

Cadernos Jurídicos

Ano 20 - Número 47 - Janeiro-Fevereiro/2019

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2019



Diretor

Desembargador Francisco Eduardo Loureiro

Vice-Diretor

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Conselho Consultivo e de Programas

Desembargador Aroldo Mendes Viotti

Desembargador Eduardo Cortez de Freitas Gouvêa

Desembargador Francisco José Galvão Bruno

Desembargador Hermann Herschander

Desembargador Milton Paulo de Carvalho Filho

Desembargador Tasso Duarte de Melo

Juiz Gilson Delgado Miranda

Coordenadores da Biblioteca e Revistas

Desembargador Wanderley José Federighi

Juiz Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Coordenadores da edição

Desembargadora Luciana Almeida Prado Bresciani

Desembargador Luís Francisco Aguilar Cortez

Desembargadora Vera Lucia Angrisani

Desembargador Vicente de Abreu Amadei

Juíza Ana Luiza Villa Nova

Juíza Cynthia Thomé

Cadernos Jurídicos

Direito Administrativo

Bimestral

2000, v. 1 (1 - 2)
2001, v. 2 (3 - 4 - 5 - 6)
2002, v. 3 (7 - 8 - 9 - 10 - 11 - 12)
2003, v. 4 (13 - 14 - 15 - 16 - 17 - 18)
2004, v. 5 (19 - 20 - 21 - 22 - 23 - 24)
2005, v. 6 (25)
2006, v. 7 (26 - 27 - 28)
2007, v. 8 (29 - 30)
2008, v. 9 (31)
2009, v. 10 (32)
2011, v. 11 (33)
2012, v. 12 (34 - 35)
2013, v. 13 (36 - 37)
2014, v. 14 (38)
2015, v. 15 (39 - 40 - 41)
2016, v. 16 (42 - 43 - 44 - 45)
2017, v. 17 (46)
2019, v. 18 (47)

Direito

CDU 34(05)

Jurisprudência

CDU 35(05)

ISSN 1806-5449



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483 - 1º ao 4º andar
CEP 01301-100 / São Paulo - SP
Fones: (11) 3256-6781 / 3257-0356
www.epm.tjsp.jus.br
imprensaepm@tjsp.jus.br

1. Burocracia, legalidade e eficiência – notas sobre supostas (in)compatibilidades (2º NEDA ¹ , 2016) <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	9
2. Controle de legalidade do ato administrativo e a segurança jurídica: o caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras (1º NEDA, 2015) <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	23
3. O Judiciário no controle de políticas públicas – segurança – o caso dos policiais militares temporários (3º NEDA, 2017) <i>Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho</i>	35
4. Uma análise fática sobre os limites da atividade jurisdicional sobre as escolhas do Poder Executivo e o princípio da separação dos poderes (2º NEDA, 2016) <i>Ana Lia Beall</i>	47
5. Breve conceituação de função administrativa (1º NEDA, 2015) <i>Bruno Machado Miano</i>	57
6. Inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria dos servidores públicos em sentido estrito (2º NEDA, 2016) <i>Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni</i>	63
7. Teto das remunerações e subsídios (3º NEDA, 2017) <i>Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni</i>	77
8. Ocupação de bens de uso especial como forma de manifestação popular (2º NEDA, 2016) <i>Cynthia Thomé</i>	97
9. Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais – breves considerações sobre o tema (1º NEDA, 2015) <i>Flora Nesi Tossi Silva</i>	111
10. Interesse público (1º NEDA, 2015) <i>José Roberto Leme Alves de Oliveira</i>	151
11. O combate à corrupção e o Direito Administrativo (1º NEDA, 2015) <i>Luís Francisco Aguilar Cortez</i>	165
12. Controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária (1º NEDA, 2015) <i>Luís Manuel Fonseca Pires</i>	175
13. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa (1º NEDA, 2015) <i>Luíza Barros Rozas</i>	191
14. Interesse público e proteção aos seres vivos (2º NEDA, 2016) <i>Marcos Pimentel Tamassia</i>	203
15. Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas (3º NEDA, 2017) <i>Mônica de Almeida Magalhães Serrano</i>	211

¹ Núcleo de Estudos em Direito Administrativo.

16. Os movimentos sociais e a função social dos bens públicos (1º NEDA, 2015) <i>Paulo Magalhães da Costa Coelho</i>	233
17. Reflexões sobre o papel do Governo e do Direito Administrativo no mundo contemporâneo (3º NEDA, 2017) <i>Rubens Rihl Pires Corrêa</i>	241
18. Arranjos institucionais que visam implementação do direito fundamental social de moradia - seus mecanismos e a possibilidade de controle jurisdicional (3º NEDA, 2017) <i>Wagner Roby Gidaro</i>	253
19. Notas sobre a penhorabilidade de ativos financeiros de empresas públicas e sociedades de economia mista (1º NEDA, 2015) <i>Wanderley José Federighi</i>	267

Apresentação

A complexidade das relações jurídicas no mundo contemporâneo traz à baila, como não poderia deixar de ser, uma enorme gama de relações entre o Estado e os particulares, sem que se excluam, a propósito, as relações *interna corporis* do Estado com os diversos órgãos que compõem o que se convencionou chamar de *Administração Pública*. Gera-se, destarte, um vasto número de situações que podem dar margem até mesmo a demandas contra o Poder Público, em suas mais diversas facetas, ou deste contra os particulares.

Foi-se, outrossim, de há muito, a era do Estado todo-poderoso; do “*l’État c’est moi*”, impondo-se, mesmo aos ocupantes dos mais altos cargos da Administração Pública, o respeito e a obediência à *lei*; ao *princípio da legalidade*, insculpido no art. 37 da Constituição Federal, bem como a tantos outros princípios que regem o funcionamento da referida Administração, em suas múltiplas manifestações. O verdadeiro Estado de Direito demanda essa conduta. Não é demais anotar que foi justamente o pouco apego ao estrito cumprimento da lei que levou não um, mas *dois* presidentes da República do Brasil a sofrerem bem-sucedidos processos de *impeachment*, com a conseqüente perda de seus cargos.

O ramo da ciência do Direito Público que rege tais relações jurídicas é o *Direito Administrativo*, o qual, na sintética e proficiente lição do respeitado Hely Lopes Meirelles, é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.¹

Inúmeras são as matérias de que trata esse ramo do Direito, sendo cabal a sua importância no Brasil contemporâneo.

Do tema dos *agentes públicos* ao de sua *remuneração*, *exercício* e eventual *cessação* do mesmo, por meio de sua *aposentadoria* ou *demissão*; a penalidade de *cassação* da referida aposentadoria; a *responsabilidade civil do Estado pelos atos ou omissões de seus agentes*; a perda da propriedade por meio das ações de *desapropriação*; a imprescindível legalidade do *ato administrativo*; o exercício da *função administrativa*; os *bens públicos*, sua *utilização* e a sua *função social*; o *interesse público*, as *políticas públicas*, as *licitações* e diversos outros temas de inegável atualidade são tratados nesta edição dos *Cadernos Jurídicos* da Escola Paulista da Magistratura (EPM), como fruto de recentes Núcleos de Estudos de Direito Administrativo, organizados pela referida Escola.

O primeiro núcleo, realizado de março a novembro de 2015, teve como organizadores os desembargadores Luciana Almeida Prado Bresciani e Luís Francisco Aguilar Cortez; o segundo, de agosto a dezembro de 2016, a desembargadora Vera Lucia Angrisani e a juíza Cynthia Thomé; e por fim, o terceiro, de maio a novembro de 2017, o desembargador Vicente de Abreu Amadei e a juíza Ana Luiza Villa Nova.

Vários magistrados, com atuação na área em questão, vieram a oferecer a sua visão sobre os temas abordados nesses núcleos, como os juízes Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Bruno Machado Miano, Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni, Cynthia Thomé, Flora Nesi Tossi Silva, Luís Francisco Aguilar Cortez, Luis Manuel Fonseca Pires

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros. p. 40.

e outros, autêntica “prata da casa”, todos conhecidos e respeitados no meio jurídico (e acadêmico), que trazem a sua visão sobre temas dos mais diversos e complexos, ligados ao Direito Administrativo.

Desta maneira, espera-se que tenha a EPM dado contribuição para o estudo das matérias enfocadas em mais este número da revista *Cadernos Jurídicos*, todas na pauta dos temas jurídicos modernos relevantes, trazendo o entrever das respostas para as grandes questões aqui examinadas.

Wanderley José Federighi

Desembargador coordenador da Biblioteca e Revistas da EPM

Burocracia, legalidade e eficiência – notas sobre supostas (in)compatibilidades

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Burocracia – notas sobre um (pre)conceito; 3. Do princípio da legalidade no Estado burocrático – do ideal à realidade; 4. Burocracia e eficiência – (in)compatibilidade?; 5. Casuística; 5.1. Das palavras sagradas do edital; 5.2. Do texto legal aquém da utilidade; 5.3. Da redução teleológica – uma questão?; 6. Conclusão; 7. Referências.

1. Introdução

Neste ensaio discorreremos sobre uma suposta incompatibilidade entre o modelo de agir burocrático e o dever de eficiência que deve permear a atuação de todos os órgãos estatais, qualquer que seja a função que lhes caiba.

É da linguagem comum associar a ideia de burocracia às imagens de desperdício, lentidão, formalismo excessivo, quando não de irresponsabilidade e/ou de indiferença do gestor para com os anseios da população (ARENDR, 2005, p. 77 e 97; CHEVALLIER, 2012, p. 113-115; MEDAUAR, 2017, p. 143-144; PEREZ, 2009, p. 47-48; WEHLING, 1986, p. 31).

Como não nos parece crível que os teóricos que contribuíram para a criação do que chamamos de Estado Moderno (liberal – burocrático) tenham tido em mente instituir uma organização política que se pautasse por outro norte que não o emprego racional da coisa pública,² lançaremos uma hipótese sobre o que possivelmente seria uma das principais causas do inusitado desvio.

Após, trataremos por que a nosso ver essa causa deve ser superada, passo necessário para que aquilo que se construiu com a finalidade de se obstar o arbítrio dos governantes não continue a servir de escusa para o disparate, para a inércia ilegítima ou para produção de ações desarrazoadas que, em nome de um mítico interesse público, redundem em flagrante violação do direito dos indivíduos a uma boa administração.

2. Burocracia – notas sobre um (pre)conceito

Questão comum aos agrupamentos de pessoas, ao menos desde sua estabilização em determinados lugares favorecida pelo desenvolvimento da agricultura, é a de como gerir os excedentes de produção, garantindo a manutenção dos povos mesmo em épocas de escassez de alimentos (WEBER, 2009, p. 12 et seq.).

¹ Mestre e Doutorando em Direito do Estado. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² Sendo que a literatura noticia que a burocracia alemã vivenciada por Max Weber era caracterizada justamente por sua eficiência, com destaque para exitosa experiência dos correios em implantar métodos militares, hierarquizados, à gestão de bens públicos (GRAEBER, 2015, p. 179 et seq.).

A necessidade de o governo zelar pela coordenação de esforços humanos para a adequada produção de bens materiais indispensáveis à vida em coletivo também envolveu, em diferentes graus, a sua intervenção na criação de infraestruturas capazes de potencializar a geração de riquezas em determinada sociedade (WEBER, 2009, p. 23 et seq.).³

Com a cobrança de impostos, asseguravam-se não só recursos para esses empreendimentos como para a profissionalização de certas classes de servidores, dentre as quais estava o próprio exército, dado apontado por estudiosos como fundamental para o surgimento do Estado Moderno.⁴

Se a existência de uma *burocracia*, no sentido de um conjunto de pessoas dedicadas exclusivamente à administração do patrimônio público com vistas à promoção de interesses gerais, pode ser identificada já em organizações políticas da Antiguidade, tal designação teria sido empregada pela primeira vez no século XVIII.⁵

Em oposição à forma de exercício de poder no período antecedente, o Estado moderno buscou uma legitimação que pode ser chamada de *legal-racional*,⁶ segundo a qual a justificativa do dever de obediência de um grande número de indivíduos com relação a um pequeno estaria na **submissão de todos à lei parlamentar**, fruto da razão e reflexo de uma relação necessária entre os Homens, na linha da mais pura corrente positivista caudatária do movimento iluminista.

O modelo burocrático de gestão da coisa pública passou a ser defendido como superior às técnicas clientelistas e patrimoniais no desempenho de tal mister, características marcantes das organizações políticas medievais (WEBER, 2009, p. 24). Assim, se antes as pessoas encarregadas de gerir o bem comum eram normalmente escolhidas em razão de seus laços de amizade e/ou parentesco com os governantes, buscou-se em muitos países a institucionalização de mecanismos impessoais de seleção de servidores, como o concurso público (GIRGLIOLI, 2009, p. 126; SOUZA FILHO, 2011, p. 64).

Enquanto no desenho organizacional anterior havia certa indistinção entre propriedade privada do gestor e a dos meios empregados por este para o exercício do poder, no Estado moderno há um esforço para a **profissionalização da burocracia**, que passa a ser remunerada pelos seus serviços, sem a possibilidade de auferir vantagem econômica diversa daquela representada pelo soldo que lhe é pago como contrapartida pelo desempenho da tarefa que lhe é atribuída por lei (POGGI, 2013, p. 16 et seq.).

A forma prevista para a tomada de decisão segundo o modelo burocrático representava um avanço para a gestão da coisa pública equiparado ao que foi a introdução das máquinas no processo de produção de mercadorias, sobretudo no que diz respeito ao aperfeiçoamento de sua precisão, rapidez (*Schnelligkeit*), clareza (*Eindeutigkeit*), aptidão para registro de suas atividades via documentos (*Aktenkundigkeit*), continuidade com

³ Max Weber lembra, nesse sentido, o papel do governo do Egito antigo na regulação técnico-econômica do uso da água, uma questão fundamental para a sociedade da época, e que foi uma das molas propulsoras para o movimento de burocratização experimentado naquela organização política (WEBER, 2009, p. 23).

⁴ Isso na medida em que a profissionalização do exército permitiu ao rei reduzir sua dependência com relação aos nobres para a composição de suas forças armadas (LASSALE, 1999, p. 45 et seq.).

⁵ Segundo Girglioli, “o termo burocracia foi utilizado pela primeira vez, na metade do século XVIII, por um economista fisiocrático, Vincent de Gournay, para designar o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal, incumbido de funções especializadas sob a monarquia absoluta e dependente do soberano” (2009, p. 124).

⁶ Sobre o papel da organização burocrática, com base na lei parlamentar, para o surgimento do Estado Moderno, ver Poggi (2013, p.12 et seq.).

regularidade (*Stetigkeit*), discrição, uniformidade (*Einheitlichkeit*), forte subordinação (*Unterordnung*), e economia de custos pessoais/materiais (NOGUEIRA, 2015, p. 107; POGGI, 2013, p. 19-20; WEBER, 2009, p. 25 et seq.).

Nessa linha, e provavelmente sob a inspiração dos tempos modernos representados pela revolução industrial, não só o modelo de atuação administrativa defendido passava a ser fortemente vinculado pela *lei parlamentar* (WEBER, 2009 p. 29 et seq.), como a imagem que se tinha do funcionamento da burocracia era a de uma **engrenagem**, em que não havia qualquer espaço de liberdade para a vontade individual dos servidores na determinação do seu agir (WEBER, 2009 p. 34-35).

3. Do princípio da legalidade no Estado burocrático – do ideal à realidade

Como se fosse possível que tudo a ser feito pelo órgão executivo estatal já estivesse integralmente prescrito de antemão pelo legislador, floresceram mitos inspirados em ideias elegantes cunhadas no século XVIII, mas cuja aplicação ao dia a dia das repartições públicas é nitidamente insuficiente para conduzir a uma atuação adequada por parte de seus agentes.

Sentenças de forte apelo retórico como “não há espaço para vontade no exercício da função administrativa”⁷ ou então “administrar é aplicar a lei de ofício”⁸ passaram a frequentar os manuais de Direito Administrativo e ainda hoje são repetidas de forma mais ou menos intensa por importante doutrina,⁹ sem uma maior preocupação com sua aderência ao mundo fenomênico, com sua aptidão para explicar as tarefas que de fato são desempenhadas diuturnamente pelos agentes estatais.

Como se gerir a coisa pública se resumisse a uma atividade de subsunção pelo servidor das mais variadas contingências fáticas a respostas já dadas de antemão pelo legislador,¹⁰ foi se desenvolvendo uma cultura de **imobilismo burocrático**, em que a ausência de previsão expressa em lei de uma dada hipótese e/ou da respectiva consequência jurídica significa um óbice à ação da Administração, ainda que de tal inércia redundem previsíveis efeitos deletérios ao bem comum.

A outra face do **legalismo** (MEDAUAR, 2017, p. 169; NIETO, 2015, p. 69 et seq.), por sua vez, é justamente o **agir despropositado** por parte do servidor, que não traz qualquer utilidade para a comunidade e/ou que implica a criação de sacrifícios arbitrários à esfera de liberdade dos particulares, simplesmente pelo fato de “a lei assim o determinar”, como se sua missão se restringisse a cumprir cegamente atos gerais e abstratos emanados do

⁷ “Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa ‘pode fazer assim’; para o administrador público significa ‘deve fazer assim’” (MEIRELLES, 1990, p. 78).

⁸ Para lembrarmos a célebre formulação de M. Seabra Fagundes, em seu *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, primeira edição de 1941 (2006, p. 3).

⁹ Sintomático a respeito, a nosso ver, é a existência de autores que continuam a defender a *tipicidade* como atributo do ato administrativo (v.g., MARTINS JUNIOR, 2014, p. 293). Para nossa crítica sobre tal visão idealizada da função pública, ver considerações que fizemos recentemente em reflexão acerca da contratação do uso do patrimônio estatal (2017, p. 11-13).

¹⁰ “[...] a relação existente entre um indivíduo e a lei é meramente uma relação de não contradição, enquanto que a relação entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição, mas é também uma relação de subsunção” (MELLO, 2008, p. 13). Em outra passagem, Celso Antônio Bandeira de Mello ainda afirma: “a atividade administrativa, missão a ser tipicamente desenvolvida pelo Poder Executivo, deverá corresponder à concreção final da vontade popular expressa na lei. Fora da lei, portanto, não há espaço para a atuação regular da Administração” (MELLO, 2008, p. 50).

Legislativo, de modo indiferente para com sua repercussão negativa na vida das pessoas e/ou para com o adequado exercício da função pública.

Note-se que essa visão de predeterminação absoluta do agir administrativo pela lei parlamentar, não bastasse ser irrealizável pela natureza das coisas (CASSESE, 1998, p. 429 et seq.; GUERRA, 2015, p. 47 et seq.), acaba por ter como um dos seus efeitos mais perversos justamente a **irresponsabilização do agente estatal**, que, sob o pretexto de singelamente obedecer à vontade do legislador, escamoteia o que está realmente por trás das escolhas que lhe cabe fazer na gestão da coisa pública.

4. Burocracia e eficiência – (in)compatibilidade?

Podemos denominar de *burocratização* o iter de **formalização** e de **despersonalização** da ação estatal (POGGI, 2013, p. 57 et seq.), fenômeno que tem sua razão de ser na busca em conferir-lhe maior racionalidade e, imagina-se, eficiência (MATHIOT, 1980, p. 228).¹¹

Apesar do nobre propósito da organização do serviço público segundo um padrão de conduta fundado na lei (MATHIOT, 1980, p. 229),¹² a prática revela que tal plano por vezes gera efeitos diametralmente opostos aos perseguidos quando da sua confecção.

Por quê?

No nosso entendimento, uma pista para desvendar o enigma está justamente na má compreensão do papel do direito escrito (do qual a lei faz parte) na disciplina do atuar dos burocratas.

A **procedimentalização** do agir administrativo,¹³ quando inspirada na *falsa ideia de que a lei pode tudo prever*, em vez de redundar em uma atuação governamental mais adequada para a satisfação de pautas de interesse coletivo, acaba por conduzir a uma *visão míope* do iter decisório a cargo do gestor (MATHIOT, 1980, p. 232),¹⁴ que, em vez de olhar para frutos a serem gerados na realidade com sua atuação, mantém sua atenção apenas no próprio procedimento.

