semana, veja-se:

> No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, prevaleceu até recentemente o entendimento contrário ao Parecer GQ 145 da Advocacia-Geral da União. Porém, a partir do julgamento pela 1ª Seção do MS 19.336/DF, DJe 14.10.2014, a orientação alinhou-se à antiga posição do TCU, no sentido de que "a acumulação de cargos constitui exceção, devendo ser interpretada de forma restritiva, de maneira a atender ao princípio constitucional da eficiência, na medida em que o profissional da área de saúde precisa estar em boas condições físicas e mentais para bem exercer as suas atribuições, o que certamente depende de adequado descanso no intervalo entre o final de uma jornada de trabalho e o início da outra, o que é impossível em condições de sobrecarga de trabalho. Desse modo, revela-se coerente o limite de 60 (sessenta) horas semanais, fato que certamente não decorre de coincidência, mas da preocupação em se otimizarem os serviços públicos, que dependem de adequado descanso dos servidores públicos. É limitação que atende ao princípio da eficiência sem esvaziar o conteúdo do art. 37, XVI, da Constituição Federal".
>
> A nova posição do STJ, com o devido respeito, não se afigura adequada, sendo que o pró-

55 - DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. *Servidores Públicos na Constituição Federal.* 3.ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.103

> prio TCU (cuja antiga orientação é citada como alicerce do *leading case* no STJ) já reviu seu posicionamento sobre o tema. A atual jurisprudência do TCU, acertada, registra a necessidade de apuração da compatibilidade caso a caso. Havendo extrapolação da carga horária de sessenta horas semanais, a instância responsável pela análise da viabilidade da acumulação deve verificar, junto à autoridade hierarquicamente superior ao servidor, a qualidade e o não comprometimento do trabalho, fundamentando sua decisão e anexando ao respectivo processo administrativo a documentação comprobatória.
>
> Discorda-se, com efeito, da orientação do STJ, pelos seguintes fundamentos: (a) o STJ partiu de uma presunção, a de que a jornada de trabalho superior a 60 horas semanais afronta o princípio constitucional da eficiência, para concluir pela incompatibilidade de horário. Essa presunção não pode ser uma presunção absoluta, admitindo, portanto, prova em contrário; (b) não existe norma constitucional ou legal que estabeleça essa presunção de impossibilidade de acumulação de cargos quando a jornada somada seja superior a 60 horas; (c) a acumulação, embora seja uma exceção, é um direito constitucionalmente assegurado ao servidor, que tem a prerrogativa de comprovar que é capaz de desempenhar ambos os cargos cumulativamente, sem prejuízo do escorreito exercício de suas funções.

46. Ivan Barbosa Rigolin[56] parece também entender a compatibilidade de horários como ausência de sobreposição de horários, conforme se extrai da passagem que se segue:

> Pelo § 2º, qualquer acumulação de cargos dentro da União, ainda que constitucional e portanto legalmente permitida, ficará sempre sujeita a comprovação de horários compatíveis, ou seja: a de que o horário de um cargo não se sobrepõe nem interfere no horário de outro, permitindo ao servidor desempenhar ambos sem a necessidade de estar em dois lugares ao mesmo tempo, exercitando uma bilocação que muitos teólogos afirmam ser apanágio exclusivo de Santo Antônio, e não dos demais mortais.
>
> É evidente que, em se sobrepondo os horários de dois cargos públicos, um dos dois haverá necessariamente de ser lesado com o exercício cumulativo pelo mesmo servidor, o que constitui evidente e grave irregularidade, com necessária lesão ao erário.
>
> Sobre a questão da compatibilidade horária de servidor público, e muito coerentemente, assim já decidiu o TRF-5ª Região: "É incompatível a jornada de trabalho de 40 horas semanais em acumulação com outros empregos onde a funcionária dá plantões noturnos de 12 horas. Com apenas duas horas para repouso noturno e alimentação, não se concebe a compatibilidade sem prejuízo da prestação de serviço. – Constatada a acumulação, cabe à administração decidir pela redução ou não da jornada de trabalho, de acordo com o interesse do serviço" (MAS n. 1326-PB, 2ª Turma, DJ, 16-8-1991).

47. Por outro lado, não se pode deixar de citar a lição de **Cármen Lúcia Antunes Rocha**[57] que, apesar de não tratar especificamente da questão da compatibilidade de horários, apresenta visão diferenciada, muito mais restritiva, a respeito da possibilidade de acumulação de cargos prevista na Constituição de 1988. A atual Presidente do STF defende que, em se tratando de exceção, deve a

56 - Comentários ao Regime Único *dos Servidores Públicos Civis.* 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.308.

57 - Princípios Constitucionais dos Servidores Públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 266-270.

acumulação de cargos públicos ser interpretada restritivamente. Sustenta, ainda, que o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 apenas admite a acumulação de cargos públicos nas hipóteses que descreve, cabendo à Administração Pública, com base na ponderação dos interesses em jogo, decidir, no caso concreto, sobre a pretendida acumulação. Veja-se:

> Sendo a regra a inacumulabilidade dos cargos e empregos públicos, fundamenta-se nos princípios acima referidos [igualdade jurídica dos administrados, moralidade e eficiência] e haverá de receber interpretação sempre restritiva quanto às exceções que nela se definam. Honra-se, assim, o princípio hermenêutico segundo o qual se interpreta restritivamente norma na qual se contenha uma exceção.
>
> Pela inacumulabilidade busca-se afastar privilégio de um ou outro, o favoritismo na eleição de ocupantes de cargos públicos, a racionalidade na escolha e na atribuição das funções, de tal modo possam elas se desenvolver a contento.
>
> (...)
>
> Para permitir as exceções tidas como necessárias, mas sem deixar em aberto a criação de novas hipóteses que poderiam servir de gazua antijurídica, em vez de ser apenas uma chave do Direito para melhor atender às exigências públicas, é que o constituinte de 87/88 exauriu os casos em que se podem permitir as acumulações de cargos, funções e empregos públicos. Note-se: a Constituição não determina que ali haja a acumulação: permite apenas que, diante do caso oferecido ao administrador público, ele possa, verificando a causa social e o interesse da coletividade, vir a autorizar e a proceder a nomeações que impliquem a duplicação de vínculo jurídico com um mesmo servidor. Por isso que é uma possibilidade constitucionalmente acolhida no sistema é que põe na norma os únicos casos que admitem a excepcional condição administrativa, sendo inconstitucionais quaisquer comportamentos, legislativos, constituintes estaduais ou administrativos, que superem os estritos limites da exceção constitucional.

48. Por fim, devem ser mencionados 2 (dois) artigos, subscritos, o primeiro, por Procuradora do Estado do Rio de Janeiro e, o segundo, por Procurador do Estado do Espírito Santo, que defendem a adoção de parâmetros fixos, como o eleito no Parecer GQ-145 e no Decreto nº 13.042/89, do Estado do Rio de Janeiro, para nortear a atuação administrativa referente à carga horária máxima para a acumulação de cargos públicos. Estas as passagens que nos interessam dos trabalhos referidos:

> Ao determinar a carga horária semanal máxima como de 65 horas semanais, o Decreto 13.042/89, no legítimo exercício do poder regulamentar, estabeleceu os contornos da locução "compatibilidade de horários" – inequívoco conceito jurídico indeterminado.
>
> Houve, assim, uma ponderação realizada pelo próprio administrador público entre o princípio constitucional da eficiência administrativa, de um lado, e o direito à acumulação de cargos públicos, de outro. Trata-se, pois, de fixação, através do poder regulamentar, de interpretação administrativa.
>
> (...)
>
> Observe-se que os precedentes em torno do tema, em regra, não chegam a enfrentar

se os limites de 60 horas semanais, em âmbito federal, ou 65 horas, como no Estado do Rio de Janeiro, revestem-se de razoabilidade. Rechaça-se, pura e simplesmente, a própria possibilidade de os entes federativos editarem decretos para disciplinar a matéria. E passa-se a exigir que os entes referidos aparelhem a máquina estatal para – em cada caso isolado de acumulação, a partir do confronto entre as folhas de ponto do servidor – verificarem se está ou não havendo conflito de horários.

Além de o Poder Judiciário estar se imiscuindo na seara da própria organização administrativa, como já se sustentou aqui, o princípio da eficiência resta vulnerado. Afinal, a Administração perde a prerrogativa de, pautada em padrões de razoabilidade, estabelecer a carga horária máxima de seus servidores. Passa-se aos riscos do casuísmo, apto a produzir toda a ordem de consequências.

(...)

Portanto, contrariamente ao entendimento que se vem formando em torno do tema, a Administração de "resultados" pressupõe o uso de standards racionais e razoáveis, e não de simples casuísmos. Verificando-se, pois, conforme será descrito no item seguinte, que os parâmetros de 60 e 65 horas semanais trabalhadas para fins de acumulação mostram-se adequados, ambos devem ser plenamente dotados de juridicidade.

Ademais, não existe um direito absoluto à acumulação de cargos públicos, pelo que não há óbice a que o requisito da "compatibilidade de horários" seja interpretado no sentido de que o servidor público deva respeitar o limite máximo de horas estabelecido via poder regulamentar.

(OLIVEIRA, Maurine Morgan P. A acumulação remunerada de cargos públicos: a compatibilidade de horários e o poder normativo da Administração Pública. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 15, n. 171, p. 50-64, maio 2015.)