¹¹ “A existência de uma burocracia, com sua força e seus métodos, importa ao Estado, para começar, na medida em que, em sendo organização, ela tende à eficácia. Ela importa à democracia, porque suas bases são justamente aquelas que toda democracia deve se esforçar para estabelecer” (MATHIOT, 1980, p. 228, tradução nossa).

¹² André Mathiot afirma que a administração burocrática é o reino da lei (« *le règne de la loi* »), das formas e procedimentos, e no qual há uma preocupação com a observância dos precedentes, cujo respeito revela imparcialidade no exercício da função pública (MATHIOT, 1980, p. 229). Curiosa a referência feita pelo autor francês à questão do cuidado da burocracia do seu país com a coerência de sua atuação levando em conta o que já fora previamente decidido nas respectivas repartições em aplicação da lei. Ainda que o doutrinador alerte para os riscos de uma simples repetição irrefletida de precedentes para o bom desempenho das atribuições estatais – sua sacralização mesmo em situações nas quais sua inadequação é flagrante (MATHIOT, 1980, p. 232), isso nos faz lembrar o quanto o estudo dos precedentes administrativos ainda merece uma maior atenção entre nós, em especial considerando os diversos casos que diariamente chegam aos Tribunais, tendo por fundamento a busca de um tratamento isonômico entre cidadãos que estão em situações análogas. Sobre o tema, ver nossa tese de Doutorado denominada *Governança Pública na Administração Contemporânea* que, enquanto escrevemos este artigo, aguarda defesa na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (2017, p. 99 et seq.).

¹³ Ou seja, sua submissão a etapas previstas abstratamente com o propósito de afastá-la de preferências e proveito pessoais de quem exerce função pública.

¹⁴ André Mathiot aponta quatro principais patologias que podem ser observados na burocracia. Além da *miopia*, que seria o agir do gestor voltado só ao universo limitado da Administração, com dificuldades para lidar com o imprevisto, ainda poderiam ser constadas *manias* (ex. formalismo absurdo, criação de procedimentos sem sentido), *paranoia* (desprezo às críticas), e *insensibilidade* (para com anseios sociais) (MATHIOT, 1980, p. 232-233).

O caminho da escolha, assim, de *meio* para boas decisões passa a ser encarado como *fim em si mesmo*,¹⁵ e as opções feitas, ilusoriamente, por meio de um processo mecânico de subsunção da realidade a normas gerais e abstratas, pretendem ser imunes a críticas, já que não passariam de concretização de prescrições do legislador.

Ocorre que na lei parlamentar o gestor normalmente encontrará apenas uma parte (muitas vezes pequena) dos elementos que deverá concatenar para a construção da norma aplicável ao seu decidir (PERELMAN, 2000, p. 622 et seq.).¹⁶

Ao extrair um sentido de *dever* ou de *poder ser* do direito escrito (que também envolve a Constituição e os regulamentos), o agente deveria antes de tudo ser **cuidadoso com a repercussão de suas escolhas na realidade**, fiel ao ensinamento antigo, mas frequentemente negligenciado por parte de nossa doutrina, segundo o qual o Direito deve servir à realidade (e não a realidade ao Direito, o que, a prevalecer, equivaleria a entender as normas como o fim último da ação humana).¹⁷

A missão do servidor, vale lembrar, não é (só) a de cumprir a lei de ofício, mas sim a de buscar a concretização de pautas públicas, ora reproduzindo comandos já constantes dos atos parlamentares, ora não os contrariando no desempenho de suas tarefas.

Assim como a tarefa primeira do comerciante não é a de cumprir o Código Comercial, a dos pais não é a de cumprir o Estatuto das Crianças e Adolescentes e a do motorista não é a de cumprir o Código de Trânsito, cabe ao agente estatal, conforme a competência material que lhe é conferida pelo ordenamento, empreender esforços para a realização de atividades caras ao bem estar da comunidade, não violando os termos do direito escrito aplicável a sua seara de atuação.¹⁸

Como o servidor encontrará na lei parlamentar apenas um quadro geral abstrato que servirá de limite e fonte de inspiração para decisões legítimas, este, na aspiração por um agir eficiente, deverá sempre buscar nas outras nascentes do Direito os elementos que lhe permitam, no caso concreto sujeito à sua apreciação, excepcionar a aplicação da literalidade de um texto normativo quando sua incidência for deletéria ao desempenho de

¹⁵ Sobre a instrumentalidade do processo administrativo, ou seja, entendendo-o como espaço adequado para sopesamento dos diversos interesses subjacentes a um processo de tomada de decisão estatal, pressuposto não só para a tutela de direitos individuais e coletivos, como para um agir público eficiente, ver Medauar (2008, p. 65 et seq.) e Schirato (2010).

¹⁶ Note-se que mesmo doutrinadores que adotam como ponto de partida para suas reflexões o que poderíamos chamar de uma perspectiva um tanto romântica da relação entre lei e ato administrativo não recusam, de longa data, que a suposta “estruturada vinculação” do gestor à vontade do Parlamento, na prática, quase não existe, seja pelos textos normativos serem impregnados de conceitos jurídicos indeterminados, seja pela atribuição expressa de discricionariedade para o executor de seus comandos, fenômeno que admitem ser condição para o bom desempenho de suas atribuições nas mais diversas situações. Destacamos, a respeito, passagem dos ensinamentos de Afonso Rodrigues Queiró (1969, p. 2): “A Administração é a longa manus do legislador — é, em suma, a lei em ato; simplesmente, o legislador, para não prejudicar, pela má qualidade ou pela inadequação relativa dos atos da Administração, a mais perfeita realização do interesse público, raramente vai ao ponto de predeterminar a atividade administrativa, em termos de ela não ser, afinal de contas, mais do que uma versão em concreto da vontade legislativa, que é abstrata e formulada, portanto, para tipos de casos. O mais das vezes, o legislador concede à Administração o poder de escolher, dentro de uma série mais ou menos ampla de comportamentos em princípio igualmente lícitos, aquele que deve ser utilizado para a prossecução do fim que ele deseja ver realizado” (1969, p. 2).

¹⁷ Em passagem de lucidez ímpar, a qual já fizemos referência em mais de uma oportunidade em nossos estudos, Miguel Reale, ao discorrer sobre a tensão entre textos escritos da lei parlamentar e os padrões de conduta vividos pela população, pontua: “há um trabalho, por assim dizer, de desgaste ou de erosão das normas jurídicas, por força do processo vital dos usos e costumes. O hábito de viver vai aos poucos influenciando nas normas jurídicas, mudando-lhes o sentido, transformando-as até mesmo nos seus pontos essenciais, ajustando-as às necessidades fundamentais da existência coletiva” (2002, p. 583). Em sentido próximo, confira-se Carlos Maximiliano (2011, p. 137 et seq.).

¹⁸ Passagem inspirada na crítica formulada por Agustín Gordillo acerca da visão da legalidade nutrida em muitas repartições públicas de países Latino Americanos (1981, p. 107).

suas atribuições ou então construir soluções criativas para desafios imprevistos, desde que de **modo devidamente motivado**,¹⁹ não violando as diretrizes maiores que disciplinam o exercício da função pública em nosso país.

Em outras palavras, ao extrair do direito escrito uma conclusão do que *pode* ou do que *deve ser* feito em uma dada circunstância, o gestor, tal qual o magistrado, deve avaliar o que lhe diz não só a lei formal, interpretada segundo a Constituição, como também os **costumes**, os **princípios** gerais do Direito, a **doutrina**, a **jurisprudência** e seus próprios **precedentes**.

O compromisso do servidor deve ser antes de tudo com o destinatário da ação estatal, com o cidadão, com a tutela de seus direitos e a cobrança dos respectivos deveres, e não com o cumprimento cego e supostamente neutro de textos legais, como se estes fossem expressão de uma vontade divina infalível, cujos comandos devessem se impor às pessoas sem qualquer filtro acerca de sua utilidade para o bem comum, de sua proporcionalidade para com os sacrifícios que exigem *vis-à-vis* os benefícios que produzem para a vida em coletivo.

5. Casuística

Para ilustrarmos nossa hipótese, destacamos três impasses-tipo que podem ser observados no dia a dia do exercício da função pública nas diversas esferas de governo existentes em território nacional e que, a nosso ver, poderiam ser evitados caso os agentes responsáveis pelas decisões respectivas se pautassem por uma interpretação teleológica e proporcional dos comandos normativos que disciplinam suas atividades.

5.1. Das palavras sagradas do edital

O edital de um concurso ou de uma licitação equivale à lei do respectivo certame,²⁰ e, assim como se passa com a lei parlamentar, não raramente tem seus termos aplicados de forma draconiana pelas autoridades públicas,²¹ sem qualquer consideração para com seus efeitos deletérios na esfera jurídica dos privados ou mesmo para com seus efeitos úteis para a própria Administração.

Nesse capítulo da história da nossa burocracia observa-se de tudo, menos bom senso²² e preocupação com a eficiência no exercício da função administrativa.

¹⁹ Para maior desenvolvimento sobre nossa visão acerca do ônus de motivação das decisões administrativas como desdobramento do imperativo de prestação de contas a cargo das autoridades públicas, ver nossa tese *Governança Pública na Administração Contemporânea*, Faculdade de Direito da USP, 2017 (p. 124 et seq.).

²⁰ Segundo a dicção do art. 4º da Lei 8.666/1993: “Art. 4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm *direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento* estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza *ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública*” (grifo nosso).

²¹ E, em especial quanto a este aspecto, certamente a redação prevista no *caput* do art. 41 da Lei nº 8.666/1993 vai ao encontro de um suposto automatismo no exercício da função pública, segundo o ideal de que a singela observância do texto do edital basta para satisfação do interesse público nas mais variadas hipóteses em que este sirva de instrumento para organização de um procedimento isonômico dirigido a seleção de propostas mais vantajosas para a Administração. Confira-se a redação de tal dispositivo: “Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada” (ibidem).

²² Algumas vezes a falta de razoabilidade na interpretação dos textos editais é de tal ordem que se questiona mesmo se há boa-fé da autoridade no desempenho de tal tarefa. E a boa-fé, vale lembrar, apesar de não constar textualmente do art. 37 *caput* da Constituição de 1988, é um postulado que, como princípio geral do Direito, tem plena incidência na missão de aplicação de textos normativos por parte de nossos servidores (DROMI, 1973, p. 475).

Se em um edital é previsto como requisito para assunção de cargo público a apresentação de *certidão de colação de grau em curso superior*, caso um documento com tais dizeres sacramentais não tenha sido expedido por uma dada instituição de ensino, ainda que por fato alheio à vontade do estudante, muitas vezes não se aceita que este demonstre a satisfação do requisito em tela de outro modo.²³

Na mesma linha, se um edital de licitação prevê que as empresas interessadas em contratar com o Estado devem entregar suas propostas em duas vias, a ausência de uma delas pode “normalmente” levar à sua desclassificação, nada obstante o teor de sua oferta ser significativamente mais vantajoso para a Administração do que o das suas concorrentes.²⁴

A previsão em edital de critérios técnicos desnecessários para aferir se a empresa candidata a contratar com o Estado está em condições de bem realizar o objeto da futura avença a ser firmada entre Poder Público e particular é fenômeno que também já foi alvo de judicialização, com afastamento de exigências que não revelam qualquer utilidade para o procedimento de escolha a cargo do gestor.

A respeito, confira-se o seguinte julgado do C. Superior do Tribunal de Justiça, datado de 2004:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CARTA CONVITE. EXIGÊNCIA EDITALÍCIA COM FORMALISMO EXCESSIVO. DESCLASSIFICAÇÃO. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE. 1. Recurso especial oposto contra acórdão que concedeu segurança postulada pela empresa recorrida por ter a recorrente desclassificado-a em procedimento de licitação carta convite, ao entendimento de que a CEF teria feito, em seu edital licitatório, exigência com um formalismo excessivo, consubstanciado que a licitante apresentasse, junto com sua proposta, catálogos técnicos ou prospectos do sistema de ar-condicionado, que foi objeto do certame. 2. A fim de resguardar o interesse público,

²³ A título de exemplo, confira-se a situação tratada na Apelação nº 1002087-60.2016.8.26.0127, de relatoria do Desembargador Ponte Neto, componente da 8ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Eis o texto da respectiva ementa: “APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA – CONCURSO PÚBLICO – Posse em cargo público sem a apresentação de diploma Professora de Educação Básica – Candidata regularmente aprovada no certame – Ausência de documentação apta à comprovação de licenciatura em curso superior – Apresentação de Certificado de Conclusão de Curso emitido pela Instituição de Ensino, que supre os requisitos de escolaridade exigidos no edital – Medida adotada pela Administração que se mostra excessiva – Precedentes do C. STJ e desta C. Câmara de Direito Público – Ratificação dos fundamentos da r. sentença, cujos elementos de convicção não foram infirmados (art. 252 do RITJSP/2009) Sentença mantida Reexame necessário e recurso de apelação não provido” (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Ponte Neto – Apelação nº 1002087-60.2016.8.26.0127 – vu – data do julgamento 19/10/16). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

²⁴ “REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – MODALIDADE: TOMADA DE PREÇO – Desclassificação da impetrante por ofensa a item do Edital, que exigia a apresentação da proposta em 2 (duas) vias, sendo que foi ofertada apenas em 1 (uma) via, desconsiderando o fato de que, foi a concorrente que ofertou preço global mais vantajoso – “O princípio da vinculação ao edital seja “absoluto” a ponto de obstar à Administração ou ao próprio Judiciário interpretá-lo, inclusive à luz do princípio da razoabilidade, para melhor aferir seu sentido e compreendê-lo, impedindo que o rigor excessivo venha a afastar da licitação possíveis proponentes e prejudicar uma das suas finalidades, mas tomando-se cuidado para não haver quebra de princípios legais ou constitucionais, como o da legalidade estrita. O importante é que o formalismo não desclassifique propostas “eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes” (STJ, 1ª Sec., MS 5.418).” – Excesso de formalismo afastado, para que a impetrante apenas participe do certame licitatório, na medida em que impossível declará-la vencedora – AJUSTE DA PARTE DISPOSITIVA DA R. SENTENÇA, NESSE SENTIDO, COM A PARCIAL CONCESSÃO DA SEGURANÇA – REEXAME NECESSÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO” (TJSP – 8ª Câmara de Direito Público – Apelação nº 0002881-24.2014.8.26.0142 – Des. Rel. Antonio Celso Faria – vu – Comarca: Colina – Data do julgamento: 18/11/2015). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

é assegurado à Administração instituir, em procedimentos licitatórios, exigências referentes à capacidade técnica e econômica dos licitantes. No entanto, é ilegal a desclassificação, na modalidade carta convite, da proposta mais vantajosa ao argumento de que nesta não foram anexados os manuais dos produtos cotados, cuja especificação foi realizada pela recorrida. 3. Recurso não provido (STJ – T1 – Min. Rel. José Delgado – Resp. – nº 657.906/CE – vu – data do julgamento 04/11/2004) (g.n.).

5.2. Do texto legal aquém do útil

Prevê a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), em seu art. 13, a obrigação de o agente público prestar anualmente junto à repartição pública à qual está vinculado sua declaração de bens.

Eis a redação do dispositivo:

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa. (grifo nosso)²⁵

Considerando que o texto legal em questão não prevê expressamente que haverá algum controle sobre as informações apresentadas pelo agente público por parte do responsável pela recepção de tais dados, como uma verificação, ainda que perfunctória, sobre registros atípicos de sua evolução patrimonial, no mais das vezes o comando normativo sob exame resta sem qualquer utilidade prática.²⁶

²⁵ Disponível em: <<https://bit.ly/1EJAozd>>. Acesso em: 17 abr. 17.

²⁶ Sobre o ponto, confira-se passagem de matéria publicada no jornal Estado de São Paulo em 22/04/2014, após o registro de ter faltado à Lei nº 8.429/1992 estabelecer qual órgão público deveria controlar as informações sobre a evolução patrimonial dos servidores: “É sabido, no entanto, que a maioria dos servidores não fornece nem disponibiliza as informações relativas a bens e valores que compõem o seu patrimônio, tampouco as atualiza anualmente, em que pese a obrigatoriedade estabelecida em lei. As áreas de pessoal dos órgãos e entidades em que esses servidores atuam não têm, em sua grande maioria, controle da entrega dessas informações (há casos em que os envelopes lacrados que deveriam conter as informações de bens e valores são entregues vazios). Quando o servidor faculta o acesso à sua DIRPF, a CGU não recebe as informações fiscais, em função de problemas operacionais da Receita Federal. Assim, diversas alternativas têm sido consideradas com a finalidade

Isso porque, como é sabido, caso haja fundada suspeita de que um dado servidor tenha cometido crime ou ato de improbidade administrativa, judicialmente seu sigilo fiscal pode ser quebrado, o que redundará na obtenção pela autoridade judicial das informações referidas no art. 13 da Lei nº 8.429/1992.

Logo, se houvesse qualquer inovação alvissareira quanto ao tema advinda da legislação sob exame, esta seria justamente a de propiciar um controle administrativo do enriquecimento sem causa de funcionários públicos.

Nada obstante, como a lei não fora textual quanto à existência de tal competência, o que normalmente se observa é o ritual, repetido anualmente, de recepção de milhares de declarações de imposto de renda pelos setores de Recursos Humanos encarregados da dita atribuição, sem qualquer conferência destas informações no âmbito do próprio Poder Executivo, como se os referidos órgãos fossem meros bancos de dados (que já estão devidamente armazenados junto à Receita Federal).²⁷

5.3. Da redução teleológica – uma questão?

Um terceiro impasse-tipo de como a leitura que os gestores fazem do princípio da legalidade impacta negativamente na performance de suas atribuições é, a nosso ver, o fato de estes não fazerem a adequada **não aplicação de um determinado comando normativo** sempre que em uma dada situação não estiver presente o motivo que é a razão de ser da aprovação de um ato geral e abstrato seja pelo Parlamento ou seja pelo próprio Poder Executivo.

Em hermenêutica a técnica é conhecida como “redução teleológica” ou então reflete a célebre fórmula de incompatibilidade entre a incidência em concreto da redação “fria” da lei e o seu espírito (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 295-296; MAXIMILIANO, 2011, p. 161-165; PERELMAN, 2000, p. 657 et seq.), o que deveria, em condições normais de temperatura e pressão, conduzir à inaplicabilidade do texto, já que este tem por propósito alcançar certo resultado na realidade (e não o seu oposto).

O servidor autômato, contudo, não faz a referida distinção e, como a *longa manus* do Legislador, cumpre servilmente o que lhe diz a lei (como se esta de fato tivesse vida própria e não fosse apenas uma das fontes do Direito, cujo significado cogente ou autorizativo na realidade devesse ser dito pelo seu intérprete – uma pessoa de carne, osso e discernimento, espera-se).

Nesse contexto é que enquadramos, por exemplo, aplicações que entendemos irrazoáveis do princípio de gratuidade previsto para certos serviços públicos, o que, em sendo aplicado a ferro e fogo, acaba por destinar a cidadãos de estratos sociais mais abastados

de assegurar à administração pública que o servidor entregue sua declaração de bens e valores patrimoniais” (COUTINHO, 2014. Disponível em: <http://bit.ly/2H47r6E>. Acesso em: 18 abr. 2017).