As acumulações em geral são nocivas, em razão do risco de prejuízo aos princípios da eficiência, moralidade e igualdade, entre outros, os quais são os pilares da regra da inacumulabilidade. O princípio da eficiência deve ser buscado na maior medida possível, o que seria comprometido no caso de assunção de várias funções por um servidor, sendo duvidoso que sejam todas as atribuições executadas com excelência. A acumulação de autoridade, prestígio, influência e outros benefícios indiretos não é saudável ao Estado Democrático de Direito, daí o risco de ofensa ao princípio da moralidade, que resultaria (na maioria das vezes) comprometido. O princípio da igualdade, na acepção de garantia de idêntica oportunidade de acesso aos cargos públicos, funciona como fundamento da proibição, em virtude da necessidade de evitar-se que afortunados angariem expressivo número de cargos.

(...)

Nessa ordem de ideias, tem-se sempre asseverado que as hipóteses de cumulação permitida devem receber interpretação restritiva, preferindo-se, em caso de dúvida invencível, a intelecção que evite o privilégio de acumular, ou seja, dever-se-á evitar a ampliação das noções decorrentes dos termos empregados nos casos de permissão.

(...)

Nota-se inclinação da jurisprudência pela invalidade de decreto (ou mesmo de outro ato infralegal) que fixe limite máximo de horas trabalhadas por semana para o fim de impedir a acumulação, se não se encontrar o servidor em situação de choque de horários nos

> dois cargos. Vê-se, aí, tendência em que o conceito constitucional de compatibilidade de horários seja tomado de modo restrito, como simples não superposição de jornadas. Sem embargo, tomando-se como exemplo o limite (mais restritivo) de 60 (sessenta) horas semanais, tem-se que corresponde a uma jornada de 12 (doze) horas diárias multiplicada por 5 (cinco) dias de trabalho. Por certo, acumulação de trabalho em tempo muito superior a esse só seria possível caso não atendidas as responsabilidades dos postos de trabalho ou se negligenciada a própria saúde do servidor, o que não se pode admitir, até sob pena de interpretação dessa estirpe violar o princípio da razoabilidade. Apreendido esse pensamento, o decreto (ou outro ato) que fixe limite máximo de horas por semana não é inconstitucional ou ilegal, não merecendo aplausos a orientação que toma corpo na jurisprudência.
>
> **(ALMEIDA, Pericles Ferreira de. Considerações a respeito da acumulação de cargos. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, ago. 2012.)**

II.VII Revisão do Parecer GQ-145

49. O tema da compatibilidade de horários para a acumulação de cargos públicos é dos mais controvertidos em nosso Direito Administrativo. Prova disso é a diversidade de opiniões que se encontra na doutrina a respeito do assunto e, especialmente, a hesitação observada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União, que, em curto espaço de tempo, adotaram entendimentos diametralmente opostos sobre a matéria.

50. Vários são os argumentos que podem ser invocados a favor da restrição da jornada de trabalho a que se submetem os servidores que, nos termos do art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988, acumulam cargos públicos, a exemplo da regulamentação que consta do Parecer GQ-145. Com efeito, a política de limitação da duração do trabalho tem como objetivo precípuo a garantia de condições dignas ao trabalhador, preservando sua saúde e a segurança do local de trabalho e permitindo a harmonização de sua ocupação profissional com sua vida familiar e afetiva. Trata-se, portanto, da realização de valores estruturais de nosso sistema constitucional, a partir dos quais devem ser entendidos todos os demais termos do Ordenamento Jurídico vigente.

51. A especial ênfase conferida pela Constituição de 1988 às políticas de saúde, notadamente de saúde do trabalhador e de prevenção de acidentes do trabalho, bem como à garantia das condições mínimas para o lazer e o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo na família e na comunidade, se constata do considerável número de dispositivos que dedica ao assunto, a exemplo dos que se seguem:

> **Art. 6º** São direitos sociais a educação, **a saúde**, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, **o lazer**, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> **Art. 7º** São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à me-

> lhoria de sua condição social:
>
> (...)
>
> XIII - **duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais**, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> (...)
>
> XXII - **redução dos riscos inerentes ao trabalho**, por meio de normas de saúde, higiene e segurança;
>
> **Art. 194.** A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os **direitos relativos à saúde**, à previdência e à assistência social.
>
> **Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado,** garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> **Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde**, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.
>
> **Art. 200.** Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: (...)
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de **saúde do trabalhador**;
>
> **Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.**

52. A respeito da redução da carga de trabalho semanal, Maurício Godinho Delgado[58] adverte tratar-se de medida profilática importante no contexto da moderna medicina laboral, não mais se caracterizando como estritamente econômicas as normas que dispõem sobre o assunto, mas como normas de saúde pública. O autor sustenta a existência de vinculação direta entre o alongamento e a concentração da jornada de trabalho e os riscos à saúde no ambiente do trabalho, veja-se:

> É importante enfatizar que o maior ou menor espaçamento da jornada (e duração semanal e mensal do labor) atua, diretamente, na deterioração ou melhoria das condições interna de trabalho na empresa, comprometendo ou aperfeiçoando uma estratégia de redução dos riscos e malefícios inerentes ao ambiente de prestação de serviços. Noutras palavras, a modulação da duração do trabalho é parte integrante de qualquer política de saúde pública, uma vez que influencia, exponencialmente, a eficácia das medidas de medicina e segurança do trabalho adotadas na empresa. Do mesmo modo

58 - Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTR, 2012, p. 863-864.

> que a ampliação da jornada (inclusive com a prestação de horas extras) acentua, drasticamente, as probabilidades de ocorrências de doenças profissionais ou acidentes do trabalho, sua redução diminui, de maneira significativa, tais probabilidades da denominada "infortunística do trabalho".

53. A decisão adotada na Constituição de 1988, especialmente em seu art. 7º, inciso XIII, c/c art. 39, §3º, de garantir ao trabalhador e, mais especificamente, ao servidor público jornada de trabalho com duração máxima de 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) semanais, está alinhada com as diretrizes da Organização Internacional do Trabalho - OIT, que, em relatório publicado no ano de 2009, aponta como insalubre o trabalho em jornada regular de 50 (cinquenta) horas semanais[59]. Atualmente, a OIT mantém em vigor a Recomendação nº 116, de 1962, que determina a jornada de trabalho de 40 horas semanais como "um padrão social a ser alcançado".

54. Os limites à jornada de trabalho vem sendo objeto de atenção, também, no plano do Direito Internacional, que caracteriza a duração razoável do trabalho e, ainda, o direito ao descanso e ao lazer como Direitos Humanos. Nesse sentido, encontram-se os seguintes documentos internacionais:

> **Artigo 24º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.
>
> **Artigo 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:
>
> (...)
>
> O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.
>
> (adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992.)
>
> **Artigo 7º do Protocolo de São Salvador.**
>
> Os Estados-Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze desse direito em condições justas, eqüitativas e satisfatórias, para que esses Estados garantirão em suas legislações internas, de maneira particular:
>
> (...)
>
> g) limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias quanto semanais. As jornadas serão de menor duração quando se tratar de trabalhos perigosos, insalubres ou noturnos;
>
> (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 17 de novembro de 1988 e promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.)

59 - LEE, Sangheon; MCCANN, Deirdre; MESSENGER, Jon C. *Duração do Trabalho em Todo o*

55. O que se pretende esclarecer com tais considerações é que, abandonando-se interpretação isolada do art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 em prol de uma leitura mais ampla das diretrizes constitucionais vigentes, bem como dos compromissos assumidos pelo Estado brasileiro perante a comunidade internacional, seria possível concluir pela razoabilidade das decisões administrativas que impõem limitações de jornada de trabalho aos servidores públicos que se beneficiam das excepcionais hipóteses de acumulação lícita de cargos públicos. Com efeito, a Constituição de 1988 nos oferece, especialmente, em seu art. 7º, inciso XIII, parâmetros razoáveis para a limitação da jornada a que se deve submeter o trabalhador em geral, aí incluído o servidor público, sendo contraditória a seus princípios fundamentais a imposição de jornadas de trabalho degradantes, que sejam capazes de comprometer a saúde do indivíduo e o tempo mínimo necessário para o seu repouso, alimentação, higiene, deslocamento, lazer e convivência familiar.

56. Outra linha de argumentação pertinente à discussão diz respeito ao princípio da eficiência do serviço público, que é utilizado, inclusive, como fundamento do posicionamento que o STJ hoje ostenta sobre a matéria. Trata-se, resumidamente, de trazer à ponderação o fato de que o servidor público que se sujeita a carga horária de trabalho excessiva tem, naturalmente, seu rendimento diminuído, acarretando potencial prejuízo ao funcionamento das estruturas administrativas nas quais inserido. Nesse sentido, seria de se considerar razoável e proporcional a limitação em 60 (sessenta) horas da carga horária de trabalho semanal do servidor público, preservando-se, de tal forma, além do interesse público, a excepcional possibilidade de acumulação de cargos públicos prevista constitucionalmente.

57. Nada obstante, a melhor orientação a ser dirigida à Administração Pública Federal no presente momento é a que se extrai da jurisprudência do STF e do TCU, segundo a qual a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público interessado, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação com padrão estabelecido em ato infralegal. Nos termos do entendimento referido, a Constituição de 1988, ao definir as hipóteses de acumulação de cargos públicos, não estabeleceu qualquer limite de carga horária, orientação que foi seguida pela legislação ordinária. Assim, carece de fundamento legal a decisão administrativa que veda a acumulação de cargos públicos com base em presunção absoluta de incompatibilidade de horários decorrente da mera extrapolação de carga horária prevista abstratamente.