²⁷ No âmbito do Município de São Paulo, por exemplo, a primeira vez que se teve notícia sobre a verificação sistemática das informações constantes das declarações de imposto de renda entregues por seus servidores para fins de detecção e combate à corrupção deu-se em 2013, com a criação da Controladoria Geral do Município – CGM pela Lei Municipal nº 15.764/2013 (art. 118 et seq.). No âmbito de tal órgão, passou a incumbir à Corregedoria expressamente “acompanhar a evolução patrimonial dos agentes públicos do Poder Executivo Municipal, com exame sistemático das declarações de bens e renda, e observar a existência de sinais exteriores de riqueza, identificando eventuais incompatibilidades com a renda declarada, por meio, inclusive, de acesso aos bancos de dados municipais e de outros entes, além de requisição de todas as informações e documentos que entender necessário, instaurando, se for o caso, procedimento para a apuração de eventual enriquecimento ilícito” (inciso III do art. 135 da LM nº 15.764/2013. Disponível em: <http://bit.ly/2VmC5fg>. Acesso em: 18 abr. 2017).

recursos escassos que deveriam ser prioritariamente destinados a pessoas em situação de vulnerabilidade econômica.²⁸

Na mesma linha ilustram disparates que frequentam os Tribunais em ações que questionam o inusitado (como cobrança de IPVA sobre veículo atestado pelo órgão de trânsito como ferro velho)²⁹ ou então o impossível (necessidade de retirada de veículo apreendido em razão de falta de inspeção técnica justamente para viabilizar tal exame).³⁰

²⁸ Em estudo anterior já nos manifestamos contrariamente ao acesso ilimitado ao Serviço Único de Saúde (SUS) quando os respectivos usuários tenham plano saúde ou então tenham condições de custear por meios próprios terapias não padronizadas no âmbito de tal sistema (CUNHA FILHO, 2015, p. 16-18). No que se refere à rede pública de ensino, a questão é um pouco mais complexa, à vista da previsão em nível constitucional do princípio da gratuidade em estabelecimentos oficiais (art. 206, IV da CR). Nada obstante, seja via reforma constitucional, seja via aplicação teleológica do quadro normativo vigente, entendemos que ainda há muito a ser feito rumo a desenhos institucionais que favoreçam a garantia de um serviço educacional público de qualidade em nosso país, que seja gratuito para quem esteja em situação de vulnerabilidade econômica e, se o caso, parcialmente custeado por quem detenha condições financeiras para tanto. De qualquer modo vale o registro de que a questão é polêmica entre nós, mesmo para cobrança por cursos de pós-graduação promovidos em estabelecimentos públicos. A respeito, confira-se: “Curso de pós-graduação lato sensu em estabelecimento oficial (USP). Cobrança de mensalidades pela demandante, fundação de direito privado. Ofensa ao princípio da gratuidade do ensino público. Art. 206, IV, da CF. Descabimento. Cobrança que revela maneira transversa de imputar a demandada custeio do que é gratuito. Precedente deste TJSP. Preclusão reconhecida com relação a documentos juntados com a apelação. Sentença mantida nos termos do art. 252 do RITJSP. Apelação desprovida” (TJSP – 26ª Câmara de Direito Privado – Des. Rel. Paulo Camargo Magano – Apelação nº 1009937-80.2014.8.26.0566 – data do julgamento 03/12/2015). Em sentido contrário: “Agravado de Instrumento – Mandado de segurança – Liminar – Curso de pós-graduação lato sensu – USP – Cobrança de matrícula e mensalidade – Requisitos legais para a concessão da liminar verificados – Princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais – Decisão mantida – Recurso desprovido” (TJSP – 4ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Ana Liarte – Agravado de Instrumento nº 2081010-76.2016.8.28.0000 – data do julgamento 12/09/2016). Reflexão interessante sobre os questionamentos verificados no sistema jurídico francês quanto à instituição de política tarifária na prestigiada Sciences-Po de Paris, levando em conta a renda familiar dos respectivos estudantes, pode ser vista em Martine Long, (2004, em especial na p. 690 et seq.). A respeito, Long ainda nos dá notícia de que na França há fundamento legal expresso para a tarifação de serviços públicos facultativos (art. 147 da Lei de Orientação de Luta contra as Exclusões), desde que tal cobrança não supere o custo da prestação e não impeça o acesso de usuários sob o pretexto de estes terem acesso às utilidades em tela no mercado de consumo (2004, p. 693). No que se refere ao acesso ao nosso Poder Judiciário, a conclusão não pode ser diferente. Ao se garantir a alguns litigantes gratuidade mediante apresentação de mera declaração de pobreza, sem se exigir em concreto demonstração de impossibilidade de recolhimento das custas pertinentes, acaba-se por se conferir a certos indivíduos, que muitas vezes têm condições econômicas muito superiores à média do cidadão brasileiro, o privilégio de ter acesso a um serviço caro, específico e divisível, cuja fonte de custeio, se não recair sobre seus usuários, estará nos impostos recolhidos de toda a população.

²⁹ “Apelação – Ação Anulatória de Débito Fiscal – IPVA – Pretensão de não pagamento de débito de IPVA – Veículo objeto de sinistro – Perda total – Descaracterização como ‘veículo automotor’ – Definição prevista no art. 1º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 13.296 – Sucata ou salvado – Afastamento do fato gerador para fins de incidência do imposto – Irrelevância quanto ao fato de não ter o autor observado o procedimento estabelecido pela Fazenda – Verba honorária arbitrada em R\$ 1.000,00 – Cabimento – Observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, bem como aos critérios do art. 85 do CPC (vigente) – Precedentes do E. STJ, deste Egrégio Tribunal de Justiça e desta E. 11ª Câmara de Direito Público – Sentença de procedência mantida – Recurso improvido” (TJSP – 11ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Marcelo Theodósio – Apelação nº 0007220-51.2014.8.26.0457 – vu – data do julgamento 14/03/2017). Nesse precedente, curioso notar que o relator do acórdão registra que, apesar de ser incontroverso que o veículo em questão teve perda total em razão de acidente, a Fazenda insiste na legitimidade da cobrança do imposto impugnada pelo contribuinte, já que este supostamente não teria feito uma comunicação formal a respeito do Detran nos termos do que prevê a Resolução do CONTRAN nº 11/98 (art. 1º, I, III, IV e §2º) e do Código de Trânsito Brasileiro (art. 126 e art. 240) (p. 4 do acórdão, disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 abr. 17). Ou seja, apesar de haver prova cabal de que o bem não mais existe, dado às vezes atestado pelo próprio Detran (como já tivemos a oportunidade de testemunhar em mais de uma oportunidade no exercício da jurisdição junto às Varas da Fazenda da Capital de São Paulo), a Administração entende como regular exação que tem por fundamento a sua propriedade até que o cidadão faça tal provocação formal (e em algumas hipóteses apesar desta).

³⁰ “INSPEÇÃO VEICULAR. São Paulo. Lei Municipal nº 11.733/95 e 14.717/08. Veículo apreendido em outro Estado. Dispensa excepcional da inspeção e liberação do licenciamento. – A decisão agravada não afastou a legalidade da inspeção veicular; permitiu, tão somente, o licenciamento do veículo do impetrante ante a inusitada situação: a Polícia Rodoviária Federal só libera o veículo, apreendido em Tocantins, mediante a regularização do licenciamento; e o licenciamento só é regularizado mediante a aprovação do veículo na inspeção veicular realizada em São Paulo, que não pode ser realizada pela apreensão do veículo. Situação excepcional que justifica a solução excepcional. Inviabilidade de cancelamento do licenciamento, depois de concedido. – Agravado a que se nega seguimento. Aplicação do art. 557 do CPC. Agravado interno desprovido” (TJSP – Câmara

Nas hipóteses referidas, cabe ao servidor, atento à repercussão na realidade de suas decisões, excepcionar a incidência dos atos normativos que lhe incumbe aplicar quando sua observância cega redundar no absurdo.³¹

Por outro lado, quando tal operação não for possível no nível do individual e concreto, ao menos sem que haja prejuízo para a racionalidade organizacional de um dado serviço, deve o órgão estatal instar seu superior hierárquico quanto à provocação das instâncias pertinentes para um melhor desenho institucional da atividade sob sua responsabilidade, que se pautar pelo emprego mais racional dos preciosos recursos materiais à disposição do Estado para a satisfação de carências coletivas.

6. Conclusão

O processo histórico que culminou na adoção de técnicas burocráticas de exercício de poder pelo Estado de Direito não foi linear e nem é algo acabado, imune a retrocessos (GIRGLIOLI, 2009, p. 127).

Embora cada país apresente peculiaridades quanto ao desenho organizacional de sua Administração Pública, pode-se destacar alguns aspectos comuns ao movimento de *burocratização* que marcou o surgimento do que se convencionou chamar de *Estado Moderno* em várias partes do mundo ocidental.

Ao lado de postulados positivos como *profissionalização do funcionalismo* e *gestão republicana do patrimônio público*, é recorrente na literatura especializada críticas ao **formalismo excessivo** da ação burocrática de tipo weberiano, o que redundaria em sua ineficiência.

Neste ensaio discorreremos sobre um dos pontos que nos parecem cruciais para explicar a patologia: a inadequada compreensão do papel do direito escrito (em especial o veiculado pela lei parlamentar) no processo de tomada de decisão do gestor.

Para reforçar a coerência de nossa hipótese, tratamos de três impasses-tipo observados no dia a dia das repartições públicas, os quais, imaginamos, não existiriam (ou pelo menos seriam bastante mitigados) caso os servidores assumissem o ônus que lhes cabe de interpretação teleológica, proporcional e de boa-fé dos atos normativos que devem aplicar no desempenho de suas funções.

Se o aprimoramento da qualidade de nossa Democracia, com a vinculação da burocracia estatal à realização dos direitos dos cidadãos, enfim, tornar-se uma política pública em território nacional, entendemos que esse é um desafio impossível de se ignorar.

Final de contas, para se cumprir o direito escrito como um autômato, sem o cuidado de se evitar efeitos deletérios na realidade e/ou lesão despropositada a direitos e interesses individuais ou coletivos, não há necessidade de intervenção do engenho humano.

Ou os gestores de alto ou baixo escalão se dão conta disso ou, testando a paciência dos governados, arriscam-se, cedo ou tarde, a ser substituídos.

Reservada ao Meio Ambiente – Des. Rel. Torres de Carvalho – Agravo Regimental nº 0428486-81.2010.8.26.0000/50000 – Data do julgamento: 02/06/2011). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/>>. Acesso em: 21 abr. 17.

³¹ Como o mantra da indisponibilidade do interesse público justificar condutas ruins ao erário, o que se observa com a propositura de ações judiciais para cobrança de valores irrisórios, ou então com a resistência de gestores a lançar mão de vias consensuais para solução de pendências com o particular, embora tal desfecho seja evidentemente mais vantajoso para as contas estatais, sob o pretexto de ausência de autorização legal expressa a respeito. Para maior desenvolvimento do ponto, ver na nossa tese (2017b, p. 161 et seq.).

Se não por humanos à altura das graves funções atribuídas à organização política, quem sabe no futuro por máquinas, quiçá com mais discernimento do que muitos daqueles que hoje ocupam cargos na nossa Administração.

7. Referências

- ARENDRT, Hannah. *The promise of politics*. New York: Schocken Books, 2005.
- CASSESE, Sabino. *Le basi del diritto amministrativo*. 5. ed. Milano: Garzanti, 1998.
- CHEVALLIER, Jacques. *Le service public*, 9. ed., Paris: PUF, 2012.
- CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Vinculação da administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o dever constitucional de o Estado prestar serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 9-20, abr.-jun. 2015.
- _____. Contratação do uso dos imóveis públicos – parklets: por que não? *Revista de Contratos Públicos – RCP*, ano 6, n. 10, p. 9-22, set.-fev. 2017.
- _____. *Governança pública na administração contemporânea*. 2017. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017-B.
- DROMI, José Roberto. *Instituciones de derecho administrativo*. Buenos Aires: Astrea, 1973.
- FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito – técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 13. ed. Brasília: Editora UnB, 2009. p. 124-130.
- GORDILLO, Agustín. *Problemas del control de la administración pública en América Latina*. Madrid: Civitas, 1981.
- GRAEBER, David. *Bureaucratie: L'utopie des règles*. Tradução Françoise et Paul Chemla. Arles: Babel, 2015.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- LASSALE, Ferdinand. *Qu'est-ce qu'une constitution?* Arles: Sulliver, 1999.
- LONG, Martine. Discrimination positive et accès à Sciences-Po. *L'Actualité Juridique – Droit Administratif – AJDA*, Paris, n. 13, p. 688-694, avril 2004.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1. p 287-328.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MATHIOT, André. Bureaucratie et démocratie. In: LAUBADÈRE, André de et al. *Pages de doctrine*. Paris: LGDJ, 1980. p. 223-252.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- _____. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrador brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- NIETO, Alejandro. *La “nueva” organización del desgobierno*. Barcelona: Ariel, 2015.
- NOGUEIRA, Marco Aurélio. Burocracia. In: GIOVANNI, Geraldo di; NOGUEIRA, Marco Aurélio (orgs.). *Dicionário de políticas públicas*. 2. ed. São Paulo: Editora Unesp; Fundap, 2015. p. 106-110.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- POGGI, Gianfranco. *La burocrazia – natura e patologia*. Roma; Bari: Laterza, 2013.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. Os limites do poder discricionário das autoridades administrativas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 97, p. 1-8, ago. 1969.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia. In: MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor R. (orgs.). *Atuais rumos do processo administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 9-51.
- SOUZA FILHO, Rodrigo de. *Gestão pública e democracia – a burocracia em questão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- WEBER, Max. *Wirtschaft und Gesellschaft – Herrschaft*, Band I, 22-4. Tübingen: Mohr Siebeg, 2009.
- WEHLING, Arno. *História administrativa do Brasil – administração portuguesa no Brasil de Pombal a D. João (1777-1808)*. Brasília: Funcep, 1986.

Controle de legalidade do ato administrativo e a segurança jurídica: o caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras

*Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. O caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras; 3. Controle de legalidade dos atos administrativos e segurança jurídica; 3.1. Controle como função; 3.2. Dever de anular e dever de convalidar; 3.2.1. O decurso do tempo como fonte de direitos – legalidade X segurança jurídica; 3.2.1.1. Prazo para exercício da autotutela administrativa; 3.2.2. Necessidade de observância do devido processo legal; 4. Qualquer nulidade pode ser convalidada?; 4.1. Peculiaridades do caso: concessão de pensão à pessoa em razão de seu gênero e estado civil; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

Atendendo a gentil convite dos nossos coordenadores Luciana Almeida Prado Bresciani e Luis Francisco Aguilar Cortez, decidimos tecer algumas considerações sobre o alcance da competência de autotutela da Administração.

Como mote deste ensaio está o caso da anulação das pensões concedidas a filhas solteiras de policiais militares do Estado de São Paulo pela SPPrev, medida adotada em massa pela autarquia estatal a partir do segundo semestre de 2013, que gerou milhares de ações junto às Varas da Fazenda Pública da Capital.

O tema de fundo tem inúmeras nuances, cada qual a reclamar solução jurídica conforme suas particularidades.

De qualquer modo podemos destacar uma “situação tipo” da avalanche de lides envolvendo a matéria, que servirá de pretexto para desenvolvermos algumas ideias caras ao Direito (administrativo), como a de devido processo legal e a dos deveres de tutela da legalidade e da segurança jurídica pela organização política.

2. O caso do cancelamento das pensões de filhas solteiras

A concessão de pensões às filhas de agentes públicos em razão de seu estado civil é instituto que certamente merecerá seu lugar em nossa história de idiosincrasias e de desafios na busca de superação de um modelo burocrático disfuncional.²

¹ Mestre e Doutorando em Direito do Estado. Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura. Pesquisador vinculado ao CEDAU.

² O tema foi objeto de recente matéria na mídia nacional, retratando pensionistas da alta sociedade brasileira, algumas com filhos, mas que não contraíram núpcias de modo tradicional com seus parceiros, razão pela qual permaneceram na folha de pagamento do erário. Embora sob as lentes do século XXI seja difícil encontrar vozes entusiasmadas na defesa de tal tipo de benefício, fica a curiosidade sobre as razões que levaram determinadas classes de servidores a ter incluído em seu estatuto

No âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo, o benefício era previsto no inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974,³ que teria tido vigência até o advento da Lei nº 9.717/1998,⁴ contudo a Administração só teria se dado conta de tal fato em 2014,⁵ quando resolveu, do dia para a noite, suspender cautelarmente os benefícios concedidos a tal título para milhares de beneficiárias da Caixa.

No momento em que finalmente os agentes do Estado se deram conta de que há anos vinham concedendo pensões sem amparo legal,⁶ estes passaram, imagina-se que seguindo orientação superior, a obstar os referidos pagamentos “cautelaramente”, sem ao menos ouvir as pessoas afetadas pela medida.

Em decorrência da “presteza” da Administração na tutela do interesse público, mulheres que há décadas contavam com tal verba de caráter alimentar para prover suas subsistências, algumas a essa altura já idosas, foram surpreendidas pela decisão unilateral do Estado de cancelar tais pagamentos.

3. Controle de legalidade dos atos administrativos e segurança jurídica

O fato de a Administração ser regida pela lei implica a necessidade de controle⁷ eficaz para que o exercício da atividade estatal não se afaste dos ditames previstos em tal tipo normativo.

funcional a referida benesse, bem como se em outras democracias ocidentais há (ou houve) previsões normativas análogas. A respeito do fenômeno e de seu custo no Brasil, ver texto assinado por Raphael Gomide, datado 19/11/2013, publicado na revista Época. Disponível em: <<https://glo.bo/JlQ01Y>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

³ Art. 8º da Lei estadual nº 452/74 – “São beneficiários obrigatórios (do regime previdenciário): I – o cônjuge sobrevivente; II – os filhos varões, menores de 21 anos ou, se estiverem frequentando curso de nível superior, menores de 25 anos, bem assim os inválidos; III – as filhas solteiras, menores de 25 anos, ou inválidas”. Disponível em: <<https://bit.ly/2Eh5ZNp>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁴ Art. 5º da Lei nº 9.717/98 – “Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal não poderão conceder benefícios distintos dos previstos no Regime Geral de Previdência Social, de que trata a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, salvo disposição em contrário da Constituição Federal”. De qualquer modo é importante registrar a existência de entendimento jurisprudencial no sentido de que só após a LC estadual 1.013/07 é que não mais estaria vigente a hipótese de concessão de pensão à filha solteira no Estado de São Paulo, já que os benefícios previdenciários instituídos antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003 teriam sido ressalvados pelos respectivos termos. A respeito, ver, por exemplo, passagem do voto do Des. Paulo Dimas Mascaretti na Apelação nº 0000109-98.2013.8.26.0053 – Voto nº 21.661, data do julgamento 12/08/2015, p. 17-18.

⁵ Embora a decisão da Administração em cumprir o art. 5º da Lei 9.717/98 tenha se dado só a partir de 2013, desde a LC estadual 1.013/07 o art. 8º da Lei estadual nº 452/74 já tinha tido sua redação alterada para suprimir as filhas solteiras do respectivo rol de beneficiários de pensão. Confira-se a nova redação do art. 8º – “São dependentes do militar, para fins de recebimento de pensão: I – o cônjuge ou o companheiro ou companheira, na constância, respectivamente, do casamento ou da união estável; II – os filhos, de qualquer condição ou sexo, de idade igual à prevista na legislação do regime geral da previdência social e não emancipados, bem como os inválidos para o trabalho e os incapazes civilmente, esses dois últimos desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar; III – os pais, desde que comprovadamente vivam sob dependência econômica do militar, e não existam dependentes das classes mencionadas nos incisos I ou II deste artigo, ressalvado o disposto no parágrafo § 3º deste artigo”. Disponível em: <<https://bit.ly/2Zk0t5e>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁶ Para o que talvez tenha contribuído a falta de lógica do sistema de consulta de legislação vigente no Estado de São Paulo, que, diferentemente do adotado pela União, em regra não apresenta seus textos normativos consolidados com as alterações que lhe foram feitas pelas leis subsequentes, destacando as passagens revogadas. Essa dificuldade de acesso ao texto da lei válido certamente é um sério obstáculo para a concretização do Estado de Direito entre nós, que obviamente pressupõe que haja um esforço do Poder Público em dar conhecimento aos destinatários da norma (cidadãos e servidores) quanto ao seu exato teor. Para que se tenha precisa noção do que estamos tratando, vide Lei Nº 452/1974. Disponível em: <<https://bit.ly/2QJVsQS>>. Acesso em: 3 fev. 2016.

⁷ O controle administrativo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles, é “todo aquele que o Executivo e os órgãos de administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as

Esse controle pode ser feito tanto no âmbito do próprio órgão público executor da função (autotutela) como por órgão diverso deste (heterotutela).

Em ambos os casos, contudo, é fundamental ter-se em mente que o Poder Público não está vinculado apenas ao quanto previsto no texto expresso da lei parlamentar, mas também ao Direito como um todo,⁸ criação do espírito humano que dá forma ao que chamamos de Estado (que, não é demais lembrar, também não pertence ao mundo fenomênico),⁹ regulando seu funcionamento a partir da ação das pessoas que recebem de seus semelhantes a atribuição de gerir o bem comum.

3.1. Controle como função

Se a atividade do Estado é instrumental para criar/manter as condições indispensáveis para vida digna das pessoas em sociedade,¹⁰ o controle, enquanto parte daquela, também não pode ser tido como um fim em si mesmo, devendo sempre preocupar-se com seus reflexos no resultado a ser alcançado pela intervenção do Poder Público na realidade.

O controle de legalidade do ato administrativo, assim, não pode ser indiferente a suas repercussões danosas na esfera jurídica dos destinatários da ação estatal, bem como não pode ter fim único aquele que igualmente não pode ser o primeiro norte da ação governamental: a satisfação de interesses meramente econômicos dos gestores da vida em comum.¹¹

necessidades do serviço e as exigências técnicas ou econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito. Sob ambos esses aspectos pode e deve operar-se o controle administrativo para que a atividade pública em geral se realize com legitimidade e eficiência, atingindo a sua finalidade plena que é a satisfação das necessidades coletivas e atendimento dos direitos individuais dos administrados” (MEIRELLES, 1990, p. 566). Como se vê, o controle a cargo da Administração vai além da mera aferição de compatibilidade de certo ato com a lei, correspondendo à fiscalização de cumprimento pelo Estado dos fins que justificam sua própria existência. Ainda voltaremos ao ponto no corpo deste estudo.

⁸ Sobre a vinculação da Administração ao Direito, e não só à lei, vale lembrar os dizeres da Declaração de Direitos de 1789, segundo a qual passou a ser reconhecido como finalidade de toda organização política a defesa dos direitos inerentes, e portanto inalienáveis e imprescritíveis, do ser humano (art. 2º). Nestes termos, tem-se que a atividade administrativa é serva da proteção dos direitos das pessoas, que necessariamente vão além de sua conformação meramente legal, refletindo anseios transcendentais de justiça nas relações estabelecidas entre os membros de uma comunidade, de acordo com a representação que estes têm de uma ordem socioeconômica ideal. Dentre a miríade de autores que trataram da vinculação da organização política aos direitos fundamentais, ver, entre nós, os estudos de Ingo Wolfgang Sarlet (2006) e de Gustavo Binenbojm (2008). Nossa visão sobre o tema pode ser consultada em *Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde* (2015).

⁹ O Estado, criação do Direito, não tem existência corpórea. Procurando definir o Estado quanto a aspectos sensíveis de sua presença entre nós, poderíamos chamá-lo de uma forma de colaboração entre os indivíduos fundada na divisão política entre governantes e governados. E essa forma de colaboração dá-se não só com base na lei parlamentar, como com fundamento no ordenamento jurídico como um todo, que abarca ainda a Constituição, os princípios gerais do Direito, costume e doutrina.

¹⁰ Questionando a adequação do regime de liberdade perante a lei garantida ao particular como pauta adequada para atuação da Administração, assim pontua Gustavo Binenbojm (2008, p. 140): “Para o Estado, contudo, tal ideia (da vinculação negativa à lei) mostra-se inadequada, já que aquele não existe como fim em si mesmo, mas como um instrumento erigido democraticamente, por intermédio do direito, para realizar as finalidades que lhe foram ditadas pela sociedade política”.

¹¹ Sobre a importância do adequado funcionamento do controle para o bom desenvolvimento da atividade administrativa conferir Conti e Carvalho, (2011), Medauar (2014) e Schirato, (2015).

3.2. Dever de anular e dever de convalidar

No controle de legalidade de um ato administrativo há basicamente quatro desfechos possíveis: o ato pode ser anulado (com ou sem efeitos retroativos) ou então mantido (caso seja possível sanar o respectivo vício ou em razão do decurso do prazo decadencial para a medida corretiva).

Importante sob tal aspecto, a desmistificação quanto à suposta necessidade de um ato ilegal ser sempre anulado pela autoridade, independentemente de quão trágicas possam ser as consequências da medida para a coletividade.¹²

Evidente que, em princípio, um ato que ofenda um texto de lei deve ser retirado do mundo jurídico, até para que se prestigie a higidez do conjunto de regras que disciplinam a vida em comum, evitando-se, assim, novas violações a seus termos.

Há situações, contudo, em que terceiros que não concorreram para a ilicitude podem ser gravemente atingidos pela anulação do ato ou então nas quais não faz mais sentido a alteração de uma realidade fática que, após o decurso de vários anos, consolidou-se.

3.2.1. O decurso do tempo como fonte de direitos – legalidade x segurança jurídica

Uma discussão sempre instigante está na postura a ser adotada pelo Poder Público ao se deparar com dados da realidade em descompasso com a lei parlamentar.

Por mais que haja um esforço para compreender os fatos no mundo jurídico, a dinâmica própria das vidas das pessoas por vezes teima em se desenvolver à margem das normas aprovadas pelas casas legislativas.

As razões para tanto são diversas, e foge ao estreito propósito deste ensaio sondá-las.¹³

O que nos preocupa neste espaço, como pressuposto para análise da juridicidade da atividade de autotutela da Administração no cancelamento das pensões que vinham sendo pagas para as filhas solteiras de policiais militares, é o seguinte: assumindo que houve ilegalidade na concessão do benefício, seja a partir da promulgação da Lei federal nº 9.717/1998 ou da Lei complementar estadual nº 1.013/2007, o controle do ato deverá redundar inexoravelmente em sua anulação?

¹² A respeito, observe-se como Vitor Rhein Schirato define autotutela: “A autotutela da Administração Pública é a capacidade de que ela goza de corrigir os vícios de seus próprios atos, seja por meio da anulação (retirada dos efeitos do ato viciado), seja por meio da convalidação (correção dos vícios com preservação dos efeitos do ato)” (2015, p. 33). No mesmo sentido, aliás, prescreve o direito positivo. Confira-se, a respeito, o teor do art. 55 da Lei 9.784/99: “Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração”. Sobre o dever (e não meramente faculdade) de convalidação, quando possível o saneamento do vício e conformidade com interesses públicos e privados envolvidos, ver ainda o arts. 10 e 11 da Lei nº 10.177/1998 do estado de São Paulo.

¹³ Nesse espaço nos parece importante apenas destacar que além de situações em que a violação da lei seja motivada pela vontade de alguns indivíduos obterem para si vantagens indevidas, há outras, mais complexas, em que a desproporcionalidade dos respectivos termos pode levar a sua completa inaplicabilidade. Como exemplo deste último caso, podemos citar a lei do Município de São Paulo que exigia dois exames médicos anuais para os frequentadores de academia (art. 2º da Lei nº 15.527/2012, que pode ser consultado em <<https://bit.ly/2G2oua5>>. Acesso em: 5 fev. 2016). A referida disciplina (que só cessou para a prática de atividades físicas amadoras com sua revogação pela Lei municipal nº 15.681/2013) levava à seguinte perplexidade: o médico que acompanhava o paciente indicava retorno anual para renovação de exames. A lei determinava que este voltasse a cada seis meses para consulta, independente da sobrecarga desnecessária aos serviços de saúde e dos custos respectivos.

A resposta é negativa e a nosso ver não sob a ótica do direito adquirido, que nos parece questionável em uma situação em que não havia amparo legal para deferimento do benefício previdenciário.

A preservação eventual dos efeitos do ato nulo decorreria da necessidade de se prestigiar, em dada situação concreta, expectativas legítimas das pensionistas em continuar auferindo a verba alimentar sob exame, ao menos durante algum tempo de adaptação após a extinção de pensão.

Desdobramento do postulado da segurança jurídica, um dos valores fundamentais a ser perseguido pela disciplina da vida social na forma do Direito, ao indivíduo é dado confiar na legitimidade da atuação do Estado e na manutenção (ao menos a médio prazo) do quadro normativo com base no qual faz escolhas para satisfação de seus interesses.¹⁴

Logo, a decisão de cancelamento de um ato favorável ao administrado, anos após sua prática, não pode, a nosso ver, dar-se ao arrepio de considerações de tal ordem, que, sob certas circunstâncias, faria emergir em prol do particular direito quanto à tutela da posição jurídica que até então lhe era assegurada.

3.2.1.1. Prazo para o exercício da autotutela administrativa

A Lei de processo administrativo federal prevê o lapso dentro do qual a autoridade é competente para anular ato favorável ao administrado, desde que este não tenha concorrido com má fé para sua prática.

A respeito, confira-se a redação do art. 54 da Lei 9.784/1999:

Art. 54 – O direito da Administração de anular os atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em 5 anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má fé.

§ 1º No caso de efeitos patrimoniais contínuos, o prazo de decadência contar-se-á da percepção do primeiro pagamento.

§ 2º Considera-se exercício do direito de anular qualquer medida de autoridade administrativa que importe impugnação à validade do ato.

¹⁴ “A proteção da confiança diz respeito à preservação de direitos e expectativas de particulares ante as alterações inopinadas de normas e orientações administrativas que, mesmo legais, são de tal modo abruptas ou radicais que suas consequências revelam-se desastrosas; também se refere à realização de promessas ou compromissos aventados pela Administração, que geram esperanças fundadas no seu cumprimento” (MEDAUAR, 2014, p. 152). A ideia da tutela da confiança nas relações travadas entre Administração e particular encontra desenvolvimento relativamente recente na nossa doutrina e jurisprudência, que em alguma medida inspiram-se em soluções dadas pela Corte Constitucional alemã envolvendo a matéria. No direito anglo-saxão são comuns as referências à proteção das expectativas legítimas dos administrados (*legitimate expectations*) como limite ao exercício do poder discricionário pela autoridade. Apesar das peculiaridades próprias da *Common Law*, pode-se ver que as ponderações feitas naquele sistema são bastante próximas das tecidas por aqui quanto à necessidade de se resguardar a aptidão de cada um planejar sua vida (o que depende de um quadro legal estável). Também se fala na defesa, em certo grau, da posição jurídica dos particulares quando a alteração da conduta da Administração ou das regras vigentes violar a confiança (*reliance and trust*) e justiça (*fairness*) que se espera na atuação do Poder Público, ou então a isonomia (*equality*) que deve haver no tratamento dos diversos cidadãos com o mesmo interesse (CRAIG, 2008, p. 647 et seq.). Dentre nossos autores que trataram o tema com mais vagar, imprescindível a consulta à obra de Almiro do Couto e Silva que, em seu *Conceitos Fundamentais do Direito no Estado Constitucional*, traz três reflexões sobre a matéria (2015). No que se refere aos desafios do controle judicial à vista dos fatos consumados, sob uma perspectiva da Corte Constitucional, Robinson Fernandes (2015) traz abordagem de algumas das polêmicas mais atuais envolvendo a tensão entre controle da constituição positivada e o valor segurança jurídica.

Na situação sob exame, contudo, temos que o ato impugnado fora praticado no âmbito do Estado de São Paulo, cuja Lei de processo administrativo prevê o prazo de 10 anos para exercício da autotutela pelo ente público (art. 10, inciso I da Lei estadual 10.177/1998).¹⁵

Sem entrarmos na celeuma sobre eventual imprescritibilidade do ato nulo praticado com má fé pelo particular, imaginamos haver razões bastantes para supor que as filhas solteiras não tinham conhecimento da ausência de amparo legal para o pleito de pensão formulado perante a Caixa de Previdência da Polícia Militar.¹⁶

Assim, resta saber se o Estado de São Paulo teria 5 ou 10 anos para anular o ato sob exame.

Apesar da divergência existente sobre o tema,¹⁷ entendemos que o prazo a ser aplicado para fins de autotutela da Administração é o de 5 anos, o mesmo previsto para particulares pretenderem a condenação desta nos termos do que prevê o art. 1º do Decreto nº 20.910/1932.¹⁸

Por razões de isonomia com o cidadão quanto ao ponto,¹⁹ bem como de paralelismo com a legislação federal sobre a mesma prerrogativa,²⁰ defendemos o prazo decadencial mais estreito para estabilização dos atos administrativos favoráveis ao cidadão que age de boa fé, medida, aliás, consentânea com o primado da segurança jurídica.

3.2.2. Necessidade de observância do devido processo legal

Respeitado o prazo de cinco anos para revisão da pensão concedida ilegalmente, o seu controle pela Administração não só pode como deve ser feito, observando, contudo, os ditames do devido processo legal.

¹⁵ Segue a redação do art. 10 da Lei estadual nº 10.177/98 – “A Administração anulará seus atos inválidos, de ofício ou por provocação de pessoa interessada, salvo quando: I – ultrapassado o prazo de 10 (dez) anos contado de sua produção; II – da irregularidade não resultar qualquer prejuízo; III – forem passíveis de convalidação”. Disponível em: <<https://bit.ly/2RJYtOt>>. Acesso em: 5 fev. 2016.

¹⁶ Ora, se nem os servidores cuja missão era diariamente avaliar a compatibilidade dos pedidos de pensão com a legislação aplicável ao caso sabiam da revogação de tal hipótese de cabimento para o benefício previdenciário, é difícil acreditar que o cidadão comum tivesse tal conhecimento.

¹⁷ O prazo vigente para Administração do Estado de São Paulo realizar a autotutela é matéria que ainda não está pacificada no Tribunal de Justiça. Analisando a mesma questão do cancelamento de pensões de filhas solteiras há julgados recentes nos dois sentidos. A favor do prazo de 5 anos, ver Apelação nº 0020235-55.2013.8.26.0053, julgada em 20/08/2014 pela 13ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Dijalma Lofrano Filho. A favor do prazo de 10 anos, ver Apelação nº 0000109-98.2013.8.26.0053, julgada em 12/08/2015 pela 8ª Câmara de Direito Público, Des. Rel. Paulo Dimas Mascaretti.

¹⁸ Art. 1º do Decreto federal 20.910/32 prevê: “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”.

¹⁹ Embora pensemos que o tema ainda mereça uma reflexão mais aprofundada no direito pátrio, sentimos que qualquer prerrogativa a ser atribuída ao exercício da função pública em condições diferentes das faculdades análogas conferidas ao particular deva fundar-se em justificativa racional, ou seja, ser efetivamente necessária para o bom desenvolvimento das tarefas estatais (MESCHERIKOFF, 1990, p. 376), cuja finalidade precípua nunca pode ser a defesa exclusiva dos interesses patrimoniais imediatos do erário, como ainda sói acontecer em nosso país. No que se refere à possibilidade de pretender-se judicial ou administrativamente a anulação de um ato, não vemos o porquê de ser garantido ao Estado o dobro do prazo previsto para o indivíduo com o mesmo objetivo, dado que ainda implica grave prejuízo às ideias de segurança e de estabilidade das relações que devem pautar a intervenção do Poder Público na esfera de liberdade das pessoas.

²⁰ Haveria justificativa racional para se conferir ao Estado de São Paulo, tido como o mais rico da Federação, prazo superior ao previsto para a União realizar a autotutela de seus atos? Note-se que a União tem um território significativamente maior que o do Estado de São Paulo, o que ainda lhe traz maiores desafios quanto à presteza no exercício da mesma função de controle.

Isso é o que prevê a Constituição,²¹ com ressonância na doutrina²² e na jurisprudência,²³ mas que, contudo, continua a ser solenemente ignorado pelo governo do Estado de São Paulo.

Como já referido ao expormos o caso ora examinado, ao perceber que há anos estavam sendo concedidas pensões para filhas solteiras de policiais militares sem amparo na legislação aplicável à espécie, a autoridade responsável pelos desembolsos viu urgência em se suspender todos os pagamentos feitos a tal título sem prévia oitiva das pessoas diretamente afetadas pelo comando.

Seria essa postura adequada para uma Administração que no exercício do poder que lhe é conferido pela população paute-se pelo devido processo legal, esteja atenta aos direitos e às expectativas dos destinatários de sua ação, enfim, que se preocupe em ser um espaço de realização de justiça (e não apenas de arrecadação de tributos)?

Apesar de o Estado pretender amparar sua conduta no quanto previsto pelo art. 60 da Lei estadual nº 10.177/1998²⁴ (Lei de processo administrativo estadual), considerando que este não está sujeito só à observância desse dispositivo singular, como à ordem jurídica global vigente em nosso país, entendemos que a suspensão cautelar da pensão sem a oitiva da pessoa diretamente afetada por tal ato é medida eivada de inconstitucionalidade.²⁵

²¹ Confira-se a redação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição da República: LIV – “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”; LV – “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

²² Ainda que não houvesse previsão expressa na Carta Política quanto à necessidade de observância de regras pré-estabelecidas para o exercício da função administrativa, tanto decorre da própria ideia de Estado de Direito que tenha por fundamento a proteção de direitos das pessoas, para o que é imprescindível que lhes sejam garantidas a ampla defesa e o contraditório sempre que a atuação estatal possa lhes acarretar prejuízo. Sobre o tema ver minucioso estudo de Odete Medauar denominado *A Processualidade no Direito Administrativo* (2008).

²³ “ATO ADMINISTRATIVO – REPERCUSSÕES – PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE – SITUAÇÃO CONSTITUÍDA – INTERESSES CONTRAPOSTOS – ANULAÇÃO – CONTRADITÓRIO. Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legitimidade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular” (STF – 2ª Turma – Min. Rel. Marco Aurélio – RE nº 158543-RS – data do julgamento 30/08/1994).

²⁴ Art. 60 da Lei estadual nº 10.177/98 – “No curso de procedimento de invalidação (de ato ou contrato administrativo), a autoridade poderá, de ofício ou em face de requerimento, suspender a execução do ato ou contrato, para evitar prejuízos de reparação onerosa ou impossível”.

²⁵ Inobstante previsão legal de suspensão cautelar de verba alimentar já tenha sido julgada inconstitucional pelo órgão especial do Tribunal de Justiça, nada remove a Administração de continuar fazendo uso do instituto. Exemplificando o quanto afirmado: “Apelação e reexame necessário – Mandado de Segurança – Servidora pública estadual presa em flagrante preventivamente – Pedido de restabelecimento do pagamento da remuneração da impetrante – Sentença de concessão da ordem – Inconformismo – Suspensão do pagamento baseada no art. 70 da Lei Estadual nº 10.261/68, com a redação dada pela Lei Complementar Estadual nº 1.012/07 – Dispositivo legal que foi declarado inconstitucional pelo C. Órgão Especial deste E. Tribunal, que entendeu haver ofensa aos princípios da não-culpabilidade e da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos (arts. 5º, LVII e 37, XV, da CRFB) – Posicionamento respaldado pela jurisprudência do E. STF – Aplicação da Lei Federal nº 11.960/09, nos termos do quanto decidido pelo Pretório Excelso – Recurso e reexame necessário desprovidos, com observação” (TJSP – 13ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Souza Meirelles – Apelação nº 0027901-27.2013.8.26.0053 – data do julgamento 21/10/2015). A Lei estadual nº 10.261/68 é o estatuto dos servidores do Estado de São Paulo e esse artigo 70 foi recentemente alterado (LC nº 1012/2007) não para conformá-la à ordem constitucional vigente (antes ele previa suspensão de 1/3 da remuneração do servidor preso provisoriamente), mas para afrontá-la de forma mais patente (agora é prevista a suspensão total de sua remuneração em tal circunstância), o que, aliado à renitência da Administração em observar a jurisprudência consolidada pelo Judiciário sobre o tema, ilustra bem como ainda precisamos evoluir em busca de uma ordem política cujo norte seja a tutela de direitos das pessoas (e não a defesa inconsequente de suas próprias “prerrogativas”). Para ver o texto da norma, que surpreendentemente parece estar consolidado com suas alterações (o que deveria ser a regra no repositório virtual das leis de todos os entes federativos), ver: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/alteracao-lei-10261-28.10.1968.html>>. Acesso em: 6 fev. 2016.

Sobre a **impossibilidade de suspensão cautelar** de pensão sob pretexto de ilegalidade, aliás, confira-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça:

Mandado de segurança – Suspensão do pagamento de pensão por morte – Ato da Administração Pública que não atendeu aos princípios do contraditório e da ampla defesa – Ilegalidade do ato – Sentença que concedeu a segurança mantida. Nega-se provimento ao recurso (TJSP – 3ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Marrey Uint – Apelação nº 0014903-32.2010.8.26.0053 – data do julgamento 28/05/13).

4. Qualquer nulidade pode ser convalidada?

Certamente essa é uma pergunta que ainda merece uma investigação mais aprofundada pelos estudiosos do Direito (e não singelamente da lei parlamentar, vale dizer).