58. A corroborar tal entendimento, tem-se que o legislador ordinário, nas hipóteses em que decide pela necessidade de limitação das atividades profissionais dos servidores que exercem determinadas funções públicas, vem sujeitando-lhes a regimes diferenciados, a exemplo dos regimes de dedicação exclusiva das Instituições Federais de Ensino e das Agências Reguladoras. A eventual definição da carga horária máxima passível de ser assumida pelos servidores públicos dedicados a determinadas funções ou postos de trabalho, portanto, é matéria reservada à lei, cabendo ao Congresso Nacional a regulamentação do requisito constitucional da compatibilidade de horários de que ora se trata.

59. É importante ressaltar, porém, que a mera inexistência de sobreposição de horários não é suficiente, por si só, para atestar a licitude da acumulação de cargos, cabendo a cada um dos órgãos e entidades públicos envolvidos a efetiva verificação da ausência de prejuízo às atividades

exercidas em ambos os vínculos com a Administração Pública, bem como do cumprimento da carga horária prevista. É recomendável, ademais, em razão do entendimento que vem sendo sustentado pelo TCU, que a decisão que autoriza a acumulação de cargos públicos com jornada total superior a 60 (sessenta) horas seja juntada ao processo respectivo com todos os seus fundamentos e acompanhada da documentação comprobatória pertinente, além da expressa indicação da autoridade responsável pela autorização.

60. Deve-se registrar, ainda, que um dos pontos que deve constar da decisão de autorização da acumulação de cargos públicos é a conclusão quanto à viabilidade do deslocamento entre as sedes de ambas as unidades administrativa a que vinculado o servidor interessado. A compatibilidade de horários somente poderá ser reconhecida nos casos em que seja possível o deslocamento regular do servidor público a tempo de cumprir com exatidão todas as suas obrigações funcionais, aplicando-se ao mesmo idêntico controle de horário e de desempenho que aplicável aos demais servidores.

61. A prova da ausência de sobreposição de horários deve ser apresentada e submetida à análise da Administração Pública pelo servidor interessado na acumulação, no prazo fixado para a posse no cargo ou emprego público respectivo. Admitida a acumulação e iniciado o exercício pelo servidor, competirá à Administração Pública avaliar periodicamente se, concretamente, a carga horária a que se encontra submetido compromete ou não o regular exercício de suas atribuições funcionais, decidindo sobre a possibilidade de manutenção da acumulação de ambos os vínculos com o serviço público.

62. Conclui-se, portanto, pela necessidade de revisão do Parecer GQ-145, conforme o rito do art. 40 da Lei Complementar 73/93[60], adotando-se o entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988. Deve, assim, a compatibilidade de horários a que se refere o referido dispositivo constitucional, ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

II.VIII Eficácia prospectiva da nova interpretação e preservação das decisões administrativas regularmente adotadas com base no Parecer GQ-145

63. Conforme visto, a controvertida questão do requisito constitucional da compatibilidade de horários para a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, previsto no art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988, foi equacionada no âmbito do serviço público federal

60 - Mundo: Tendências de jornadas de trabalho, legislação e políticas numa perspectiva global comparada. Secretaria Internacional de Trabalho, Brasília: OIT, 2009, p.8.

pelo Parecer GQ-145. Tendo sido o referido opinativo aprovado pela Presidência da República, o entendimento nele adotado vigorou com efeitos vinculantes para todos os órgãos e entidades integrantes da Administração Pública Federal desde o ano de 1998, regulando, com efeitos gerais e abstratos, a totalidade das situações jurídicas a que se refere.

64. As soluções dadas aos casos de acumulação de cargos públicos baseadas no GQ-145, norma regulamentar aplicável à época, constituem-se em ato jurídico perfeito, sendo inalcançáveis pela nova regulamentação em razão, sobretudo, do princípio constitucional da segurança jurídica, derivação do próprio princípio do Estado de Direito e expresso na Lei do Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99), sob dois aspectos fundamentais.

65. O primeiro aspecto do princípio da segurança jurídica, de ordem objetiva, aproxima-se, em grande medida, da regra constitucional que veda a retroatividade da lei, e versa sobre critérios de interpretação das normas administrativas, **vedando objetivamente a aplicação retroativa de nova interpretação**, *in literris*:

> **Art. 2º** A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.
>
> (...)
>
> Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...)
>
> XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, **vedada aplicação retroativa de nova interpretação**.

66. Ainda por este prisma, Maria Sylvia Zanella Di Pietro[61] afirma que as leis, em razão do caráter prospectivo de que se revestem, devem, ordinariamente, dispor para o futuro. Porém, não se ignora a possibilidade de mudança de orientação pela Administração Pública, o que provoca, por consequência lógica, certa insegurança jurídica na medida em que os interessados desconhecem o momento em que sua situação poderá ser alterada pela própria Administração. Nesse cenário, não se admite que os direitos e as obrigações, sejam dos administrados, sejam da Administração Pública, permaneçam flutuando ao sabor de interpretações variáveis no tempo, justificando-se aí a regra que veda a aplicação retroativa da nova interpretação jurídica.

67. Nesta mesma senda, o Conselho Nacional de Justiça já fixou o entendimento de que, ocorrendo nova interpretação administrativa, esta vinga para as situações que se consolidarem posteriormente, nos moldes da Lei nº 9.784/99, conforme espelhado no seguinte precedente[62], dentre outros:

---

61 - "Art. 40. Os pareceres do Advogado-Geral da União são por este submetidos à aprovação do Presidente da República.
§ 1º O parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento."
Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 85-86.

62 - PPs 200710000007809 e 200710000011825, Rel. Cons. Jorge Maurique, julgado em 04/12/07.

> No caso em questão, dúvida alguma há que está sendo dada nova interpretação administrativa para o âmbito da Justiça do Trabalho, no bojo de processo administrativo, pelo que essa interpretação que agora se propõe deve gerar apenas efeitos para as futuras remoções, de molde a que os tribunais possam efetuar o correto planejamento orçamentário a fim de prever despesas de ajuda de custo nas remoções, de molde, pois entender o contrário implicaria em descumprir preceito legal (Lei 9784/99). Acredito, portanto, que é imperativo que esse Conselho reconheça que caso essa lei é norma de aplicação obrigatória, o que implica vedar qualquer efeito patrimonial nas remoções pretéritas...

68. Já o segundo aspecto evidencia o espectro subjetivo do instituto da segurança jurídica, qual seja, o princípio da proteção à confiança ou da confiança legítima, e estabelece inovadoramente prazo decadencial de cinco anos para os atos administrativos ablativos de direito, salvo comprovada má-fé:

> **Art. 54.** O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

69. O citado dispositivo legal é imbuído do espírito de que, embora seja dever da Administração Pública rever seus próprios atos quando eivados de ilegalidade (autotutela), conforme classicamente se reconhece, não raras vezes esta revisão, pode não ser realizada a tempo e modo, seja porque se desconhece a ilegalidade cometida, seja porque se julga legítima a interpretação do direito perpetrada na ocasião, de forma que se permite que situações fáticas irreversíveis ou reversíveis, porém a custos juridicamente intoleráveis, consolidem-se, tornado-se, pois, merecedores da salvaguarda do ordenamento jurídico[63].

70. Neste ponto, tem-se que, se o referido dispositivo da Lei nº 9.784/99 reveste-se em segurança jurídica a favor do administrado, verifica-se, também, na legislação ordinária, mais especificamente no art. 1º do Decreto nº 20.910/32, a existência de prazo quinquenal para o servidor solicitar a revisão de sua situação funcional. Em outras palavras, **o sistema jurídico apresenta-se em sua dualidade e aponta para a segurança jurídica para as relações como um todo**.

71. Desta feita, e tendo-se como imperativo a superação do entendimento exposto no Parecer GQ-145, cumpre apontar, por derradeiro, os mecanismos hábeis para tal mister, utilizando-se, para tanto, e de forma subsidiária, a novel sistemática de precedentes trazida pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do art. 15, *in litteris*:

> **Art. 15.** Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

72. Abraçando a doutrina do *stare decisis*[64] dos países de tradição de *commom law*, por meio

63 - FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo administrativo*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 128/129 e 194.

64 - "Stare decisis é o que sobrou da expressão latina '*stare decisis et non quieta movere*'; ao pé da letra: 'que as coisas permaneçam firmes e imodificadas, em razão das decisões judiciais'". (PORTO, Sérgio Liberto. Sobre a commom law, civil law e o Precedente Judicial, in: *Estudo em homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão*).

da edição do Novo Código de Processo Civil, o Direito brasileiro percebeu a importância de se ter uma coerência e previsibilidade das decisões judiciais que são tão necessárias à própria estabilidade do Direito, de forma que não se pode admitir que situações juridicamente idênticas tenham um desfecho tão distinto dado pelos corpos decisórios.

73. Segundo Elpídio Donizetti[65], o *stare decisis*, entendido como precedente de respeito obrigatório, corresponde à norma criada por uma decisão e que, em razão do status do órgão que a criou, deve ser obrigatoriamente respeitada pelos órgãos de grau inferior. Ainda de acordo com o autor, a existência desse precedente obrigatório pressupõe, a um só tempo, atividade constitutiva (de quem cria a norma) e atividade declaratória, destinada aos julgadores que tem o dever de seguir o precedente.

74. Não obstante, revela-se que essa procura de estabilidade sistêmica há muito inspira o Direito brasileiro, que buscava suprir a falta do *stare decisis* pela via normativa. Adotaram-se, sucessivamente, para tal tarefa, sucedâneos normativos ao *stare decisis*, a exemplo do controle abstrato de normas, ADIn interventiva, ADC, súmulas vinculantes, competência dada ao Senado para suspender em todo ou em parte parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário[66] e, pela mesma lógica jurídica, os Pareceres Vinculantes aprovados pelo Presidente da República. Entretanto, seja pela via normativa ou pelos mecanismos de estabilidade do *stare decisis*, os entendimentos firmados não podem e nem devem possuir caráter absoluto e atemporal.

75. Voltando-se à sistemática do *stare decisis*, é imperioso ressaltar que a formação do precedente ocorre apenas pela razão de decidir do julgado, ou seja, pela sua *ratio decidendi*. Noutros termos, os fundamentos que sustentam os pilares de uma decisão é que podem ser invocados em julgamentos posteriores.

76. Neste diapasão, para que haja correta aplicação do precedente judicial ao caso concreto, competirá ao julgador a função de conferir se a demanda sob julgamento encontra similitude com o precedente, devendo-se analisar os elementos objetivos da demanda em comparação aos elementos caracterizadores dos casos antecedentes, por meio da utilização de técnicas de confronto, interpretação e aplicação (*distinguishing*) e de técnicas de superação (*overruling* e *overriding*), as quais merecem algumas considerações.

77. Quanto ao *distinguishing*, observa-se que se trata de um método de confronto "pelo qual o juiz verifica se o caso em julgamento pode ou não ser considerado análogo ao paradigma"[67]. Assim, se não houver coincidência entre os fatos discutidos na demanda e a tese jurídica que subsidiou o precedente, ou, ainda, se houver alguma peculiaridade no caso que afaste a aplicação da *ratio decidendi* daquele precedente, o magistrado poderá ater- se à hipótese *sub judice* sem se vincular ao julgamento anterior.

65 - DONIZETTI, Elpídio. A Força dos Precedentes do Novo Código de Processo Civil. Disponível em: <https://elpidiodonizetti.jusbrasil.com.br/artigos/155178268/a-forca-dos-precedentes-do-novo-codigo-de-processo- civil>.

66 - AMARAL JÚNIOR, José Levi de Mello. Controle de Constitucionalidade: evolução brasileira determinada pela falta do stare decisis. *Revista dos Tribunais*, vol. 920, p. 133, Jun/2012.

67 - TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 174.

78. Já o *overruling* é o procedimento por meio do qual um precedente perde sua força vinculante e é substituído por outra *ratio decidendi*. É técnica de superação do precedente e não apenas de aplicação, interpretação ou confronto de decisões judiciais. À semelhança da revogação de uma lei por outra, pode ocorrer de forma expressa (*express overruling*) ou tácita (*implied overruling*), conforme o órgão julgador manifeste expressamente seu interesse em adotar uma nova orientação, abandonando a anterior, ou adote posição contrária à previamente esposada sem, contudo, dispor diretamente a respeito[68].

79. Esclarece-se, por pertinente, que a superação de um precedente justifica-se, à medida que a atividade interpretativa tende a se modificar ao longo dos anos. A constante evolução da sociedade e a necessidade de sistematização dos princípios, de modo a considerá-los em conexão com outras normas do ordenamento, são formas que possibilitam a mudança no sentido interpretativo nas normas. Assim, por mais que se almeje do sistema jurídico soluções com maior segurança jurídica, coerência, celeridade e isonomia, não há como fossilizar o teor das razões de decidir nas decisões prolatadas, no sentido de vincular eternamente a aplicação de determinado entendimento[69].

80. Por tais razões é que a doutrina – amparada nas teorias norte-americanas – propõe a adoção de técnicas de superação dos precedentes judiciais. Neste espaço, conforme aqui já mencionado, tem-se o chamado *overruling*, técnica que se difere do *distinguishing*, à medida que este se caracteriza pela conformação do caso à *ratio decidendi*, enquanto aquele corresponde à revogação do entendimento paradigmático consubstanciado no precedente.

81. Ainda segundo Elpídio Donizetti, por intermédio dessa técnica (*overruling*) o precedente é revogado, superado, em razão da modificação dos valores sociais, dos conceitos jurídicos, da tecnologia ou mesmo em virtude de erro gerador de instabilidade em sua aplicação. Além de revogar o precedente, há que se construir uma nova posição jurídica para aquele contexto, a fim de que as situações geradas pela ausência ou insuficiência da norma não se repitam.

82. Por fim, quanto aos efeitos da nova *ratio decidendi*, o próprio CPC, em seu art. 927, elenca as regras para efeito temporal do precedente, superação e distinção. Debruçando-se sobre o supracitado dispositivo legal, verifica-se que vige o entendimento de que a nova interpretação aplica-se aos casos ainda em tramitação, valendo, portanto, a regra *tempus regit actum*. Por outro lado, aqueles casos que já tenham sido decididos sob a égide do entendimento anterior não deverão sofrer com a modificação do precedente, em respeito à imutabilidade da coisa julgada[70] ou, por analogia, do ato jurídico perfeito, categoria na qual se enquadram as decisões administrativas que aplicaram o entendimento vinculante constante do Parecer GQ-145, imodificáveis, ademais, em razão da norma constante do já mencionado inciso XIII, do parágrafo único, do art. 2º, da Lei nº 9.784/99.

83. Esclarece-se, ainda, que, como forma de evitar prejuízos em razão da mudança brusca de entendimento das cortes superiores e, assim, proporcionar ao jurisdicionado maior segurança jurídica no momento do exercício de seu direito constitucional de ação, o tribunal

68 - DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 4. ed. Salvador: JusPodium, 2009, p. 395.

69 - Idem.

70 - DONIZETTI, Elpídio. Ob. cit.

poderá modular os efeitos da decisão, limitando sua retroatividade ou atribuindo-lhe efeitos prospectivos (art. 927, § 3º). Todavia, essa modulação tem efeitos para as decisões futuras, não sendo possível falar-se em relativização da coisa julgada pela alteração de precedente judicial[71] ou violação ao ato jurídico perfeito.

84. Portanto, preservadas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação vigente à época, estejam ou não submetidas à reapreciação judicial, conclui-se pela superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer GQ-145 ***com eficácia prospectiva***, orientando-se a Administração Pública Federal, vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor, a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

85. Importa registrar que o entendimento ora sustentado já foi adotado pela Comissão Permanente de Procedimentos Administrativos Disciplinares - CPPAD, no PARECER n. 00001/2016/CPPAD/DECOR/CGU/AGU, ainda pendente de aprovação no âmbito desta Consultoria-Geral da União.

II.IX Aplicação do limite de 60 horas aos servidores legalmente autorizados a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo

86. Em razão de ter o Parecer GQ-145 recebido, à época de sua edição, a aprovação da Presidência da República, nos termos do art. 40 da Lei Complementar nº 73/93, o entendimento proposto no item anterior somente entrará em vigor caso seja aprovado pela mesma instância do Poder Executivo federal. Faz-se necessária, portanto, por medida de precaução, a análise da segunda questão submetida a esta CNU/CGU, definindo-se se o limite de 60 (sessenta) horas para a acumulação de cargos se refere à jornada abstrata dos cargos públicos ou à jornada efetivamente exigida do servidor.

87. Trata-se, conforme visto, de controvérsia apontada pela CONJUR/MS, tendo em vista as hipóteses de servidores regularmente autorizados a realizar jornada de trabalho reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, sem redução da remuneração, a exemplo do que autoriza o Decreto nº 1.590/95. A problemática encontra-se devidamente equacionada no já mencionado Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, no qual concluiu a CONJUR/MP, com base em leitura precisa do Parecer GQ-145, pela prevalência, para a finalidade destacada, da carga horária efetivamente exigida do servidor. Esse o teor do opinativo:

> 5. No que concerne inicialmente ao primeiro questionamento, é preciso compreender a situação. Uma eventual diferença entre a Carga Horária do Cargo e a Jornada efetivamente cumprida pode decorrer de três situações, sendo a resposta distinta a depender de qual está presente no caso. São elas:

71 - DONIZETTI, Elpídio. Ob. cit.

a) Existência de Ato Administrativo regular, fundamentado em Normativo específico que permite a modificação da jornada do cargo para uma jornada distinta excepcional (caso, por exemplo, do artigo 3º do Decreto nº 1590/95);

a) Mera Tolerância da chefia imediata (Art. 7º do Decreto nº 1590/95);

a) Descumprimento irregular, pelo servidor, da jornada de trabalho.

6. No primeiro caso, respondendo inclusive o questionamento da alínea "d" supra, a jornada a ser considerada é a resultante da mudança empreendida e não a jornada original do "cargo". No momento em que a Legislação abarca e legitima a exceção, em especial em sendo o mesmo decreto que prevê a carga horária básica de 40 horas, esta passa a ser autônoma em relação à regra principal. Em outras palavras, o cargo/função/emprego específico daquele agente público sob regime excepcional passa a ser de 30 horas, sendo essa a carga horária a ser considerada.