Foge do nosso escopo na discussão sobre o cancelamento das pensões das filhas solteiras dos policiais militares maiores divagações sobre as diferenças normalmente apontadas pela doutrina para os atos inexistentes, nulos e anuláveis,²⁶ bem como acerca do tratamento a ser dado aos seus efeitos na realidade (alguns dos quais, acreditamos, inevitáveis, apesar dos esforços da argumentação jurídica em sentido contrário).

De qualquer forma, parece-nos lugar relativamente seguro a afirmação de que nem todo vício do ato administrativo tem o mesmo grau de intensidade, o que justificaria resposta adequada às particularidades do caso pelo órgão de controle, buscando-se, sempre quando possível, a sua convalidação (em homenagem à proteção do que já existe, tema caro ao direito tedesco).²⁷

Ultrapassado o lapso para a autotutela administrativa, o ato ilícito, ainda que produza efeitos atuais, é inexoravelmente insindicável pelo Estado (Administração ou Judiciário)?

Na análise de algumas dezenas de lides envolvendo o tema sob exame (seja propostas pela SPPrev para cancelar benefícios após o decurso de prazo decadencial, seja pelas filhas solteiras para o restabelecimento de suas pensões cassadas extrajudicialmente), após alguns meses de reflexão, nosso entendimento foi no sentido de ser possível, desde que autorizada judicialmente, a reavaliação da matéria (com efeitos obviamente para o futuro).

Explicamos o porquê.

4.1. Peculiaridades do caso: concessão de pensão à pessoa em razão de seu gênero e estado civil

Imaginemos um caso em que a pensão fora concedida há mais de 5 anos, lapso que, a nosso ver, é o aplicável para o exercício da autotutela pela Administração (em todas as suas esferas de governo).

A SPPrev propõe demanda para cancelamento judicial do benefício.

²⁶ Ilustrando o ponto, sobre a diferença entre nulo e anulável com base no critério da repetibilidade do ato administrativo sem vício ver Mello (2013, p. 469 et seq.).

²⁷ Tecemos algumas considerações a respeito, no âmbito do direito urbanístico, em nosso *A Alteração dos Planos Urbanísticos e o Direito de Propriedade* (2014, p. 255 et seq.).

Segundo o raciocínio exposto, pois, não haveria como o Estado pretender a anulação do ato.

Pensamos que as circunstâncias da situação posta, contudo, exigem solução diversa.

Não estando a “filha solteira” no rol dos beneficiários previsto no art. 16 da Lei nº 8.213/1991,²⁸ tem-se que a outorga de pensão a tal título violou o quanto estabelecido pelo art. 5º da Lei nº 9.717/1998, que, na forma do §4º do art. 24 da Constituição,²⁹ suspendeu a eficácia do inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974.

Além disso, registre-se que tal benefício não tem caráter vitalício, devendo ser pago enquanto a beneficiária não contraia núpcias ou estabeleça união estável com alguém.

Considerando que a própria razão de ser da pensão é a presunção (idade) ou prova (perícia) de incapacidade laboral por parte de sua beneficiária,³⁰ como não há em determinado processo qualquer dado indicativo de tal impossibilidade, entendemos que a nulidade ocorrida na concessão do benefício não pode ser convalidada.

A própria presunção prevista no inciso III do art. 8º da Lei estadual nº 452/1974, fruto do pensamento dominante de seu tempo, era a de que a mulher deveria ter sua subsistência provida por seu esposo, de modo que, se esta não casasse (ou vivesse em concubinato), entendia-se que ficaria em situação de dependência econômica com relação a seu pai.

Como é de conhecimento geral, tal presunção há muito tempo não mais corresponde à realidade, sendo efetiva a integração da mulher no mercado de trabalho nas mais diversas áreas, de modo que veio tarde a revogação da previsão legal em questão, aliás de duvidosa constitucionalidade sob o prisma da isonomia entre os sexos consagrada no inciso I do art. 5º da Carta Política.

Nesta ordem de ideias, embora tenhamos proferido decisões pela possibilidade de convalidação de atos concessivos de pensão praticados em desconformidade com o art. 5º da Lei nº 9.717/1998 quando, ultrapassado o lapso de 5 anos para sua revisão, seu beneficiário não possa, por seus próprios meios, garantir seu sustento, quando a pessoa favorecida não padece de qualquer incapacidade, a solução, a nosso ver, deve ser distinta.

Isso já que, a nosso sentir, o prazo de decadência previsto para a Administração invalidar seus próprios atos não pode ser aplicado sem qualquer consideração acerca do tipo de nulidade que os macula.

No caso concreto tem-se um ato nulo (concessão de pensão contrariando o art. 5º da Lei nº 9.717/1998), sujeito à condição resolutiva (produz efeitos até que cesse a dependência econômica de sua destinatária), mas cuja justa causa (presunção de hipossuficiência)

²⁸ Art. 16 da Lei 8.213/1991 – “São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado: I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente; II – os pais; III – o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente” (Redação dada pela Lei nº 12.470, de 2011).

²⁹ § 4º do art. 24 da CR – “A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário”.

³⁰ Nesse ponto nos baseamos em uma visão sobre o benefício previdenciário que vai além do que prevê o direito positivo que, no caso, redundava em uma situação que nos parece inaceitável sob o prisma jurídico: milhares de jovens com 30 e poucos anos, plenamente aptas ao trabalho, cujos benefícios foram concedidos ilegalmente, com a perspectiva de receberem remuneração equivalente à aposentadoria de um servidor da ativa (concedida normalmente após 35 anos de serviços prestados ao Estado) por 50 anos ou mais (considerando o contínuo aumento de expectativa de vida da população brasileira).

não mais subsiste (em não havendo qualquer elemento quanto à impossibilidade de a pensionista prover seu sustento desempenhando atividade produtiva).

Note-se que, à época do falecimento do pai da pensionista, esta poderia ter sido considerada dependente do segurado caso fosse incapaz, mas não em razão do seu estado civil.

Como não há dados pela inaptidão laboral (note-se que inclusive muitas mulheres em tal situação têm carreira própria, o que, diga-se, não surpreende em pleno século XXI), conclui-se pela impossibilidade de convalidação do ato ilegal nos termos em que expedido.

Ainda quanto à incapacidade, se houver tal alegação no presente, sendo impossível fazer tal avaliação com base nos elementos existentes quando do falecimento do servidor, tem-se que tal exame deve ser feito de acordo com a situação atual da pensionista.

Observamos que o exame de aptidão laboral segundo a realidade hoje existente também resguarda a hipótese de a beneficiária ser capaz quando da concessão do benefício, mas ter ficado incapaz posteriormente, circunstância que a impediria de absorver o abalo econômico decorrente do cancelamento de benefício já recebido há vários anos.

Perante tal quadro, nossa solução foi pela possibilidade de a SPPrev instaurar procedimento administrativo regular dirigido a aferir se há incapacidade de a titular do benefício prover sua subsistência por seus próprios meios, sendo que a pensão só poderá ser cancelada após a conclusão definitiva a respeito pela autoridade competente.

5. Conclusão

Neste ensaio compartilhamos com o leitor nossa visão sobre um caso concreto (“de massa”) com o qual nos deparamos no exercício da judicatura.

Apesar de o enorme volume de demandas diariamente submetidas à apreciação dos juízes do país ser um desafio para a adequada reflexão sobre temas de suma importância para a cidadania, com relação à anulação das pensões concedidas às filhas solteiras de policiais militares ousamos ir além de uma resposta que singelamente consagrasse ou não a prerrogativa de a Administração rever seu ato ilegal, sendo que, nessa oportunidade, desenvolvemos um pouco mais nosso raciocínio acerca da matéria.

Se nos fosse demandado, em tese, qual seria a melhor solução a ser dada para a cessação desses benefícios que foram concedidos, a nosso ver, à revelia da legislação vigente quando do óbito dos instituidores (quando este se deu após 1998), imaginamos que, quando ultrapassado o prazo decadencial de 5 anos para a autotutela, seria adequada, desde que autorizada judicialmente, a extinção gradual dessas pensões, dando-se tempo e oportunidade para as respectivas beneficiárias preparem-se para a nova realidade.

Nos limites dentro dos quais fomos chamados a nos pronunciar sobre o tema, contudo, nosso esforço foi no sentido de buscar uma solução que contemplasse a gravidade do vício do ato administrativo nulo e de suas consequências no porvir (possibilidade de pagamento de benefícios ao longo de décadas a pessoas em sua plena aptidão para a vida produtiva), bem como o fato de algumas destas beneficiárias atualmente já não terem mais condições de prover sua própria subsistência via inserção no mercado de trabalho.

Referências

CONTI, José Maurício; CARVALHO, André Castro. O controle interno da Administração Pública brasileira – qualidade do gasto público e responsabilidade fiscal. *Direito Público*, [S.l.], v. 8, n. 37, p. 201-220, abr. 2012.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. A alteração dos planos urbanísticos e o direito de propriedade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 2, n. 5-6, p. 251-266, mai.-jun. 2014.

_____. Vinculação da Administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, v. 16, n. 40, p. 9-20, abr.-jun. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo – direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FERNANDES, Robinson. *Controle de constitucionalidade e fato consumado*. Jundiaí: Paco, 2015.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Direito administrativo moderno*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Controle da administração pública*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MESCHERIAKOFF, A. S. Légalité, efficacité, équité, les avatars de la légitimité administrative: le cas français. *Revue Internationale des Sciences Administratives*, Bruxelles, v. 56, n. 2, p. 359-381, 1990.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIRATO, Vitor Rhein. O controle interno da Administração Pública e seus mecanismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 956, n. 104, p. 25-50, jun. 2015.

SILVA, Almiro do Couto e. *Conceitos fundamentais do direito no Estado constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.

O Judiciário no controle de políticas públicas – segurança – o caso dos policiais militares temporários

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução – Judiciário e políticas públicas; 2. A busca de eficiência na ação estatal e o primado de legalidade: um desafio; 3. Estudo de caso: a figura do policial militar temporário – por que não?; 3.1. Problemas específicos decorrentes da judicialização da matéria; 3.2. IRDR – nº 0038758-92.2016.8.26.0000; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução – Judiciário e políticas públicas

Um dos temas mais debatidos na atualidade é o dos limites do controle judicial sobre políticas públicas.

Sob a égide de uma Constituição Dirigente, como a Carta Política de 1988, o exercício do Poder pelos órgãos estatais está adstrito a determinados fins, vocacionado ao atingimento de certas metas (SILVA, 1999, p. 6), que devem permanecer sempre no horizonte dos agentes públicos, estejam estes no desempenho de funções executivas, legislativas ou de controle.²

Nossa ordem jurídica, nestes termos, não se limita a preservar uma realidade.

Ela desenha uma realidade distinta da que temos, impõe aos seus destinatários tarefas tendentes a construir o cenário imaginado, conferindo-lhes instrumentos econômico-financeiros para tanto.³

Como o universo projetado pela Constituição de 1988 é ambicioso, e nossa burocracia por vezes hesitante em se dedicar autenticamente à missão (SANTOS, 2017, p. 481 et seq.), não são poucos os atritos entre controlados e controladores na dinâmica da nossa Democracia.

Na disputa sobre quem é o responsável pelos percalços da empreitada, pelo fato de o estado de coisas vivido ser mais ou menos distante do quanto previsto no texto da Constituição da República (CR) de 1988,⁴ a troca de acusações é uma constante.

¹ Doutor e Mestre em Direito do Estado. Pesquisador vinculado ao CEDAU. Professor da Escola Paulista da Magistratura.

² Dentre essas finalidades destacam-se, na síntese expressa por J. J. Gomes Canotilho, o combate à violência física, econômica e do (não) saber (2001, p. 710).

³ Para um questionamento sobre a adequação do financiamento disponível para as políticas públicas de saúde e educação e os objetivos a serem alcançados pelo Estado em tais searas, ver *Financiamento dos direitos à saúde e à educação* (PINTO, 2015).

⁴ O que traz à baila o tema do “estado de coisas inconstitucional” (ECI) que ganhou notoriedade no STF por ocasião do julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347, proposta pelo PSOL para discutir as precárias condições do sistema penitenciário brasileiro. Sobre o desenvolvimento da ideia no âmbito da Corte Constitucional colombiana, que teria inspirado a postulação ocorrida por aqui sob fundamento análogo, ver “O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial?” (ALARCÓN, 2017).

Como os meios materiais para concretização do plano constitucional são finitos, e as necessidades da população são prementes, o Judiciário passou a ser provocado com cada vez mais intensidade por aqueles que, privados de utilidades indispensáveis à sua vida e bem-estar, tiveram seus pleitos frustrados nos balcões de atendimento do Executivo.

Ordens para dar remédios, garantir vagas em creches e prestar atendimento habitacional de emergência, para destacarmos alguns dos efeitos do processo de judicialização sob exame, passaram a ser proferidas por juizes Brasil afora, gerando despesas orçamentárias e críticas por parte dos integrantes dos Poderes Executivo e Legislativo.

Teria o controle legitimidade para tal tipo de injunção?⁵

A questão não é simples.

Dentre os óbices a um desempenho adequado da fiscalização judicial quanto ao acerto das recusas administrativas comumente é suscitada a falta de visão de conjunto inerente a tal tipo de provocação (JORGE NETO, 2009, p. 155; NOHARA, 2017, p. 540).

Prestações estatais relativas à saúde, educação e habitação (para ficarmos nos exemplos supramencionados) não poderiam ser avaliadas sob uma perspectiva estritamente individual, já que fazem parte de um todo, de uma política pública que deve ser desenvolvida e planejada tendo em vista a população em geral.

Ao se decidir para uma pessoa em descompasso com o que é ofertado para as outras haveria violação ao princípio da isonomia, além de potencial comprometimento à organização da própria atividade estatal, que se veria privada dos recursos que lhe eram originalmente destinados.⁶

Neste ensaio, fugindo um pouco do roteiro tradicional acima delineado, nos interessa levantar uma outra indagação: até que ponto o controle judicial engessa a Administração quanto à busca de alternativas razoáveis para a eficiente realização de seus fins? Como mote para nossa investigação, selecionamos o caso da criação da figura do policial militar (PM) temporário pelo Estado de São Paulo.

Antes, contudo, algumas palavras sobre a difícil relação entre legalidade e eficiência no nosso Direito Administrativo.

2. A busca de eficiência na ação estatal e o primado da legalidade: um desafio

A mesma ordem jurídica usada pelos juízes para, atentos aos direitos individuais e coletivos dos cidadãos, determinar que o Estado preste-lhes serviços ou entregue-lhes utilidades,⁷ é a que serve de parâmetro para decisões que vetam fórmulas mais ou menos criativas imaginadas pelo gestor público para o melhor desempenho de suas atividades.

⁵ A doutrina costuma ser bastante crítica quanto a tal tipo de atuação judicial. A respeito da judicialização da saúde, ver, por exemplo, os ensaios da obra coletiva *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo* (BUCCI; DUARTE, 2017). Para uma perspectiva da parte de integrantes do Judiciário, ver o nosso *Vinculação da Administração à Constituição: alguns apontamentos sobre o alcance do dever constitucional de o Estado garantir os serviços públicos de saúde* (2015) e *A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde* (SPAOLONZI, 2017).

⁶ Ainda há quem defenda que as decisões judiciais proferidas em descompasso com políticas públicas em um dado setor acabam por ter um efeito de concentração de renda, em vez de redistributivo, como seria o normal em um modelo de Estado Social (NOHARA, 2017, p. 540).

⁷ Por vezes para além dos termos expressos na legislação ordinária em sentido amplo (na qual se incluem os regulamentos do Executivo) aplicável a determinado setor de atuação estatal.

Se é evidente que a Administração deve zelar pela eficiência do seu agir, mesmo se tal ônus não estivesse expressamente insculpido no art. 37 da nossa Constituição (MODESTO, 2000, p. 52; GABARDO, 2002, p. 88; ISSA, 2015, p. 106; CARNAES, 2016, p. 45), esta precisa observar a lei, a qual, normalmente dotada de abstração e generalidade, em sendo obra humana, não é capaz de tudo prever e/ou de se adaptar com perfeição a todos os casos que reclamam sua aplicação (MARRARA, 2016, p. 56 et seq.; LOPES, 2017, p. 288 et seq.; PALMA, 2017, p. 691 et seq.; RIBEIRO, 2017, p. 39 et seq.).

Nada obstante, embora não seja exatamente uma novidade dizer que entre o ato geral/abstrato e o individual/concreto deva incidir um trabalho de interpretação vocacionado a ajustar os termos daquele às exigências da realidade à qual este se dirige, a leitura que muitos fazem do princípio da legalidade incidente sobre a atuação do Estado fomenta a não acomodação, a defesa intransigente de decisões disparatadas como as únicas possíveis a serem adotadas pelo gestor que pautar sua conduta no quanto lhe é predeterminado pelo legislador (MENDONÇA, 2017, p. 670-671).

Além do fantasma da legalidade dos livros (SCHIRATO, 2017, p. 169 et seq.), outro dado que não contribui para uma maior deferência do controlador quanto às novidades imaginadas pelo controlado para melhor se desincumbir das suas tarefas é o histórico de reiteradas tentativas de uso da *criatividade* por parte dos governantes como meio de burlar exigências constitucionais ou legais, muitas vezes com o indisfarçável propósito de fazer caixa hoje, para inevitavelmente deixar uma conta a ser paga pelo erário anos depois, quando a chave do cofre já estiver nas mãos de outros responsáveis (ARAÚJO; COSTA, 2015, p. 13 et seq.).

Como os exemplos da má prática são inúmeros, renovando-se a cada gestão com novos nomes, é intuitivo que o controlador, ao se deparar com a impugnação de dispositivos legais que estabeleçam uma política remuneratória não uniforme entre todos aqueles que trabalhem em uma mesma repartição, já analise a questão com alguma predisposição a encontrar em seu exame os mesmos vícios sobre os quais já se manifestou em pronunciamentos anteriores, ainda que sob panos de fundo distintos (SCHAPIRO, 2016, p. 337).⁸

Em suma: ao mesmo tempo em que se exige do gestor eficiência na organização dos serviços sob sua responsabilidade, qualquer inovação legal a respeito, sobretudo quando se altera o regime remuneratório dos agentes estatais, tende a encontrar forte resistência por parte dos órgãos de controle, seja porque influenciados por uma leitura hermética dos dispositivos constitucionais e legais que disciplinam o funcionalismo, seja em razão das sucessivas tentativas de, por meio de lei, buscar-se, sem justa causa, alijar parcela do pessoal (em especial inativos) de benefícios concedidos a servidores que preencham determinadas condições.⁹

⁸ “Seja no caso de telecomunicações, seja no de saúde, a desconfiança do funcionamento adequado dos outros poderes e de seus mecanismos de controle pode ser um dispositivo que incentive e justifique o ativismo judicial” (SCHAPIRO, 2016, p. 337).

⁹ “As dificuldades orçamentárias e de adequação aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal incentivou a adoção de uma técnica perversa de alteração de remunerações dos servidores mediante a criação de gratificações sem nenhuma vinculação com condições especiais de trabalho, como forma de evitar desde já o pagamento de pensionistas e aposentados. Esse tipo de gratificação, aumentos salariais velados, tinha a vantagem de aumentar de fato os vencimentos dos servidores da ativa, deixando, entretanto, para as próximas administrações o passivo, relativo ao pagamento de servidores inativos e aposentados [...]. Era, na verdade, uma moratória institucionalizada em relação aos salários dos servidores públicos aposentados ou inativos, e que ocasionava uma significativa judicialização, tanto na esfera estadual como na federal” (ARAÚJO; COSTA, 2015, p. 14/15).

3. Estudo de caso: a figura do policial militar temporário – por que não?

A Lei Federal nº 10.029/2000 autorizou expressamente os Estados e o Distrito Federal a instituírem o quadro de voluntários para serviços administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil no âmbito da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros, desde que de acordo com algumas diretrizes gerais estabelecidas em tal diploma.

O referido ato normativo, objeto de ação direta de inconstitucionalidade pendente de julgamento no STF (ADI nº 4173, rel. Min. Alexandre de Moraes),¹⁰ prevê um limite de idade para o policial militar temporário,¹¹ ausência de porte de arma em via pública e não permite que ele participe do policiamento ostensivo;¹² além disso, observa que deve haver um teto remuneratório específico,¹³ o serviço pode ser prestado pelo prazo máximo de 2 anos¹⁴ e o número de temporários não pode extrapolar 1/5 da corporação.¹⁵

Por meio da Lei Estadual nº 11.064/2002, o Estado de São Paulo disciplinou a criação de cargos de temporários para sua polícia, não discrepando, quanto ao essencial, das regras estabelecidas na Lei nº 10.029/2000 sobre o tema.