7. Tal conclusão é corroborada com a leitura do Parecer nº GQ-145/1998. Todo o parecer baseou-se na premissa de que seria faticamente impossível trabalhar de forma adequada por 80 horas, haja vista as necessidades biológicas do corpo humano. A compatibilidade de horários se centrou em uma análise fática, ainda que em caráter geral. Por isso, caso a jornada do mundo dos fatos, em situação autorizada e legitimada pela legislação, seja distinta da jornada a que normalmente se submete o ocupante de referido cargo público, deve prevalecer a jornada efetiva, excepcional.

8. Ressalte-se, apenas, que, em se tratando de exceção, a concessão de tal regime especial deve se cingir à hipóteses previstas na legislação e deve ser precedida de justificativa robusta demonstrando tanto a presença dos requisitos normativos de que esta seria a opção mais eficiente (considerando eficiência não só como produtividade, mas também como vedação ao desperdício) a ser tomada no caso. Não se deve banalizar tal possibilidade utilizando-a apenas como forma de evitar a carga horária máxima de 60 horas.

9. No entanto, se a diferença entre a jornada esperada e a efetiva resultar de abonos ou de tolerância da chefia imediata, o referencial a ser considerado é o da Jornada Esperada (Carga Horária do Cargo). É que, ainda que haja a tolerância, ainda assim se presume que o servidor está, pelo menos, a disposição do respectivo órgão ou entidade pela integralidade da Carga Horária Prevista. Considerando que o costume não é apto a modificar, dessa forma, o regime jurídico do servidor, a tolerância da chefia imediata representa um irrelevante jurídico.

10. Por fim, se a diferença entre a jornada efetiva e a jornada prevista for irregular, então a solução é a instauração de Procedimento Administrativo Disciplinar para aplicação das penalidades respectivas, não sendo possível sequer vislumbrar qualquer possibilidade remota de essa conduta mudar, ainda que minimamente, os parâmetros para aferição da compatibilidade de horários. O Servidor não pode se beneficiar de sua própria torpeza.

88. Assim sendo, é de se recomendar, na mesma linha do posicionamento adotado pela CONJUR/MP no Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, a adoção do entendimento de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor.

CONCLUSÃO

89. De todo o exposto, nos termos da fundamentação retro, sugere-se seja promovida a revisão do Parecer GQ-145, conforme o rito do art. 40 da Lei Complementar 73/93, adotando-se o entendimento de que é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, inciso XVI e XVII, da Constituição de 1988. Deve, assim, a compatibilidade de horários a que se refere o referido dispositivo constitucional, ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

90. Recomenda-se, ainda, sejam concedidos efeitos prospectivos à superação (*overruling*) das razões de decidir (*ratio decidendi*) sufragadas no Parecer GQ-145, orientando-se a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor. Devem manter-se inalteradas, portanto, as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial.

91. Aprovado o presente parecer pela Presidência da República, deve ser dada ciência de seu inteiro teor ao órgão central do SIPEC, recomendando-lhe, a bem da uniformidade da atuação dos órgãos e entidades sob sua supervisão, que estabeleça parâmetros para orientar e fundar as futuras decisões administrativas de admissão ou inadmissão de acumulação de cargos públicos no âmbito da Administração Pública Federal.

92. Sugere-se, por fim, que, enquanto não modificado o Parecer GQ-145, ou no caso de não vir a sê-lo, seja adotado o entendimento, na mesma linha do Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, da CONJUR/MP, de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor.

À consideração superior.

Brasília, 29 de março de 2017.

Rafael Figueiredo Fulgêncio
Relator

Victor Ximenes Nogueira
Presidente da CNU/CGU

André Luís Rodrigues de Souza
Advogado da União

Arthur Porto Carvalho
Advogado da União

Bruno Andrade Costa
Procurador Federal

Carlos Freire Longato
Advogado da União

Joaquim Modesto Pinto Júnior
Advogado da União

Luiz Palumbo Neto
Advogado da União

Lyvancleves Bispo dos Santos
Advogado da União

Manoel Paz e Silva Filho
Advogado da União

Maria Vitória Barros e Silva Saraiva
Advogada da União

Priscila Cunha do Nascimento
Advogada da União

Rafael Magalhães Furtado
Advogado da União

Ronny Charles Lopes de Torres
Advogado da União

Teresa Villac Pinheiro
Advogada da União

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 19726002441201079 e da chave de acesso 1ba1239e

DESPACHO n. 00002/2017/CNU/CGU/AGU

NUP: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, MINISTÉRIO DA SAÚDE E MINISTÉRIO DA FAZENDA

ASSUNTO: COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS PARA A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União Substituto,

A Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, em sessão plenária realizada no último dia 29 de março, aprovou o judicioso Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, o qual trata da compatibilidade de horários e da acumulação de cargos e empregos públicos, superando o entendimento do Parecer GQ-145.

Restou aprovada a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 5/2017, com a seguinte redação:

> **Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.**
>
> A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.
>
> **Referências:** Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 - Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 – Plenário/TCU; RE 351.905 - 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR - 2ª Turma/STF

Na ementa do Parecer aprovado foi consolidado, outrossim, o brocado do *tempus regit actum*, de maneira que ao novo entendimento devem ser conferidos efeitos prospectivos, a bem da segurança jurídica, de forma que sejam resguardados os atos administrativos consolidados sob a vigência do entendimento superado:

> **EMENTA:** ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.
>
> Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de

horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e do *tempus regit actum*, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

Foi aprovado, outrossim, o entendimento de que "para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor".

Sugere-se que o Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU seja submetido à elevada apreciação da Exma. Senhora Advogada-Geral da União, para posterior aprovação do Exmo. Senhor Presidente da República, nos precisos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Brasília, 04 de abril de 2017.

VICTOR XIMENES NOGUEIRA
ADVOGADO DA UNIÃO
DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE COORDENAÇÃO
E ORIENTAÇÃO DE ÓRGÃOS JURÍDICOS

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 19726002441201079 e da chave de acesso 1ba1239e

Documento assinado eletronicamente por VICTOR XIMENES NOGUEIRA, de acordo com os

normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 48855715 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): VICTOR XIMENES NOGUEIRA. Data e Hora: 01-06-2017 17:30. Número de Série: 8989594703127723889. Emissor: AC CAIXA PF v2.

DESPACHO n. 00347/2017/GAB/CGU/AGU

NUP: 19726.002441/2010-79

INTERESSADOS: MARIA LUCIA DE PAULA OLIVEIRA ASSUNTOS: ACUMULAÇÃO DE CARGOS

A Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos desta Consultoria-Geral da União, em sessão deliberativa realizada no dia 29 de março de 2017, aprovou o **PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, o qual possui duas principais conclusões.**

Em primeiro lugar, a manifestação do colegiado sugere seja promovida a revisão do Parecer GQ-145, conforme o rito do art. 40 da Lei Complementar 73/1993, de forma a se adotar o entendimento segundo o qual é inválida a regulamentação administrativa que impõe limitação de carga horária semanal como óbice à acumulação de cargos públicos prevista no art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988. Conclui, portanto, que a compatibilidade de horários a que se refere o dispositivo constitucional deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, por meio de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários e ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

A segunda conclusão do parecer da Câmara Nacional é a recomendação de que, **enquanto não for superado o Parecer GQ-145**, seja adotado o entendimento, na mesma linha da conclusão do Parecer nº 0961-2.3/2014/HTM/CONJUR-MP/CGU/AGU, da CONJUR/MP, no sentido de que, para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a **carga horária efetivamente exigida do servidor**.

A fundamentada recomendação de revisão do Parecer GQ-145 (primeira conclusão) será oportunamente levada à consideração da Advogada-Geral da União, conforme prescrevem os artigos 40 e 41 da Lei Complementar 73/1993.

Quanto à segunda proposta, verifico que o entendimento fixado pela Câmara Nacional representa a melhor interpretação do Parecer GQ-145 à luz da Constituição de 1988 e da legislação vigente, encontrando-se suficientemente maduro, no âmbito dos órgãos públicos envolvidos, para poder vigorar como entendimento uniforme a ser seguido por todos os órgãos jurídicos consultivos vinculados a esta Consultoria-Geral da União.

Aprovo, portanto, o PARECER-PLENÁRIO Nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, especificamente em relação à sua segunda conclusão, fixando-se a interpretação do Parecer

GQ-145 no sentido de que, "para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor".

A partir da data deste despacho de aprovação, o entendimento fixado pela Câmara Nacional quanto à interpretação do Parecer GQ-145 poderá ser imediatamente observado pelos órgãos jurídicos consultivos e, portanto, aplicado em decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso.

Posteriormente, a proposta de superação do Parecer GQ-145 será objeto de análise em outro despacho, o qual poderá ser levado à apreciação da Advogada-Geral da União, de acordo com os artigos 40 e 41 da Lei Complementar n. 73/1993. Dessa forma, enquanto não sobrevier a aprovação definitiva e final da primeira conclusão do parecer da Câmara Nacional, permanece plenamente vigente o Parecer GQ-145, o qual, não obstante, deverá ser observado pelos órgãos consultivos conforme a interpretação aprovada neste despacho.

A presente manifestação deve ser objeto de ampla divulgação, além da comunicação específica à CONJUR/MP, à CONJUR/MS, à CONJUR/MEC, assim como à Procuradoria-Geral da União e à Procuradoria-Geral Federal.

Brasília, 02 de junho de 2017.