Em que pese haver disposições um tanto polêmicas nas leis em questão, que talvez reclamassem um reparo pontual a respeito (como a definição da remuneração do temporário como “indenização” e a inexistência de repercussão previdenciária de tal tipo vínculo, conforme art. 6º *caput* e §2º, respectivamente),¹⁶ não nos parece que a figura do PM temporário represente, em si, uma afronta ao “regime jurídico estabelecido na Constituição” para o serviço público.

Como se pode observar dos comandos destacados, claro está que as funções dos temporários não são as mesmas dos policiais militares, já que, em razão das limitações que lhes são impostas, tais funcionários provavelmente serão alocados para serviços administrativos internos, liberando um número maior de policiais efetivos para suas funções de patrulhamento, prevenção e repressão de crimes.¹⁷

¹⁰ O último andamento a respeito constante no site do STF fora a determinação para sua entrada em pauta datada de 07/11/2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2OA2Lu7>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹¹ Art. 3º da Lei nº 10.029/2000: “Poderão ser admitidos como voluntários à prestação dos serviços: I – homens, maiores de dezoito e menores de vinte e três anos, que excederem às necessidades de incorporação das Forças Armadas; e II – mulheres, na mesma faixa etária do inciso I”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹² Art. 5º da Lei nº 10.029/2000: “Os Estados e o Distrito Federal poderão estabelecer outros casos para a prestação de serviços voluntários nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares, sendo vedados a esses prestadores, sob qualquer hipótese, nas vias públicas, o porte ou o uso de armas de fogo e o exercício do poder de polícia”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹³ Art. 6º da Lei nº 10.029/2000: “Os voluntários admitidos fazem jus ao recebimento de auxílio mensal, de natureza jurídica indenizatória, a ser fixado pelos Estados e pelo Distrito Federal, destinado ao custeio das despesas necessárias à execução dos serviços a que se refere esta Lei. § 1º O auxílio mensal a que se refere este artigo não poderá exceder dois salários mínimos”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁴ Art. 2º da Lei nº 10.029/2000: “A prestação voluntária dos serviços terá duração de um ano, prorrogável por, no máximo, igual período, a critério do Poder Executivo, ouvido o Comandante-Geral da respectiva Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros Militar”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁵ Art. 4º da Lei nº 10.029/2000: Os Estados e o Distrito Federal estabelecerão: “I – número de voluntários aos serviços, que não poderá exceder a proporção de um voluntário para cada cinco integrantes do efetivo determinado em lei para a respectiva Polícia Militar ou Corpo de Bombeiros Militar”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁶ § 2º do art. 6º da Lei 10.029/2000: “A prestação voluntária dos serviços não gera vínculo empregatício, nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim”. Disponível em: <<https://bit.ly/2yN2Yzi>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁷ Confira-se, sobre o ponto, a finalidade expressamente prevista na lei do Estado de São Paulo para a criação do cargo do PM Temporário: “Art. 2º – O Serviço Auxiliar Voluntário objetiva:

Pela idade dos candidatos, nota-se que a oportunidade de trabalho é dirigida para jovens recém-ingressos no mercado de trabalho, possíveis aspirantes ao cargo de policial efetivo, a ser preenchido após aprovação em concurso de provas e títulos.¹⁸

No que se refere à ausência de previsão de concurso público como meio de seleção obrigatório para acesso à referida espécie de vaga (art. 37, §2º da CR), tem-se que tanto ou pode ser estabelecido via uma “interpretação conforme a Constituição”, ou razoavelmente suprido através de um método de seleção que, apesar de simplificado, adote critérios objetivos e isonômicos para a escolha dos interessados em tal colocação.¹⁹

Em sentido diverso, contudo, foi o pronunciamento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao apreciar, por seu Órgão Especial, o Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0-00, cuja ementa é a seguinte:

Incidente de Inconstitucionalidade – Lei Federal 10.029/2000 e Lei Estadual 11.064/2002 que disciplinam a contratação de voluntários temporários para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros. Inconstitucionalidades flagrantes. Forma de admissão e de remuneração não previstas na Constituição Federal – entendimento – Supressão de direitos sociais do trabalhador. Contratação que, ademais, deveria observar o prévio concurso público, já que as funções desempenhadas por policiais militares são permanentes. Inconstitucionalidade reconhecida. (TJSP – OE – Des. Rel. A.C. Mathias Coltro – Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0-00 – data do julgamento 05/08/09)

Na ocasião, por votação unânime, tal colegiado seguiu o entendimento do Desembargador Ivan Sartori que, em processo analisado pela 13ª Câmara de Direito Público, suscitou a inconstitucionalidade das leis referidas, em manifestação que trouxe, como uma de suas razões de decidir, parecer de José Afonso da Silva.

I – proporcionar a ocupação, qualificação profissional e renda aos jovens que especifica, contribuindo para evitar o seu envolvimento em atividades antissociais; II – aumentar o contingente de policiais nas atividades diretamente ligadas à segurança da população”. Sobre os limites das atividades a serem desempenhadas por tais agentes, em consonância ao quanto prescrito pela Lei 10.029/2000, confira-se o art. 3º da Lei Estadual nº 11.064/2002: “Art. 3.º – O Serviço Auxiliar Voluntário, de natureza profissionalizante, tem por finalidade a execução de atividades administrativas, de saúde e de defesa civil. Parágrafo único – No exercício das atividades a que se refere o “caput” deste artigo, ficam vedados, sob qualquer hipótese, nas vias públicas, o porte ou o uso de arma de fogo e o exercício do poder de polícia”(grifo nosso). Disponível em: <<https://bit.ly/2CS8gOp>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁸ A legislação do Estado de São Paulo sobre o tema, inclusive, prevê como pontuação em títulos para o concurso de ingresso na Polícia Militar o tempo de trabalho do candidato como temporário (art. 8º, inciso V da Lei 11.064/2002 – “São direitos do Soldado PM Temporário: [...]V – contar, como título, em concurso público para Soldado PM de 2ª Classe, 1 ponto para cada ano de serviço prestado”. Disponível em: <<https://bit.ly/2CS8gOp>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

¹⁹ Embora não tenhamos informações de como a previsão concretizou-se em âmbito estadual, o art. 5º da Lei Estadual nº 11.064/2002 estabelece uma “prova de seleção” como condição para admissão do candidato a PM temporário: “art. 5.º – O ingresso no Serviço Auxiliar Voluntário dar-se-á mediante aprovação em prova de seleção, além do preenchimento dos seguintes requisitos: I – se homem, ser maior de 18 (dezoito) anos e menor de 23 (vinte e três) anos, que excederem às necessidades de incorporação das Forças Armadas; II – se mulher, estar na mesma faixa etária a que se refere o inciso anterior; III – estar em dia com as obrigações eleitorais; IV – ter concluído o ensino fundamental; V – ter boa saúde, comprovada mediante apresentação de atestado de saúde expedido por órgão de saúde pública ou realização de exame médico e odontológico na Polícia Militar, a critério desta; VI – ter aptidão física, comprovada por testes realizados na Polícia Militar; VII – não ter antecedentes criminais, situação comprovada mediante a apresentação de certidões expedidas pelos órgãos policiais e judiciários estaduais e federais, sem prejuízo de investigação social realizada pela Polícia Militar, a critério desta; VIII – estar classificado dentro do número de vagas oferecidas no edital da respectiva seleção; IX – estar em situação de desemprego; X – não ser beneficiário de qualquer outro programa assistencial; XI – não haver outro beneficiário do Serviço Auxiliar Voluntário, no seu núcleo familiar”. Disponível em: <<https://bit.ly/2CS8gOp>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

Segundo o hermetismo que é comum em muitos raciocínios envolvendo nosso Direito Público, o doutrinador foi categórico: a Constituição só admite três formas de contratação de pessoal pela Administração, os vínculos estatutário, celetista e temporário. A situação prevista na Lei 10.029/2000 só poderia enquadrar-se na terceira hipótese, a qual não seria possível sem prévia realização de concurso público.²⁰

Não houve maior esclarecimento do porquê de a hipótese de contratação prevista na lei federal, caso precedida de processo seletivo público e de ampla concorrência, seria inconstitucional.

No voto do relator do Incidente de Inconstitucionalidade, Des. Mathias Coltro, outros argumentos acabaram se somando ao questionamento da ausência de concurso, como a previsão de contraprestação ao temporário ter sido classificada como “indenização”,²¹ mas também sem maior debate sobre a possibilidade de manutenção da previsão legal, desde que supridas eventuais incompatibilidades desta com a Constituição (segundo a leitura feita do seu texto pelos magistrados que participaram do julgamento).

3.1. Problemas específicos decorrentes da judicialização da matéria

Como sói acontecer em ações envolvendo fatos atinentes a toda uma classe de servidores, o tratamento conferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ao caso dos PM Temporários seguiu um roteiro já conhecido: em vez de uma única ação coletiva discutindo a constitucionalidade da contratação sob exame e quais efeitos seriam decorrentes de eventual invalidação desse tipo de vínculo, proliferaram milhares de ações individuais tendo por objeto a mesma matéria, distribuídas a juízes distintos, sem que se reconhecesse prevenção de um único órgão julgador para apreciar o pleito.

O efeito previsível dessa forma de lidar com demandas repetitivas concretizou-se: dezenas de juízes estaduais se debruçaram sobre idêntica controvérsia em primeira instância, nem todos em exercício em varas especializadas, cada um dando sua resposta ao processo individual, premido pela necessidade de proferir sua sentença no menor lapso de tempo possível,²² sem visão do conjunto ou da possibilidade de fazer uma instrução mais detalhada sobre a lide (providência que inclusive poderia revelar em que termos se dá a “prova de seleção” prevista para o ingresso no cargo sob exame).

No que se refere aos recursos tirados das respectivas decisões, igualmente nenhuma novidade: todas as Câmaras de Direito Público materialmente competentes para análise do pedido foram instadas a tanto, sem reunião dos processos perante um único juízo.

Mesmo após a declaração de inconstitucionalidade feita no bojo da ação nº 175.199-0/0-00, não houve pacificação da disputa, dado que também não destoa do que se passa em situações análogas envolvendo pleitos do funcionalismo.

²⁰ Na passagem do parecer destacada no acórdão consta a ilação de que o processo seletivo para admissão de temporários nos termos da legislação em comento seria dirigido apenas a candidatos em serviço militar obrigatório que tivessem sido dispensados por excesso de contingente (páginas 6 e 7 do voto nº 16.499). Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 4 abr. 2018.

²¹ Em especial uma suposta violação, por parte da lei federal, da prerrogativa de os Estados disciplinarem sobre a organização de suas polícias e o fato de a função a ser exercida pelos temporários ser permanente, o que não se coadunaria com o provimento por determinado lapso de tempo de tais cargos.

²² Em fiel observância às metas quantitativas de julgamento reeditadas ano a ano pelo Conselho Nacional de Justiça e reproduzidas, literalmente, nos âmbitos dos Tribunais locais.

Tendo em vista que na ocasião não se estabeleceu quais os desdobramentos do pronunciamento em questão para todos os servidores que ocupavam ou ocuparam os cargos de temporários na Polícia Militar, nova onda de demandas surgiu, agora com o objetivo de perseguir sobretudo três efeitos: 1) efetivação do servidor no funcionalismo; 2) direitos pecuniários previstos para os policiais efetivos; 3) apostilamento de serviço para fins de aposentadoria.

Sobre tais pedidos, algumas dezenas de vezes nos manifestamos nos seguintes termos.

O pedido de efetivação da contratação do requerente pela Administração, sem sua aprovação em concurso público regular, não pode ser acolhido por violar o inciso 2º do art. 37 da Constituição da República.

Nesse sentido:

Apelação Cível – Mandado de Segurança – Policiais Militares Temporários – Pretensão fundamentada na existência de ação civil pública – Pretensão à reintegração às funções de Policial Militar Temporário e à conversão para contrato por prazo indeterminado – Impossibilidade – Inconstitucionalidade da Lei Federal 10.029/2000 e da Lei Estadual 11.064/2002 já declarada pelo Órgão Especial Violação à regra do acesso ao cargo público mediante concurso que implica a nulidade do ato, impedindo a conversão dos contratos de temporários para definitivos Inteligência do artigo 37, inciso II e §2º da CF. Recurso desprovido. (TJSP – 3ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Marrey Uint – Apelação nº 0055197-58.2012.8.26.0053 – data do julgamento 25/02/14)

Por sua vez, não há como ser acolhido o pleito remuneratório formulado.

Eventual inconstitucionalidade na forma de admissão precária do candidato no serviço público não implica, por falta de amparo legal, que lhe sejam concedidas vantagens inerentes aos titulares de cargos de policial militar no âmbito do funcionalismo estatal.

Adotando tal entendimento registro os seguintes julgados:

Apelação Cível. Direito Administrativo. Serviço Auxiliar Voluntário. Soldado PM Temporário. Pretensão voltada à percepção de vantagens pecuniárias pagas ao miliciano efetivo – L 11.064/02. Declaração de inconstitucionalidade que pontua o vício de contratação, tão-só, não alterando a condição de temporário, a qual não se enquadra como funcionário público, nem tampouco como empregado público, de tal arte que a situação exige regularização da situação pela Administração, no que toca a remuneração. Sentença reformada. Dá-se provimento ao recurso interposto e à remessa oficial. (TJSP – 13ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Ricardo Anafe – Apelação nº 0056739-14.2012.8.26.0053 – data de julgamento 12/02/14)

APELAÇÃO POLICIAL MILITAR TEMPORÁRIO CONTRATAÇÃO NOS TERMOS DA LEI FEDERAL Nº 10.029/2000 E DA LEI ESTADUAL Nº 11.064/2002 Declaração da inconstitucionalidade das normas pelo Colendo Órgão Especial deste Egrégio Tribunal de Justiça Pretensão dos autores de

receberem o pagamento de todas as verbas trabalhistas inerentes aos policiais militares efetivos Impossibilidade O reconhecimento da inconstitucionalidade das leis não gera o direito de recebimento de verbas trabalhistas ou vantagens correspondentes a cargo efetivo, cujo provimento deve se dar por meio de concurso público – Contratação viciada que não pode ser convalidada e nem gerar efeitos distintos daqueles nela previstos – Precedentes desta E. Corte de Justiça Sentença reformada Recursos, oficial e voluntário da Fazenda, providos. (TJSP – 4ª Câmara de Direito Público – Des. Rel. Paulo Barcellos Gatti – Apelação 0061775-37.2012.8.26.0053 – data do julgamento 10/02/14)

Como magistralmente apontado pelo Des. Rel. Paulo Gatti no julgamento da Apelação nº 0061775-37.2012.8.26.0053, inconstitucional a admissão do soldado temporário, nulo o contrato, não havendo que se falar em extensão de vantagens pecuniárias atinentes a servidores efetivos ao admitido de maneira irregular pela Administração.

Nada obstante, apesar de nula, como em razão da avença fora prestado o serviço e recebida a respectiva contrapartida financeira pelo seu prestador, mantêm-se estes efeitos em homenagem à boa fé e à vedação do enriquecimento ilícito do Estado.

Finalmente, cumpre observar que o candidato a soldado temporário sabia perfeitamente das condições em que prestaria serviço à Administração, em especial no que diz respeito às vantagens que lhe seriam atribuídas²³ e às tarefas “administrativas, de saúde e de defesa civil” (art. 3º da Lei Estadual nº 11.064/2002) que lhe seriam designadas.

Perante tal quadro, ainda que ao judiciário fosse possível conferir direitos aos contratados sob tais condições com base no princípio da isonomia,²⁴ nem mesmo assim estes fariam jus à remuneração equivalente à dos policiais militares, dentre cujas funções está a da preservação da ordem pública mediante uso da força, se necessário.

Logo, como desdobramento de tal raciocínio, também não há que se falar em direito a *apostilamento de tempo de serviço* em descompasso com a disciplina então vigente para os soldados temporários, medida que, se fosse concedida, deveria sê-lo em ação coletiva dirigida a produzir efeitos a todos os que estiveram em situação análoga à do demandante.

3.2. IRDR – Nº 0038758-92.2016.8.26.0000

A única notícia alvissareira nesse roteiro já conhecido de tratamento atomizado de questões coletivas foi o julgamento do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas nº 0038758-92.2016.8.26.0000 pelo E. Tribunal de Justiça, no qual, sobre a contratação de PM Temporários pelo Estado de São Paulo, restou aprovada a seguinte tese:

²³ Lei Estadual nº 11.064/2002 – “art. 8.º – São direitos do Soldado PM Temporário: I – frequência a curso específico de treinamento, a ser ministrado pelas Organizações Policiais Militares, cuja duração será de 90 (noventa) dias; II – auxílio mensal equivalente a 2 (dois) salários mínimos; III – alimentação na forma da legislação em vigor; IV – uso de uniforme, exclusivamente em serviço, com identificação ostensiva da condição de Soldado PM Temporário; V – contar, como título, em concurso público para Soldado PM de 2ª Classe, 1 (um) ponto para cada ano de serviço prestado; VI – assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada pela Polícia Militar”. Disponível em: <<https://bit.ly/2CS8gOp>>. Acesso em: 29 mar. 2018.

²⁴ Súmula nº 339 do STF – “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”.

Aos soldados PM Temporários contratados nos termos da Lei Estadual nº 11.064/2002 são devidos, além dos salários pelos dias trabalhados, apenas o décimo terceiro salário e as férias, com o respectivo acréscimo do terço constitucional; e, para fins previdenciários, admite-se a averbação do tempo de serviço prestado, no regime geral de previdência social, mediante contribuição proporcional do contratante e dos contratados. (TJSP – Turma Especial de Direito Público – Des. Rel. Vicente de Abreu Amadei – IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 – data do julgamento 30/06/2017). (TJSP – Turma Especial de Direito Público – Des. Rel. Vicente de Abreu Amadei – IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000 – data do julgamento 30/06/2017)

Na decisão sob exame, proferida mediante técnica expressa no art. 976 et seq. do CPC de 2015, recusou-se a possibilidade de se atribuir aos temporários o regime jurídico previsto na CLT, o previsto no estatuto legal da PM ou um regime que mesclasse elementos de uma ou outra disciplina (o que seria, a nosso ver, a pior das soluções).

Reconheceu-se, nos termos do voto do Des. Vicente de Abreu Amadei, que a tais servidores são devidos o décimo terceiro salário, as férias com adicional de 1/3 e o reflexo previdenciário do tempo de serviço (desde que acompanhado das respectivas contribuições), direitos que comporiam um “ piso vital trabalhista”, conforme dispositivos constitucionais aplicáveis à hipótese (art. 39, §3º c.c. art. 7º, VIII e XVII, c.c. art. 194 da CR).

Sem ingressar na nossa avaliação quanto ao acerto ou não do teor do referido pronunciamento,²⁵ não se pode negar que o precedente sob exame revela o esforço dos integrantes do nosso Tribunal em uniformizar o entendimento acerca de matéria controversa que há anos vem sendo objeto de propositura de milhares de ações repetitivas na Justiça, o que sinaliza para uma política judiciária a ser seguida em casos análogos.

4. Conclusão

Inovar pelo legislador em matéria de serviço público (em geral), e servidor público (em particular), como visto, é um desafio, por mais bem-intencionada que seja a iniciativa.

No que se refere à disciplina prevista para a contratação de PMs Temporários, não conseguimos ver manifesta incompatibilidade do quanto estabelecido pelas leis referidas (nº 10.029/2000 e 11.064/2002) e os dispositivos constitucionais aplicáveis à organização de atividades correlatas à segurança pública.

Se há aspectos passíveis de críticas nos diplomas em comento (como a natureza da remuneração conferida aos temporários, o tipo de seleção pública aplicada aos candidatos a tais vagas e os efeitos previdenciários do vínculo), acreditamos que correções pontuais a respeito bastem para aprimoramento do desenho pensado pelos parlamentares para a realização de determinadas facetas da função policial (sobretudo administrativas) com menor dispêndio de recursos do erário.