ANDRÉ RUFINO DO VALE
PROCURADOR FEDERAL
CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em http://sapiens.agu.gov.br mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 19726002441201079 e da chave de acesso 1ba1239e

Documento assinado eletronicamente por ANDRE RUFINO DO VALE, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 49044424 no endereço eletrônico http://sapiens.agu.gov.br. Informações adicionais: Signatário (a): ANDRE RUFINO DO VALE. Data e Hora: 02-06-2017 15:18. Número de Série: 13357071. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO

DESPACHO Nº 00319/2019/GAB/CGU/AGU

PROCESSO Nº 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87.
INTERESSADOS: Ministério da Economia e Ministério da Saúde.
ASSUNTO: Compatibilidade de horários para acumulação de cargos públicos.

1 Aprovo, nos termos do Despacho nº 2/2017/CNU/CGU/AGU (seq. 35), o Parecer-Plenário nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU (seq. 33).

2 Submeto as manifestações desta Consultoria-Geral da União ao Excelentíssimo Senhor Advogado-Geral da União para que, em sendo acolhidas, sejam encaminhadas à elevada apreciação de Sua Excelência o Senhor Presidente da República para os fins dos art. 40, § 1º, e art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.

Brasília, 09 de abril de 2019.

GIORDANO DA SILVA ROSSETTO
ADVOGADO DA UNIÃO
CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO SUBSTITUTO

Aprovo. Em 09 - IV -2019

PROCESSOS ADMINISTRATIVOS Nºs: 19726.002441/2010-79, 00400.000378/2016-76, 25000.020121/2014-11, 00688.000789/2015-10, 00449.000063/2016-72 e 25000.209806/2015-87
INTERESSADOS: Ministério da Economia e Ministério da Saúde.
ASSUNTO: Compatibilidade de horários para acumulação de cargos públicos.

PARECER Nº AM - 04

ADOTO, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00319/2019/GAB/CGU/AGU e Despacho nº 2/2017/CNU/CGU/AGU, o Parecer Plenário nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.

Em 09 de abril de 2019.

ANDRÉ LUIZ DE ALMEIDA MENDONÇA
Advogado-Geral da União

DESPACHO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO

Processos nº 19726.002441/2010-79, nº 00400.000378/2016-76, nº 25000.020121/2014-11, nº 00688.000789/2015-10, nº 00449.000063/2016-72 e nº 25000.209806/2015-87. Parecer nº AM - 04, de 9 de abril de 2019, do Advogado-Geral da União, que adotou, nos termos estabelecidos nos Despachos do Consultor-Geral da União nº 319/2019/GAB/CGU/AGU e nº 2/2017/CNU/CGU/AGU, o Parecer Plenário nº 01/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU, da Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos da Consultoria-Geral da União. Aprovo. Publique-se para os fins do disposto no art. 40, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. Em 9 de abril de 2019.

JURISPRUDÊNCIA COMENTADA

RE 657.718/RG-MG (TEMA 500) – DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA

Cynthia Pereira de Araújo[1]
Silvana Regina Santos Junqueira[2]

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Recurso Extraordinário RE 657.718/RG-MG (Tema 500); 2. Considerações sobre o julgado; 2.1 Os critérios fixados no julgamento do RE 656.718; 3. Conclusão; Referências.

1 - Mestre e Doutora em Teoria do Direito pela PUC-Minas. Advogada da União.

2 - Mestre em Administração Pública pela Fundação João Pinheiro. Especialista em Direito Público pelo IEC/PUCMINAS. Advogada.

INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, com a finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. Entre as competências da agência, está a concessão de registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação.

Nos termos do art. 12 da Lei nº 6.360/1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária, nenhum medicamento, droga, insumo farmacêutico e correlato, inclusive importado, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes do registro sanitário, atribuição atualmente exercida pela ANVISA, por força do inciso II do § 1º do art. 2º da Lei nº 9.782/1999.

Para que o registro seja concedido, os medicamentos precisam ser reconhecidos como seguros e eficazes para o uso a que se propõem (art. 16, II, da Lei nº 6.360/76), sendo que, no caso dos importados, deve haver comprovação de registro no país de origem (art. 18 da Lei nº 6.360/76).

Nesse escopo, o art. 273, §1º e §1º-B, do Código Penal prevê que constitui crime a importação, a venda, a exposição à venda, o depósito para vender ou, de qualquer forma, a distribuição ou a entrega a consumo de produtos sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente (no caso, a ANVISA)

A Lei nº 12.401/11, por sua vez, introduziu o art. 19-T na Lei nº 8080/90, vedando, também no âmbito do SUS, a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro ou autorização pela ANVISA. Portanto, para que o medicamento seja incorporado à relação de medicamentos da saúde pública, é imprescindível que esteja registrado na ANVISA, além de não ser considerado *off-label*.

Não obstante esse arcabouço legal, a prática processual demonstra que têm sido frequentes as decisões judiciais, notadamente de primeira instância, que condenam a Administração Pública ao custeio de medicamentos não registrados pela ANVISA, ou não indicados para determinada doença (*off-label*).

Em relação aos julgamentos em segunda instância, é entendimento unânime no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e majoritário no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região que a ausência de registro na ANVISA não afasta o direito ao fornecimento de medicamentos. Já nos Tribunais Regionais Federais da 2ª e 4ª Região, entende-se pela vedação legal à concessão de tecnologias em saúde sem registro na ANVISA. O Tribunal Regional Federal da 5ª Região tem decisões em ambos os sentidos.

Quanto aos tribunais estaduais, as decisões também variam. Merece destaque o posicionamento do Tribunal de Justiça de São Paulo, que geralmente considera que a ausência de registro, por si, não é óbice ao deferimento do pedido de fornecimento de medicamentos, situação igualmente verificada em grande parte das decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Os dois Tribunais estão entre os principais responsáveis pelas demandas de saúde no país.

Em razão da relevância e impacto da judicialização da saúde, o Supremo Tribunal Federal – STF convocou a Audiência Pública nº 4, realizada em abril e maio de 2009, e, diante dos subsídios nela colhidos, julgou conjuntamente os recursos: Suspensões de Tutela Antecipada 175, 211 e 278; Suspensões de Segurança 3724, 2944, 2361, 3345 e 3355; e Suspensão de Liminar 47, referentes a ações judiciais para fornecimento de remédios de alto custo ou tratamentos a pacientes de doenças graves, com decisão publicada no DJE em 30/4/2010.

O voto proferido pelo relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acompanhado por unanimidade, analisou detalhadamente a situação da judicialização da saúde no Brasil, com indicação de critérios para julgamento dessas ações.

Importa destacar que um dos parâmetros então definidos para a análise das demandas foi precisamente a vedação legal à Administração Pública de fornecer fármaco não registrado na ANVISA, exceto em casos excepcionais, legalmente previstos.

Também abrangendo o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA, o Superior Tribunal de Justiça – STJ julgou, em 25/04/2018, o mérito do Recurso Especial nº 1.657.156/RJ, representativo da controvérsia repetitiva descrita no Tema 106 - Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS.

A tese definida no acórdão dos embargos de declaração publicado no DJe de 21/9/2018 foi a seguinte:

> A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:
>
> i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
>
> ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
>
> iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Da mesma forma, no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.712.163 e 1.726.563 sob o regime dos recursos repetitivos (tema 990), o STJ enfrentou a controvérsia da obrigatoriedade de as operadoras de saúde fornecerem medicamentos não registrados pela Anvisa, definindo que as operadoras são obrigadas a fornecer apenas os medicamentos registrados na agência reguladora (sejam nacionais ou importados), no mesmo sentido do julgamento referente ao fornecimento de medicamentos de alto custo pelo poder público (Recurso Especial nº 1.657.156).

Em 17 de novembro de 2011, ao analisar o Recurso Extraordinário 657.718/MG, o STF reconheceu a repercussão geral da controvérsia relativa à obrigatoriedade de o Estado fornecer medicamento não registrado na ANVISA (tema 500). O julgamento foi concluído em 22 de maio de 2019 e, apesar de o acórdão ainda não ter sido publicado, é possível e importante que já se faça uma análise a respeito da decisão.

1. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO RE 657.718/RG-MG (TEMA 500 - DEVER DO ESTADO DE FORNECER MEDICAMENTO NÃO REGISTRADO PELA ANVISA)

O RE 657.718/RG-MG trata da obrigatoriedade, ou não, de o Estado fornecer medicamento não registrado na ANVISA.

Cuida-se, na origem, de ação ordinária proposta em 26/11/2009 por paciente assistida pela Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, em face dessa unidade federativa, pleiteando o fornecimento do medicamento MIMPARA® (CINACALCET), indicado, segundo relatório médico juntado aos autos, para tratamento de hiperparatireoidismo severo secundário à doença renal.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi deferido, determinando-se ao Estado de Minas Gerais que disponibilizasse o medicamento à autora, às expensas do SUS, nos termos prescritos no receituário médico, de forma contínua.

O Estado de Minas Gerais, amparando-se nas informações técnicas elaboradas pela Secretaria de Estado de Saúde, argumentou que o medicamento CINACALCET não integrava relação dos medicamentos dispensados gratuitamente pela SES e que, embora aprovado pela agência norte-americana de regulação de medicamentos (FDA) e pelo sistema regulador europeu (EMA), ainda não possuía registro junto à ANVISA. Se, como decorre da legislação anteriormente citada, o medicamento requerido não podia ser livremente comercializado no Brasil, a imputação de obrigação de aquisição e fornecimento ao Estado de Minas Gerais implicaria atuação contrária a dispositivos legais, inclusive de ordem criminal.