²⁵ Já que, salvo quanto à repercussão previdenciária decorrente do caráter universal do sistema previsto no art. 194 da CR, temos dúvidas acerca da impossibilidade de lei sobre a contratação de temporário não prever o pagamento das verbas remuneratórias referidas no acórdão do IRDR n. 0038758-92.2016.8.26.0000.

Nada obstante, ao menos em âmbito estadual, temos dois precedentes importantes quanto à inconstitucionalidade das leis em tela (Incidente de Inconstitucionalidade nº 175.199-0/0-00 e IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000), de modo que resta aguardar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre o ponto.²⁶

Contudo, no que concerne à judicialização do tema, tal como feito no âmbito do Estado de São Paulo, parece-nos necessário pensar em novos rumos.

A submissão do mesmo pedido decorrente de fato único que toca uma coletividade de pessoas a diversos magistrados, como é intuitivo, implica não só desperdício de recursos materiais e humanos por parte do Judiciário para apreciar um sem número de vezes idêntica controvérsia, como gera o risco de decisões contraditórias que, ao fim e ao cabo, conduzem à eternalização de lides e à concessão de tratamento distinto a jurisdicionados que estão em situação equivalente.

Logo, imaginamos ser premente, em tempos nos quais a distribuição mensal de processos perante as Varas da Fazenda Pública da Capital se aproxima de 400 feitos por mês (a reclamar, pois, cerca de 200 sentenças-mês por juiz só para não aumentar o respectivo acervo), buscarem-se formas de racionalizar a prestação de jurisdição, com foco na prolação de decisões de maior qualidade e com efeitos mais abrangentes, tendentes a enfrentar a causa da multiplicação de processos, que geralmente passa incólume na apreciação de litígios individuais.

As dificuldades para que a empreitada tenha êxito são conhecidas, em especial em uma cultura de atomização de conflitos e de burocratização da função do juiz, que, preso a infundáveis filas de processos a serem apreciados, é desestimulado a pensar, submetido que está a metas de julgamento quantitativas cada vez mais ambiciosas, que passam, naturalmente, a reger a sua rotina.

Para além do aprimoramento do processo coletivo entre nós (será que faz sentido este poder ser proposto em qualquer vara judicial e/ou não acarretar o sobrestamento de demandas individuais versando sobre a mesma controvérsia?), um primeiro passo em direção à mudança de paradigma seria o do reconhecimento da prevenção de um mesmo juiz para o julgamento da causa transindividual (e não só do seu processo, como é feito nos dias que correm).

Se fundamento legal expresso para tanto já existe,²⁷ cabe aos órgãos de cúpula do Tribunal estimularem seus integrantes a assim fazê-lo, garantindo-lhes, como não poderia deixar de ser, estrutura de serviço compatível com o incremento vertiginoso de distribuição a ser enfrentado por uma dada unidade judicial durante certo período, bem como regras de compensação na distribuição de outras demandas repetitivas que surjam posteriormente.

Finalmente, resta saber, em transitando em julgado o entendimento estabelecido no IRDR nº 0038758-92.2016.8.26.0000, qual será a postura da nossa Corte caso haja recusa da Administração em conferir a todos os que exerceram a função de PM Temporário no Estado os direitos reconhecidos pela jurisprudência pacificada.

²⁶ Em julgamento recente de lei goiana que disciplinava a função de temporários, o STF manifestou-se pela inconstitucionalidade da lei, mas ressalvando que, no caso, essa extrapolava inclusive o quanto previsto na Lei 10.029/2000 (ADI nº 5.163 – Goiás, julgada em 08/04/2015).

²⁷ § 3º do art. 55 do Código de Processo Civil – “Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles”. Disponível em: <<https://bit.ly/1Voj13i>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

Seria legítimo o Estado fazê-lo, obrigando os cidadãos que se enquadrem no quanto delineado pelo Tribunal a ingressar com pleitos individuais apenas para obterem pronunciamentos atomizados e replicantes que declarem o que já fora decidido pela instância superior? Nesse caso, haveria livre distribuição das milhares de novas demandas, ou um juízo único seria preventivo para apreciá-las? Não seria oportuno pensarmos em mecanismos que conduzam ao cumprimento administrativo do quanto decidido no IRDR, sem que o Judiciário continue a ser usado como instrumento para rolagem da dívida pública?

Essas são apenas algumas das perguntas que a análise do controle judicial sobre a criação figura do PM Temporário suscitam, cujas respostas, ao serem dadas, podem oferecer melhores caminhos para o tratamento do fenômeno das lides repetitivas pelo nossos Tribunais.

Vale lembrar que, em um momento no qual o serviço público como um todo vem sendo questionado quanto aos seus custos e à eficiência com a qual se desincumbe de suas tarefas, cabe também ao Judiciário, como espécie do gênero, fazer sua lição de casa.

E isso, senhoras e senhores, depende sobretudo de nós.

5. Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial? In: PRETTO, Renato S. de; KIM, Richard P.; TERAOKA, Thiago M. C. (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 85-118.

ARAÚJO, Alexandra Fuchs de; COSTA, Rodrigo Gruppi Carlos da. A reforma do estado e a remuneração dos servidores – elementos para o juízo de ponderação entre os princípios da eficiência e isonomia. *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública*, Belo Horizonte, ano 4, n. 10, p. 9-29, jan./abr. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari; DUARTE, Clarice Seixas (Coord.). *Judicialização da saúde: a visão do poder executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito constitucional passa; o direito administrativo passa também. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 705-722.

CARNAES, Mariana. O Clientelismo e os Cargos Comissionados: Impacto na Eficiência da Administração Pública. *Academia Brasileira de Direito do Estado*. São Paulo, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2CWdk4D>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

_____. *Compromisso de ajustamento de conduta e eficiência administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da. Vinculação da administração à Constituição – alguns apontamentos sobre o dever constitucional de o Estado prestar serviços públicos de saúde. *Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura*, São Paulo, ano 16, n. 40, p. 9-20, abr./jun. 2015.

GABARDO, Emerson. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

ISSA, Rafael Hamze. *O controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Salvador: Podivm, 2009.

LOPES, Pedro Moniz. Implicazioni derivanti dalla generacità sulla (in) coerenza e (in) completezza dei sistemi giuridici. In: *Diritto e Questioni Pubbliche*, Palermo, v. XVII, p. 275-327, jun. 2017.

MARRARA, Thiago. Controle interno da administração pública: suas facetas e seus inimigos. In: MARRARA, Thiago; GONZALÉZ, Jorge Augusto. *Controles da administração e judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 45-65.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. Direito administrativo e inovação: limites e possibilidades. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 665-680.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 31, p. 47-55, 2000.

NOHARA, Irene Patrícia. Novos contornos da autocontenção judicial: discricionariedade nas fronteiras da judicialização. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (Orgs.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 528-547.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. Agentes públicos de linha de frente. In: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar A. G. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 681-700.

PINTO, Élide Graziane. *Financiamento dos direitos à saúde e à educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. *O direito administrativo como “caixa de ferramentas”*. São Paulo: Malheiros, 2017.

SANTOS, Bruno Grego. Valores da administração pública e atuação estatal de má-fé ou manifesto pelo Estado honesto. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. C. da; OLIVEIRA, André T. da M.; ISSA, Rafael H.; SCHWIND, Rafael W. (Coord.). *Direito, instituições e políticas públicas: o papel do jusidealista na formação do Estado*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 481-492.

SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. *Revista Direito GV*, [S. l.], v. 12, n. 2, p. 311-344, maio/ago. 2016.

SCHIRATO, Vitor Rhein. Legalidade e tipicidade no exercício da função sancionadora pela administração pública. In: _____ (Coord.). *Estudos atuais sobre ato e processo administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 169-189.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SPAOLONZI, Maria Gabriella Pavlóoulos. A constituição da norma de decisão na judicialização da saúde. In: PRETTO, Renato S. de; KIM, Richard P.; TERAOKA, Thiago M. C. (Coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 335-366.

Uma análise fática sobre os limites da atividade jurisdicional sobre as escolhas do Poder Executivo e o princípio da separação dos poderes

Ana Lia Beall¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Atualmente, assunto dos mais comentados na doutrina e recentemente também objeto de análise dos Tribunais é a questão da separação dos Poderes e dos limites constitucionais da atividade jurisdicional.

Quando do meu primeiro contato sobre o assunto, lá pelos idos de 1994, pela doutrina do saudoso Hely Lopes Meirelles, em *Direito Administrativo brasileiro*, ensinava o mestre que

O Brasil adotou, desde a instauração de sua primeira República (1891), o sistema da jurisdição única, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça comum. [...] A orientação brasileira foi haurida no Direito Público Norte-Americano, que nos forneceu o modelo para nossa primeira constituição Republicana, adotando todos os postulados do rule of law e do judicial control da Federação coirmã. (MEIRELLES, p. 51-52)

E continua o saudoso mestre:

Tal sistema, já o conceituamos, mas convém repetir, é o da separação entre o Poder Executivo e o Poder Judiciário, vale dizer entre o administrador e o juiz. [...] Para a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas a Administração e os administrados dispõem de mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum e recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único – que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado (CF, art. 5º, XXXV). (MEIRELLES, p. 53)

Vê-se, portanto, que as atividades jurisdicionais e administrativas são bem distintas e realizadas por cada ente constitucional, cabendo, contudo, ao Poder Judiciário a análise de legalidade do ato praticado pelo administrador.

Celso Antônio Bandeira de Mello, seguindo com nossos doutrinadores brasileiros conceituados, ensinou em seu livro *Curso de Direito Administrativo* que

Nada há de surpreendente, então, que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos,

¹ Juíza de Direito da 3ª Vara Cível de Sumaré. Bacharel pela Universidade Paulista – UNIP em 1997. Magistrada desde setembro de 2000.

da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. (MELLO, p. 931 et seq.)

Desta feita, tem-se que os motivos da finalidade e da causa do ato poderão e serão objeto de análise do Poder Judiciário a fim de se perquirir sobre a legalidade do ato praticado, sem que isso seja um ato arbitrário do Poder Judiciário.

Maria Sylvia Zanella di Pietro, em *Direito Administrativo*, ensina que

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isso ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. (PIETRO, p. 227)

Por sua vez, Lúcia do Valle Figueiredo escreve em seu livro *Curso de Direito Administrativo* que:

a discricionariedade consiste na competência-dever de ao administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios gerais de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios standards ou ideologias, dos princípios e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma. (FIGUEIREDO, p. 223)

Num Estado Democrático de Direito então, onde a lei é de fato a maior garantia do cidadão, tem o Poder Judiciário maior responsabilidade na análise dos casos trazidos a seu conhecimento, quando praticados pelos diversos agentes públicos. Por certo, então, que tal análise é decorrência lógica da tripartição dos Poderes e do estabelecimento em prol dos cidadãos, de direitos fundamentais na Carta Magna.

Diante de tantas arbitrariedades cometidas pelos agentes administrativos no exercício de suas funções constitucionais, no mais das vezes, por acionamento dos prejudicados, o Poder Judiciário é instado a se manifestar.

Um dos casos é a sentença que trago ao conhecimento dos operadores do direito, no qual pede-se a intervenção do Poder Judiciário a fim de se determinar obrigação de não fazer ao ente executivo municipal, em virtude de parcelamento de salários dos servidores municipais.

Releva destacar, no presente caso, o fato de que não havia lei municipal determinando exatamente em qual dia os vencimentos dos servidores deveriam ser depositados nas

contas dos respectivos trabalhadores, o que justificou o parcelamento dos vencimentos, tendo sido, contudo refutada pela r. sentença, que se encontra em grau de recurso.

Veja-se que um dos argumentos do ente municipal é o já conhecido princípio da harmonia entre os Poderes da República, sendo, no sentir do requerido, uma indevida intromissão do Poder Judiciário na atividade constitucional administrativa, ferindo-se o princípio da separação dos Poderes. A ausência de valores em caixa era justificativa do ente municipal para o pagamento dos servidores quando e como assim decidiu, e por ser questão atrelada ao orçamento anual não poderia ser analisada pelo Poder Judiciário, porque configuraria a tal intromissão inconstitucional do Poder Judiciário no Poder Executivo.

Evidente que, na esfera atual do Direito Administrativo, toda a ilegalidade praticada pelos demais entes da República será trazida pelos interessados ao crivo do Poder Judiciário. Ou seja, é a própria atividade dos administradores que faz com que o Poder Judiciário, porque provocado pelos que se sentem lesionados, tenha por obrigação constitucional analisar os fatos e corrigi-los, sem que isso signifique quebra do princípio da separação dos Poderes.

Assim, muito longe de ser uma sentença que fere o princípio da separação dos Poderes, ela corrige a ilegalidade que vinha sendo praticada reiteradamente pelo Município, ferindo direitos indisponíveis como a dignidade da pessoa humana. E como já dito, quanto mais haja lesão aos direitos individuais, mais o Poder Judiciário será instado a se manifestar, “dando a cada um o que é seu” (Santo Agostinho).

A seguir o teor da sentença por mim proferida nos autos de nº 1006164-10.2014.8.26.0604, da 3ª Vara Cível de Sumaré-SP:

SINDICATO DOS SERVIDORES E FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS E DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE ECONOMIA MISTA MUNICIPAIS DE SUMARÉ moveu ação civil pública em face de MUNICÍPIO DE SUMARÉ alegando que o réu vem atrasando reiteradamente os pagamentos dos servidores públicos municipais, e às vezes o fazendo sem as horas extras ou de maneira parcelada, o que acarretou enorme prejuízo aos servidores. Sustenta a ilegalidade de tal conduta, bem como os danos de ordem moral coletivos que dela decorrem. Pede a procedência da ação para a) Que o Município abstenha-se de parcelar os vencimentos dos servidores públicos; b) Que seja o Município condenado a efetuar integralmente o pagamento dos vencimentos dos servidores até o limite do 5º dia útil subsequente de cada mês, inclusive com todas as horas extras e benefícios devidos a cada servidor; c) Condenação do Município à obrigação de fazer, em entregar os respectivos demonstrativos de pagamento, juntamente com a data do efetivo pagamento, ou seja, até o 5º dia útil para que o servidor possa conferir as verbas recebidas. d) seja o Município condenado a pagar Dano Moral Coletivo. Foi deferida liminar (p. 107-108), à qual foi interposto agravo de instrumento. Citado, o Município contestou alegando que não há norma legal que determine que o pagamento seja feito no quinto dia útil. Além disso, as astreintes não devem ser repassadas ao Sindicato, além disso, é ela exorbitante. Arguiu irregularidade na representação processual da autora. Sustenta que não se aplica o artigo 459 da CLT aos servidores

públicos sob regime estatutário. Argumenta que não é dado ao Poder Judiciário fixar data limite legal quando a lei assim não fez. Quanto aos danos morais, sustenta ser exorbitante a quantia pleiteada. Afirma que os atrasos geraram descontentamento, mas que não configuram danos morais. Pede a improcedência da ação.

Houve réplica (fls. 170-174).

Foi realizada audiência de tentativa de conciliação que restou infrutífera.

O Ministério Público se manifestou sobre o pedido opinando pela parcial procedência.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Julgo antecipadamente a lide nos exatos e precisos termos do artigo 355 I do NCPC, pois a questão é estritamente de direito, desnecessária a produção de provas em audiência.

A questão posta em julgamento é a possibilidade de o ente público pagar os vencimentos dos seus servidores no dia que bem entender ou até mesmo parceladamente. E a resposta é uma só: não é possível.

E isto porque, a despeito da ausência de lei municipal que especifique esta obrigação ou mesmo o dia de pagamento, o fato é que o não pagamento na data esperada ou mesmo de maneira parcelada configura ato inconstitucional porque fere o princípio da dignidade da pessoa humana e causa enriquecimento ilícito em detrimento dos servidores. Ora, após um mês de trabalho os servidores têm como recompensa pelo trabalho prestado o pagamento de seus vencimentos na data aguardada, que no caso dos autos é no 5º dia útil, como sempre foi a prática do Município. A ausência de pagamento na data aprazada evidentemente implica na desorganização da organização financeira doméstica, por vezes no descumprimento de compromissos assumidos pelos servidores e, em contrapartida, na utilização pelo Estado, sem mandato para tal, de valores que não lhe pertencem.

O Município, então, ao atrasar o pagamento dos vencimentos não apenas se torna descumpridor de suas obrigações legais e constitucionais, mas passa a exercer de maneira ilegal a função de depositário de tais valores sem que tenha procuração para tal. Nesse ponto configura-se a ilegalidade do ato, ainda que não haja data determinada para pagamento dos vencimentos, como bem asseverado em contestação.

E desta feita, poder-se-ia, na esteira da ratio do artigo 459 e parágrafo único da CLT, (Art. 459 – O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações. § 1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido. (Redação dada pela Lei nº 7.855, de 24.10.1989), aplicar a limitação legal nela contida, aos servidores estatutários, por analogia, já que o sentido da lei é evitar que o trabalhador receba seu salário após trinta dias de serviços prestados. O fato de que o regime jurídico aplicado aos servidores públicos é de natureza pública, não afasta a aplicação do dispositivo apontado por analogia, já que a intenção do legislador infraconstitucional é a mesma do legislador constitucional, no sentido de garantir o

pagamento do salário após trinta dias de trabalho, tudo a respeitar a dignidade do trabalhador.

Como ensinou o mestre Miguel Reale:

A analogia atende ao princípio de que o Direito é um sistema de fins. Pelo processo analógico, estendemos a um caso não previsto aquilo que o legislador previu para outro semelhante, em igualdade de razões. Se o sistema do Direito é um todo que obedece a certas finalidades fundamentais, é de se pressupor que, havendo identidade de razão jurídica, haja identidade de disposição nos casos análogos, segundo um antigo e sempre novo ensinamento: ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositivo (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito) (in Reale, Miguel, “Lições Preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, 27ª edição, p. 296).

Portanto, aplicando-se por analogia o disposto no artigo 459 da CLT, o réu é obrigado a efetuar o pagamento dos vencimentos dos servidores municipais até o 5º dia útil do mês subsequente, sem qualquer parcelamento.

Nem se diga que o Município, em virtude da baixa arrecadação não tem numerário suficiente, posto que a Lei Orçamentária apresentada pelo Executivo e aprovada pelo Legislativo municipal prevê as despesas necessárias ao cumprimento desta rubrica, com a indicação da fonte de recursos, de sorte que a alegação apresentada em contestação não é suficiente a eximir o réu de sua obrigação constitucional.

Quanto ao dano moral coletivo entendo que o atraso no recebimento integral do salário, em que pese ilegal e inconstitucional não chegou a configurar dano de ordem moral. E isto porque, como já decidido em inúmeras vezes pelo TST, em que pese a competência constitucional diversa, não se trata de dano moral in re ipsa, ou seja, daqueles reconhecidos pela simples ocorrência, já que no caso dos autos ao que parece houve poucas vezes o dito parcelamento, e tais atrasos implicarão na incidência das astreintes já fixadas em tutela antecipada.

Nesse sentido:

O atraso ou não pagamento de salários, 13º salário, FGTS e verbas rescisórias, por si só, não gera direito à pretensão indenização por danos morais, cabendo ao obreiro a demonstração do prejuízo que sofreu, pois essa noção é um dos pressupostos de toda responsabilidade civil, que exige, efetivamente, um dano a reparar.

O dano moral não se caracteriza apenas pelo sentimento subjetivo de quem acha que sofreu algum agravo na sua honra, fama ou reputação. É necessária demonstração de que as relações pessoais foram alteradas objetivamente, com constrangimento moral, sofrendo a reclamante violação a direitos ligados à personalidade, intimidade, vida privada, imagem, honra ou ao caráter. Contudo, in casu, não houve demonstração de que o reclamante tenha sofrido situações constrangedoras ou qualquer repercussão negativa em sua vida, ônus que lhe competia (artigo 818 da CLT c/c com o inciso I, do artigo 333, do CPC).

No mesmo sentido, a decisão proferida nos autos 00357-2013-026-09-00-4 (ac. publicado em 04/02/2014), no qual funcionou como

relator o Exmo. Desembargador Paulo Ricardo Pozzolo). (PROCESSO Nº TST-RR-355-30.2013.5.09.0664 – Firmado por assinatura digital em 11/03/2015 pelo sistema AssineJus da Justiça do Trabalho, conforme MP 2.200-2/2001, que instituiu a Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira. Data de Publicação: 13/03/2015)

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para determinar que o Município de Sumaré efetue o pagamento de seus servidores municipais até o 5º dia útil, sendo vedado qualquer parcelamento, bem como que efetue a entrega dos holerites no mesmo dia, sob pena de incidência de multa diária de R\$ 10.000,00, para cada descumprimento, cujo montante será quantificado em fase de liquidação.