No entanto, foi negado provimento ao agravo de instrumento interposto contra a liminar e, posteriormente, julgado procedente o pedido autoral, a fim de que fosse fornecido à autora, às expensas do Estado de Minas Gerais, o medicamento MIMPARA 30mg (CINACALCET), na dosagem e modo da prescrição médica, enquanto durasse o tratamento.

O Estado de Minas Gerais interpôs recurso de apelação contra a sentença proferida, e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0145.09.567017-3/002, reformou a sentença, entendendo que, embora a saúde seja um direito constitucional previsto nos arts. 6° e 196 da Constituição de 1988, não é possível obrigar o Estado, judicialmente, a fornecer medicamento sem registro na ANVISA, sob pena de se exigir a prática de descaminho. O TJMG destacou que é indiscutível a obrigação do Estado de assegurar assistência à saúde do cidadão, mas inexiste direito absoluto, não podendo prevalecer a vontade do particular sobre as limitações próprias da Administração.

A parte apelada opôs embargos de declaração em face do acórdão proferido pelo Tribunal, os quais foram rejeitados.

Diante disso, a Defensoria Pública interpôs Recurso Extraordinário, consignando seu objeto como "a interpretação da CR/88, arts. 1°, III; 6°, 23, H; 196, 198, II, 198, § 2º, 204 e 212". A recorrente sustentou ser dever do Estado garantir o direito à saúde, mostrando-se descabida situação em que portador de doença grave não disponha do tratamento compatível. No que interessa ao julgamento sob análise, ressaltou que a vedação de importação e de uso de medicamento seria distinta da ausência de registro na ANVISA.

O Estado de Minas Gerais, em contrarrazões, defendeu a ausência do requisito da repercussão geral, a impossibilidade de análise da matéria fático-probatória já apreciada nas instâncias inferiores e a violação indireta aos mencionados dispositivos constitucionais, a desautorizar a interposição do recurso extraordinário. No mérito, argumentou que a improcedência do pedido autoral decorria de entendimento correto no sentido de que o SUS presta serviços de saúde à população por meio de políticas públicas, que devem ser prestigiadas, em detrimento de tratamentos eventualmente pleiteados pelos cidadãos, não fornecidos pelo poder público, conforme disposto no art. 196 da Constituição.

O Estado de Minas Gerais alegou, por fim, que o Tribunal julgou improcedente o pedido autoral precisamente porque a política pública em questão prevê o fornecimento de tratamento para a doença da parte autora, não havendo vazio assistencial, diante da existência de alternativa terapêutica oferecida pelo Estado.

Em 17 de novembro de 2011, o STF decidiu pela repercussão geral da questão constitucional suscitada – obrigatoriedade, ou não, de o Estado, ante o direito à saúde constitucionalmente garantido, fornecer medicamento não registrado na ANVISA (tema 500).

A União, assim como outros estados da federação, requereu e obteve deferimento para ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, defendendo, em síntese, que o direito fundamental à saúde não é absoluto e admite restrições; e que, no caso, há colisão entre o direito fundamental à saúde e o direito fundamental à segurança, ressaltando que: i) a própria Constituição Federal, no artigo 200, previu competirem ao Sistema Único de Saúde o controle e a fiscalização de produtos e substâncias de interesse para a saúde, bem como a execução das ações de vigilância sanitária; e ii) da mesma forma, o legislador ordinário optou por restringir o direito fundamental à saúde, com a dicção expressa do art. 19-T da Lei nº 8080/1990, para vedação, em todas as esferas de gestão do SUS, de dispensação, pagamento, ressarcimento ou reembolso de medicamento, nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

Iniciado o julgamento no STF, em 15.09.2016, o Ministro Relator Marco Aurélio entendeu que "o registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa é condição inafastável, visando concluir pela obrigação do Estado ao fornecimento". O Ministro Edson Fachin, em que pese ter dado provimento ao recurso para que o medicamento fosse fornecido, concordou que:

> (...) no âmbito da política de assistência à saúde, é possível ao Estado prever, como regra geral, a vedação da dispensação, do pagamento, do ressarcimento ou do reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa.

O Ministro Luís Roberto Barroso, após pedir vista dos autos, cujo julgamento foi retomado em 28.09.2016, deu parcial provimento ao recurso extraordinário. Com informação do falecimento da autora, o Min. Marco Aurélio proferiu decisão em 08.08.2018, declarando extinto o processo sem exame do mérito. A Defensoria Pública da União interpôs agravo regimental, requerendo o prosseguimento do feito.

Em julgamento no plenário do STF, em 22.05.2019, o Tribunal, por maioria, deu provimento ao agravo. Na mesma data, o julgamento foi concluído, com parcial provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Ministro Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator) e Dias Toffoli (Presidente).

Em seguida, por maioria, fixou-se a seguinte tese:

Explicitado o atual entendimento do tema no STF e no STJ, é de se ver que os critérios apontados pelos Tribunais Superiores, embora louváveis por fixarem parâmetros há muito necessários, merecem uma análise crítica quanto a outros aspectos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE O JULGADO

De acordo com os critérios delimitados pelo STF, a regra é a vedação, pela via judicial, de fornecimento de medicamentos experimentais, de forma absoluta, e de medicamentos não registrados na ANVISA, comportando exceções.

Assim, excepcionalmente, admite-se fornecer judicialmente medicamento sem registro na ANVISA, quando se comprovar mora irrazoável da ANVISA em apreciar o pedido (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016) e mediante o preenchimento de três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Inicialmente, há que se observar a vigência da Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, com as alterações introduzidas pela Lei nº 12.401/2011, entre elas, a introdução do art. 19-T, com a seguinte redação:

> Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS:
>
> I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA;
>
> II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa.

Significa dizer que, *a priori*, a decisão do STF contraria o dispositivo, eis que impõe ao ente público, ainda que excepcionalmente, o descumprimento da referida lei, ao determinar o fornecimento de medicamento sem registro na ANVISA. Nesse sentido, poder-se-ia afirmar que a corte constitucional extrapola os limites de sua competência ao revogar, tacitamente, norma regularmente posta pelo legislador ordinário. No entanto, análise mais apurada sobre o assunto depende da publicação do acórdão.

2.1 Os Critérios Fixados no Julgamento do RE 656.718

Em relação aos critérios fixados pelo STF, observa-se, de antemão, que a mora ensejadora da excepcionalidade deve ser aquela atribuída à ANVISA, o que afastaria os casos em que a mora decorre de procedimento ou de inércia do fabricante do medicamento, como em atender providências solicitadas pela agência reguladora. Realmente, consoante destacado pela Advocacia-Geral da União em Memorial Complementar (2017) após o voto do Ministro Barroso, "a existência do mero pedido de registro de um medicamento não garante que as diligências necessárias serão prestadas para que o processo administrativo de registro seja concluído".

Além disso, atrelar a razoabilidade da mora ao prazo legal, de forma absoluta, como redigido o acórdão, poderia indicar que qualquer mora seria considerada irrazoável, e assim autorizar o fornecimento excepcional do medicamento sem registro. Há que se ponderar que, diante da complexidade da análise que alguns produtos demandam, outras circunstâncias precisam ser sopesadas para que a mora seja considerada irrazoável, notadamente quando a ANVISA em geral não participa das demandas de saúde, a fim de prestar os esclarecimentos cabíveis.

De todo modo, no contexto da ausência de critérios que vêm regendo a judicialização da saúde no Brasil, o fato de que o requisito da mora foi indicado como pressuposto geral poderia ser considerado especialmente bem-vindo, já que não é comum a judicialização de medicamento sem registro na ANVISA em razão de demora na análise por *culpa* da agência. Pelo contrário, alguns dos medicamentos de maior custo e objetos de judicialização no país não tinham sequer solicitação de registro perante a ANVISA.

No entanto, essa postura do STF desconsidera algumas especificidades do trâmite de registro sanitário, consoante esclarecimentos prestados pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS – Conitec:

> Solicitar registro na Anvisa, obtê-lo, muitas vezes utilizando a priorização de análise[1] visto serem medicamentos para doenças órfãs, e depois não solicitar preço para a CMED e não comercializar o produto no Brasil tem sido um artifício usado por algumas empresas para burlar a regulação brasileira e iludir prescritores. O fato é que, tão logo o registro do produto é publicado pela Anvisa, as campanhas de marketing são deflagradas, os médicos e as associações de pacientes recebem a informação de que o produto finalmente "está no Brasil" e a judicialização deslancha.

Além disso, o primeiro requisito adicional e cumulativo fixado pelo STF, aparentemente, excepciona de forma generalizada a necessidade de registro de medicamentos órfãos para doenças raras ou ultrarraras. Ocorre que grande parte das demandas para medicamentos sem registro na ANVISA tem por objeto exatamente essas drogas, o que transformaria a suposta exceção em regra.

Pelos debates acompanhados – o que, mais uma vez, apenas poderá ser confirmado após a publicação do acórdão –, o STF não considerou que se entende por doença rara:

3 - Por meio da Resolução da Diretoria Colegiada- RDC nº 204, de 27/12/2017, a ANVISA aprovou critérios e procedimentos para fins de enquadramento na categoria prioritária das petições de registro, pós-registro e anuência prévia em pesquisa clínica de medicamentos, conforme a relevância pública, segundo os critérios ali estabelecidos, definindo prazos menores para a decisão sobre o registro desses medicamentos.

> (...) aquela que afeta até 65 pessoas em cada 100.000 indivíduos, ou seja, 1,3 pessoas para cada 2.000 indivíduos. O número exato de doenças raras não é conhecido. Estima-se que existam entre 6.000 a 8.000 tipos diferentes de doenças raras em todo o mundo. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, DOENÇAS RARAS...).

Em outras palavras, o número de pacientes de todas as doenças raras somados representa um universo que dificilmente poderia ser chamado de "exceção". A agravar o quadro, consoante dados divulgados pelo Ministério da Saúde em 2016, medicamentos que poderiam se encaixar nesse padrão responderam pela maior parte dos dispêndios de recursos do Ministério com a judicialização da saúde no ano anterior (Panorama da Judicialização no Brasil (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE...).

É importante lembrar que o início do processo de registro ocorre por solicitação do próprio laboratório, que avalia o eventual interesse econômico do registro no Estado brasileiro, inexistindo, como regra, a abertura de processo de registro de ofício pela ANVISA (ARAÚJO et al, 2016, p. 128). Portanto, ao contrário do que costuma acreditar parte importante dos julgadores, a inexistência de registro na ANVISA não se deve a uma indesejada burocracia.

Considerando que o Poder Público não poderá fornecer medicamentos sem registro na ANVISA voluntariamente, o critério estipulado pelo STF se apresenta, na verdade, como falta de critério. Nos casos de doenças raras, bastaria ao laboratório incentivar a judicialização de medicamentos que sabe previamente que não serão registrados por não cumprirem requisitos mínimos de segurança e eficácia. Nesse sentido, espera-se que os entes públicos estejam atentos à necessidade de interposição de embargos de declaração contra o acórdão a ser publicado, a fim de que a decisão proferida pelo STF, com repercussão geral reconhecida, não contribua, ainda mais, para a judicialização desqualificada da saúde pública.

O STF deve ser instado, ainda, a conciliar o posicionamento adotado com a decisão proferida pelo Plenário no âmbito do julgamento da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5501, em que se entendeu pela prevalência dos requisitos mínimos de segurança como corolário do próprio direito à saúde.

No que se refere ao segundo requisito cumulativo estipulado pelo STF, ou seja, a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior, observa-se, primeiramente, que as exigências das agências sanitárias ao redor do mundo variam consideravelmente. A americana FDA, por exemplo, é reiteradamente acusada de excessiva influência pelos lobistas da indústria farmacêutica (NYT, SCIENCE AND LOBBYING..., 2009). Além disso, vem-se criticando a adoção dos chamados mecanismos de aprovação em *fast track*, inclusive em relação à agência europeia (EMA) (GARATTINI, PADULA, 2017).

Portanto, caberia ao STF indicar o que se considera como "renomada" agência, sob pena de esvaziamento completo das normas de vigilância sanitária. No entanto, as diferenças técnicas entre as agências não parecem ter sido consideradas pela corte constitucional, não havendo sequer indicação de que as agências que poderiam servir de referência para o Brasil são aquelas em sistemas universais de saúde como o SUS.

Não bastassem os pontos já levantados, há distintas condições geográficas que influen-

ciam nos resultados de testes de eficácia e segurança a que os medicamentos são submetidos para registro. Conforme a Organização Mundial de Saúde (WHO, 2019) e a Resolução nº 1, de 29 de julho de 2005, da ANVISA, estudos de estabilidade são realizados em cada zona climática para determinar a eficácia, o prazo de validade e as condições de armazenamento – temperatura e umidade – do medicamento.

O terceiro requisito cumulativo indicado pelo STF diz respeito à inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. Esse requisito, no entanto, precisa ser apreciado à luz dos potenciais efeitos dos medicamentos existentes, bem como da qualidade dos estudos sobre eles, o que atrai a observação da Medicina Baseada em Evidências, delimitador do direito à saúde já previsto no artigo 19-0 da Lei nº 8.080/90. De fato, a fim de que o fornecimento de um determinado medicamento seja autorizado, não basta a inexistência de substituto, mas também que o medicamento em questão tenha efetividade a justificar a submissão ao tratamento.

Por fim, a obrigatória inclusão da União no polo passivo das ações judiciais que têm por objeto o fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA implica desrespeito ao princípio da descentralização político-administrativa imposto na Constituição Federal, especificamente quanto ao Sistema Único de Saúde, uma vez que a União não é responsável pela execução direta das ações de saúde.

De toda sorte, a inclusão desse item parece fazer uma confusão entre o objeto do RE 657.718, ora em análise, e a controvérsia do RE 566.471, referente à concessão de medicamento de alto custo pelo Estado, já que o julgamento de ambos foi iniciado em conjunto. Isso porque, considerando-se a personalidade jurídica própria da ANVISA, que não se confunde com a União, e o fato de que o registro na agência não significa padronização do medicamento, não fica claro o motivo pelo qual a União precisa participar do processo nesses casos.

Cumpre repisar que a tese firmada pelo STF no RE 657.718/MG tem prevalência apenas para as demandas de saúde pública, em que o pleito se dirige ao Estado. Para os processos que envolvem as entidades de saúde suplementar, vale a tese definida no julgamento dos Recursos Especiais nº 1.712.163 e 1.726.563 sob o regime dos recursos repetitivos (tema 990), em que o STJ definiu que as operadoras são obrigadas a fornecer apenas os medicamentos registrados.

Por fim, é crucial lembrar que o STF não se debruçou sobre a diferença entre o registro e a autorização pela ANVISA, embora o uso *off-label* também signifique a ausência de manifestação da agência sanitária sobre sua segurança e eficácia.

3. CONCLUSÃO

Era patente a necessidade de que o STF pacificasse a jurisprudência a respeito das demandas de medicamentos sem registro na ANVISA. No entanto, por mais que se reconheça a importância do julgamento do RE 657.718/RG-MG como marco parametrizador das demandas de saúde, não se pode deixar de apontar as ainda significativas deficiências dos critérios eleitos pelo STF na referida decisão.

Dada a amplitude das exceções admitidas, não é de se esperar mudança de panorama nos pleitos de medicamentos sem registro na ANVISA. Em outras palavras, os parâmetros de controle fixados são pouco objetivos, desconsideram questões técnicas importantes e tendem a continuar sendo objeto de grande abertura no âmbito da interpretação judicial.

Espera-se que ao menos parte dos problemas apontados seja resolvida em sede de embargos de declaração, de modo a que o Judiciário não se torne ainda mais refém das ações de saúde, notadamente aquelas em que a indústria farmacêutica é a principal interessada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Secretaria-Geral de Contencioso. *Memorial Complementar no Recurso Extraordinário nº 657.718*. Mar. 2017.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Resolução - RE Nº 1, de 29 de julho de 2005*. Disponível em: <www.anvisa.gov.br/legis>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____; _____. *Resolução da Diretoria Colegiada - RDC nº 204, de 27 de dezembro de 2017*. Disponível em:< www.anvisa.gov.br/legis>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Assessoria de Comunicação Social. *Panorama da Judicialização no Brasil*. 21 jul. 2016.

_____; _____. *Doenças raras*: o que são, causas, tratamento, diagnóstico e prevenção. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/saude-de-a-z/doencas-raras>. Acesso em: 05 ago. 2019.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.657.156/RJ*. Relator Min. Benedito Gonçalves. Julgamento em 25 abr. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700256297&dt_publicacao=04/05/2018>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____; _____. *Recurso Especial nº 1.712.163/SP*. Relator Min. Moura Ribeiro. Julgamento em: 08 nov. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701829167&dt_publicacao=26/11/2018>. Acesso em: 16 jul. 2019

_____; _____. *Recurso Especial nº 1.726.563*. Relator Min. Moura Ribeiro. Julgamento em: 08 nov. 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701201853&dt_publicacao=03/12/2018>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário 657.718*. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 23 maio 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28657718%2ENUME%2E+OU+657718%2EPRCR%2E%29%28%28MARCO+AUR%C9LIO%29%2ENORL%2E+OU+%28MARCO+AUR%-

C9LIO%29%2ENORA%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/y4kmaaw3>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____; _____. *STA-AgR 175/CE*. Agravo Regimental em Suspensão de Tutela Antecipada. Relator: Ministro Gilmar Mendes (presidente). Julgamento: 17 mar. 2010. Publicação DJ 30 abr. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2570693>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Decreto-lei nº 2.848/1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Decreto nº 7.508/2011. Regulamenta a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7508.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Lei nº 6.360/1976. Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6360.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

_____. Lei nº 8.080/1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Lei nº 9.782/1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Lei nº 12.401/2011. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a assistência terapêutica e a incorporação de tecnologia em saúde no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12401.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

_____. Lei nº 13.411/2016. Altera a Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976, que dispõe sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, cosméticos, saneantes e outros produtos, e dá outras providências, e a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, que define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Na-

cional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências, para dar transparência e previsibilidade ao processo de concessão e renovação de registro de medicamento e de alteração pós-registro. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13411.htm>. Acesso em: 12 jul. 2019.

CONITEC. *Esclarecimentos à Interfarma*. 01 ago. 2016. Disponível em: <http://conitec.gov.br/esclarecimento-a-interfarma>. Acesso em: 05 ago. 2019.

GARATTINI, Livio; PADULA, Anna. Dutch guidelines for economic evaluation: 'from good to better' in theory but further away from pharmaceuticals in practice? *Journal of the Royal Society of Medicine*; 2017, Vol. 110(3) 98–103.

WHO. Guidelines on Stability Testing: *WHO Drug Information*. v. 16. n. 1. Disponível em: <http://www.who.int/druginformation/vol16num1_2002/vlo16-1.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2019.