Resolvo o mérito nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil.

Em virtude da sucumbência parcial, cada parte arcará com o pagamento de metade das custas e despesas processuais, bem como com os honorários de seus advogados.

P.R.I

*ANA LIA BEALL
Juíza de Direito*

Em que pese a apelação ainda não ter sido julgada, o representante do Ministério Público lançou parecer argumentando que:

2.1 Para muitos dos argumentos deduzidos pelo apelante lembramos que a força do direito deve prevalecer sobre o direito da força. É dizer, parece que a chefia do Município apelante não se apercebeu de que o Estado existe em função do indivíduo e não o contrário e que não pode agir com truculência (o atraso ou parcelamento do salário do servidor é uma violência) em flagrante prejuízo a direitos elementares do cidadão, como se ainda estivéssemos na triste época da ditadura militar.

A Carta Política brasileira adota os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos de nosso Estado Democrático de Direito (art. 1º, IV) e a base da ordem social, que tem como objetivo o bem-estar e a justiça social (art. 193), expressamente repudiando qualquer forma de discriminação preconceituosa em relação ao salário e critério de admissão do trabalhador.

Desta forma, a ausência de previsão legal (não se sabe se proposital ou não) no âmbito municipal de data para pagamento do salário do servidor, além de precisar ser urgentemente sanada não pode servir, em hipótese alguma, de argumento para o desrespeito verificado nestes autos.

Não se pode admitir lacunas no direito e ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio (onde há a mesma razão deve haver a mesma disposição de direito). Portanto, correta a aplicação da analogia à regra do art.459, §1º da CLT (que transcrevemos acima), uma vez que o propósito protetivo estabelecido na CLT para o servidor civil guarda a mesma ratio.

[...]

Nesta linha, os argumentos deduzidos pelo apelante não se sustentam a uma análise mais séria, cabendo destacar a infeliz afirmação de que a lei municipal que regula o servidor de Sumaré é soberana, absoluta e refratária aos comandos constitucionais protetivos do trabalhador, elencados tanto no art.7º como no art.37, XV, p. ex.

Lembramos, novamente, ao recorrente, que o período de se negar valor ao texto constitucional pertence a um passado de triste memória, que deve ser lembrado para não ser repetido.

Interessante o paralelo traçado pelo ilustre representante do Ministério Público quanto à tentativa de fazer prevalecer o ato emanado pelo Chefe do Poder Executivo Municipal, em detrimento da Constituição Federal, do que se pode retirar certa carga ditatorial do pensamento esposado. Isto porque, para justificar o ato administrativo objeto da ação civil pública (efetuar pagamentos a menor ou parcelados), argumenta que a ausência de data prevista em lei para pagamento acaba por revestir o ato ilegal de legalidade, esquecendo-se, contudo, que a questão da legalidade do ato será, como efetivamente foi, analisada pelo Poder Judiciário sob a égide dos princípios constitucionais.

Veja-se que a evolução do Direito Administrativo brasileiro vem acompanhando cada vez mais e com maior ênfase os atos administrativos praticados pelos agentes administrativos, os quais, muitas das vezes sob o manto da discricionariedade, acreditam estar blindados da análise judicial de legalidade/moralidade do ato.

Como consequência do aumento das ilegalidades – basta ver o número cada vez maior de distribuição de ações civis públicas, ações de obrigação de fazer, de não fazer e condenatórias, contra os entes da Federação nas Varas com competência fazendária – a chamada intromissão do Poder Judiciário sobre os atos da administração também aumenta.

Em um país em que os direitos e garantias individuais no mais das vezes não são respeitados, o Poder Judiciário é cada vez mais chamado a dizer o direito, ainda que com isso tenha que adentrar ao mérito do ato administrativo, praticando a nominada *intromissão* do Judiciário nos atos da Administração.

Esta suposta intromissão, quando é decorrente da omissão estatal, ganha o status de *ativismo judicial*. Ora, na ausência de ato administrativo ou lei, o Poder Judiciário acaba por suprir a omissão e pratica o ato que deveria ter sido praticado pelo ente legislativo.

O chamado *ativismo judicial*, ao meu ver, é a face mais proativa do Poder Judiciário e, por isso, é também a mais criticada, principalmente pelos membros dos demais poderes.

Consoante expressiva lição de Luis Roberto Barroso,

a idéia do ativismo judicial está associada a uma atuação mais intensa do Poder Judiciário, na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço dos dois poderes. O ativismo judicial é caracterizado: a) pela aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto, e independentemente da manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas e abstenções ao Poder público, notadamente em matéria de políticas públicas. (BARROSO, 2009, p. 75)

Há, portanto, íntima relação entre *ativismo judicial* e a suposta *intromissão* do Poder Judiciário nos demais Poderes constitucionais. Como já asseverado, o aumento da atividade jurisdicional envolvendo atos típicos dos outros poderes – legislar e administrar –, decorre da ausência de tais atos ou da prática de atos ilegais ou imorais.

No caso da sentença colacionada neste texto, o Poder Executivo Municipal decidiu efetuar pagamentos parcelados e/ou a menor aos servidores municipais, tendo por embasamento legal a ausência de data em lei municipal. Ressalte-se, então que em face de uma omissão legislativa, o chefe do Poder Executivo acaba por escolher a pior dentre todas as escolhas possíveis, afetando direitos constitucionais dos servidores públicos municipais. É exatamente neste ponto em que entendo ser possível atribuir ao ato administrativo a característica de ato discricionário, pois o administrador estava diante de uma certa possibilidade de escolha, tendo escolhido, na ausência da data de pagamento, efetuar pagamentos parcelados.

Há quem diga, contudo, que tal ato seria vinculado, ou seja, que o administrador municipal não detinha tal discricionariedade, pois diante do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deveria ter determinado os pagamentos todos integrais, consoante já vinha sendo feito, ou seja, até o 5º dia útil, seguindo uma orientação já bastante antiga.

Instado a analisar a legalidade dos parcelamentos dos vencimentos dos servidores, o Poder Judiciário prolatou sentença na qual entende ter havido uma escolha ilegal do Chefe do Executivo, porque acabou por atingir direitos fundamentais dos servidores municipais, que deixaram de receber na íntegra seus vencimentos.

S.m.j., não havia outra solução a ser dada no caso concreto, na medida em que, sopesando os princípios constitucionais, sobressaiu-se o da dignidade da pessoa humana, o que autoriza, evidentemente, no sistema judicial brasileiro, a que o Poder Judiciário tenha certa liberdade na decisão, pois há em jogo, além dos direitos individuais, o interesse público representado pela decisão do ente estatal.

A dicotomia público/privado presente estará cada vez mais nas relações entre o particular e o administrador público, gerando conflitos que, seja por ação, seja por omissão, acabam no Poder Judiciário, como último garantidor dos direitos e garantias constitucionais.

É bem verdade que o Poder Judiciário não pode, sob o pretexto de análise do caso concreto, substituir a vontade do administrado/legislador e ultrapassar os limites da legalidade, posto que não é dado ao Poder Judiciário substituir a figura do administrador ou do legislador, sob pena de cometer ato judicial inconstitucional.

O liame existente entre o legal e ilegal pode ser bastante tênue, o que me leva a definir como ato judicial ilegal aquele em que o Poder Judiciário, substituindo a vontade do legislador, decide pela opção não escolhida. Melhor explicando, a dita *intromissão* do Poder Judiciário somente se configurará quando o ato dito por ilegal for legal, ou seja, o Poder Judiciário entende por ilegal uma escolha legal do administrador p.ex., e a substitui. Neste caso, sempre que legal o ato do administrador, ainda que não fosse o escolhido pelo magistrado, não pode haver substituição pela vontade do Poder Judiciário. Neste caso haveria intromissão indevida do Poder Judiciário nas escolhas do Poder Executivo. Evidente que somente a análise casuística indicará se a substituição da vontade do agente público pela decisão do magistrado foi acertada e, portanto, legal.

Como bem explanado pelo magistrado Luis Manuel Fonseca Pires,

A discricionariedade administrativa é a competência prevista em lei para o exercício da função administrativa que outorga ao agente público uma pluralidade de decisões legítimas, e que por isso não se confunde com a interpretação jurídica de conceitos jurídicos indeterminados, e igualmente não pode ser outorgada para o âmbito da Administração Sancionadora, e a escolha deve ser exercida, diante do caso concreto, pela melhor opção possível à realização do interesse público. (p. 220)

E a cada divisão existente dentro do próprio Estado, – interesses dos homens versus das mulheres, dos brancos versus dos negros, dos liberais versus dos radicais, da esquerda versus da direita –, o interesse público torna-se mais difícil de ser identificado, o que, num primeiro momento, pode levar à conclusão de que o ato praticado pelo agente público não foi decorrente da melhor escolha, apenas porque com ele não concordo, exigindo que seja declarado ilegal pelo Poder Judiciário a fim de que seja substituído por aquele que entendo mais adequado. Neste caso, haveria sim ato judicial ilegal.

Para concluir, no caso em comento representado pela sentença colacionada neste texto, em virtude de ato praticado pela Prefeita Municipal, que determinou o parcelamento dos salários dos servidores, sob o argumento da ausência de lei prevendo data específica para pagamento, entendi por bem que tal ato era ilegal porque feriria o princípio da dignidade da pessoa humana, direito constitucional que se sobrepõe à omissão legislativa e ao ato objeto da análise jurisdicional, determinando que os pagamentos passassem a ser feitos até o quinto dia útil de cada mês, sob pena de incidência de multa.

O que se pretendeu com este singelo escrito foi trazer ao conhecimento dos interessados o modo como uma simples escolha equivocada do administrador pode ensejar a análise da legalidade de seu ato que acarretará, no mais das vezes, a atuação positiva, com a substituição do ato do agente público por outro emanado do Poder Judiciário, daí podendo ser classificado como *ativismo judicial* ou intromissão do Judiciário nas questões dos demais Poderes, embora, a despeito das críticas, seja apenas e tão somente ato jurisdicional, ou seja, decorrente da função específica de julgar.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. In: *Revista de Direito do Estado*, ano 4, n. 13:71, jan.-mar. 2009.

Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia do Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

PIRES, Luis Manuel Fonseca Pires. *Controle da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Breve conceituação de função administrativa

Bruno Machado Miano

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Função; 2.1. Função pública; 2.2. Função administrativa; 3. Conceituação; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

É cediço que o Estado Moderno, enquanto *sociedade política permanente*, possui três funções preponderantes, distribuídas em blocos orgânicos chamados “Poderes”. É a aplicação da teoria de Montesquieu, que logrou êxito e não encontra contestação no mundo contemporâneo, ainda que nem sempre determinada função seja distribuída a um Poder independente.

Assim sendo, três são as funções consagradas: *a legislativa, a judiciária e a executiva (ou administrativa)*. Cada uma dessas funções é exercida por um dos Poderes: assim, a legislativa, pelo Legislativo; a judiciária, pelo Judiciário, e a administrativa, pelo Executivo; podendo, *ainda*, haver o exercício *atípico* de outra função (que não a sua, *típica*) por determinado Poder (contratação de servidores e licitação de bens ou serviços pelo Judiciário e pelo Executivo; expedição de atos normativos, pelo Judiciário e pelo Executivo; processamento e julgamento de determinadas autoridades, em casos de crimes de responsabilidade, pelo Legislativo).

O delineamento das funções legislativa e judiciária não encontra grande dificuldade. Com efeito, a função legislativa é aquela por meio da qual o Estado, à luz da Constituição Federal, inova o ordenamento jurídico, criando normas gerais e abstratas, via de regra, sendo sua observância coercitiva. Excepcionalmente, a função legislativa permite ao Estado, dentro dos limites constitucionais, a criação de normas particulares, visando a situação específica e concreta.

Já a função judiciária é aquela por meio da qual o Estado compõe os litígios que lhe são apresentados, de modo definitivo.

É chegada a hora, pois, de uma análise conceitual mais detida da função administrativa.

2. Função

Segundo Silvio de Macedo, a função tem conotação de *operação*, do grego *érgon*, que significa *o ver, o ouvir*. Longe de ser um conceito unívoco, possui acepções sociológicas, jurídicas, lógicas e até matemáticas.

Nesse último campo – matemático – interessa-nos a definição feita por Leibniz, que vê a função como “as diversas linhas que variam com a posição de um ponto” (abscissa,

ordenada, corda, tangente etc.)”.¹ É dizer, em palavras genuinamente simples: são linhas *diversas* que têm um ponto *em comum*.

2.1. Função Pública

Dentro da busca por um conceito abrangente da *função administrativa*, precisamos analisar o conceito logicamente precedente, de função pública, de que são exemplos, também, a judiciária e a legislativa.

Jean-Michel Lemoyne de Forges assim disserta sobre função pública, em sentido amplo: “De maneira geral, exercer uma função pública consiste em cumprir uma tarefa de interesse público (político, técnico, administrativo, judiciário) no âmbito de uma coletividade pública”.²

Deveras, em caráter bastante amplo, a definição empregada alberga bem toda função pública vista até aqui. É, em resumo, um “dever de atendimento do interesse público”.³

2.2. Função administrativa

Assim, tanto quanto as funções judiciária e legislativa, a *função administrativa* (ou executiva) também envolve um dever – do agente público – em atender o interesse público, ou seja, o interesse da Coletividade (interesse alheio).

Para a realização de sua função, a Administração Pública goza de prerrogativas, bens e servidores, mas também lhe são impostas restrições e limitações, estabelecidas pelo ordenamento jurídico em prol dos direitos e garantias fundamentais.

Sobre o assunto, leciona Raquel Melo Urbano de Carvalho, *in verbis*:

*O Estado, ao realizar a função administrativa, submete-se a um regime jurídico próprio que lhe impõe restrições e assegura prerrogativas. O regime jurídico administrativo é o conjunto de normas que exorbita o direito privado e que estabelece sujeições e benefícios em face da Administração e daqueles que com ela mantêm vínculos jurídicos.*⁴

Vê-se, do que até aqui foi exposto, que na conceituação de função administrativa há um aspecto *relativo* ao *sujeito* da função (aspecto subjetivo), um aspecto *objetivo* referente à atividade exercida para a concreção de um fim; e, também, um aspecto *teleológico*, referente à finalidade a que se destina o ato administrativo.

O *critério subjetivo* ou *orgânico* realça, destaca, o agente da função. Um guarda de trânsito, um prefeito municipal, um secretário estadual, um diretor de autarquia, realizam funções *administrativas*, *executivas*. Resta certo pelo próprio sujeito do ato.

Entretanto, nem sempre é possível dizer que a função realizada por um servidor do Executivo é, necessariamente, *administrativa*. Um órgão de trânsito que expede uma Resolução. Um prefeito que edita uma Portaria. Um colegiado que edita um Provimento.

¹ MACEDO, Sílvio de. Função. In: FRANCA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977. p. 481.

² ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. (Orgs.). *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. p. 828.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 27.

⁴ CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 25.

Apesar da característica *subjéitiva*, os atos emanados *podem* não exercer função administrativa, mas sim *legislativa*, se dentro dos parâmetros legais e constitucionais.

Logo, percebe-se que apenas este critério, por si só, é insatisfatório para identificar-se um ato conformador de *função administrativa*.

O *critério objetivo* distingue-se em dois: *material e formal*. Pelo critério *material ou substancial*, verifica-se o conteúdo da atividade. Assim, por exemplo, a contratação de servidores, a licitação de obras, a pavimentação de ruas e estradas, a iluminação pública.

Assim, mesmo que o ato provenha de outro Poder, estará exercendo função administrativa se *seu conteúdo* indicar para “a gestão dos interesses coletivos na sua mais variada dimensão, consequência das numerosas tarefas a que se deve propor o Estado moderno”.⁵

Dessarte, exercem *função administrativa* tanto o Executivo quanto o Legislativo e o Judiciário, quando licitam, compram, contratam, alienam etc.

Por não ser um critério exclusivo da Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello rechaça o critério como o melhor para identificar a *função administrativa*. Afirma o eminente administrativista pátrio:

*De outra parte, também não se poderia sufragar o critério objetivo material, pois, em Direito, uma coisa é o que é por força da qualificação que o próprio Direito lhe atribuiu, ou seja, pelo regime que lhe outorga e não por alguma causa intrínseca, substancialmente residente na essência do objeto.*⁶

Em que pese a deferência ao mestre paulista, dele discordo. *Comprar, alienar, contratar, edificar, manter a ordem, a higiene*, dentre outras atividades, serão sempre funções administrativas, não importa o destino que a Lei dê a tais atividades.

Uma Lei que mandasse o Judiciário cuidar dos hortos florestais, ou que ordenasse ao Legislativo o comando da polícia, seria evidentemente inconstitucional. E nem mesmo uma mudança constitucional em tais termos grassaria, haja vista sabermos todos que as normas constitucionais também podem ser havidas como inconstitucionais.

Em suma, pese a abstração e a generalidade da Lei, ela não pode se apeiar do Direito, que é ciência social aplicada, e não etérea. Não cabe ao jurista, por meio de leis, buscar alterar a essência das coisas, porque o que é imanente não se muda com canetas e diários oficiais.

Nesse passo, em modesto entendimento, penso que razão assiste ao não menos eminente Carvalho Filho, que assim escreve:

*Não custa, por fim, lembrar que, a despeito da reconhecida diversidade dos critérios identificadores da função administrativa, como mencionamos acima, é o critério material que tem merecido justo realce entre os estudiosos; cuida-se de examinar o conteúdo em si da atividade, independentemente do Poder de onde provenha. [...] Em relação a elas a ideia é sempre residual: onde não há criação de direito novo ou solução de conflitos de interesses na via própria (judicial), a função exercida, sob o aspecto material, é a administrativa.*⁷

⁵ CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 34-35.

⁷ CARVALHO FILHO, José. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

Pelo critério *objetivo-formal*, explica-se a função administrativa conforme o regime jurídico em que se situa a disciplina de sua atividade. Deduz-se a função apenas em razão do tratamento normativo que recebe.

Conquanto seja o critério acolhido por Celso Antônio Bandeira de Mello,⁸ trata-se, em verdade, de critério assaz vago, de conteúdo opaco. A função legislativa seria apenas aquela que traz regras gerais e abstratas no ordenamento jurídico. Ocorre que existem leis de efeitos concretos. A função jurisdicional seria aquela que resolve os conflitos com força de *coisa julgada*, olvidando-se, porém, das questões de jurisdição voluntária (muitas, aliás, autênticas funções administrativas).

Finalmente, e não tendo a intenção de ser exclusivo, mas *complementar*, há o critério *teleológico*: toda função pública, e a administrativa com maior ênfase, está compelida a satisfazer os interesses públicos primários.

Sobre o assunto, vaticina Sérgio Cedano, *in verbis*:

*A função administrativa é eminentemente teleológica, porquanto está adstrita a satisfazer interesses públicos primários e, para tanto, encontra-se lastreada em dois princípios basilares, quais sejam: supremacia do interesse público sobre o privado e indisponibilidade dos interesses públicos.*⁹

Ainda, Marçal Justen Filho, *in verbis*:

*os poderes atribuídos ao Estado, no âmbito da função administrativa, não são voltados a produzir um interesse público abstrato, difuso ou apenas cognoscível por parte do governante. A atividade administrativa do Estado se orienta a atender as necessidades individuais e coletivas pertinentes ao valor da dignidade da pessoa humana.*¹⁰

Analisando-se tais critérios, vê-se que eles não são excludentes: antes, *são todos complementares*. A função administrativa pode ser caracterizada pelo agente público, pelo objeto que realiza, por seu regime jurídico e, sempre, pelo fim de satisfazer interesses públicos primários.

Amalgamando tudo de forma bastante elucidativa, escreve Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, *in verbis*:

Resumindo, a função faz o órgão, ativa a administração no sentido

⁸ Escreve o celebrado professor: "Deveras, o critério adequado para identificar as funções do Estado é o critério formal, ou seja, aquele que se prende a características impregnadas pelo próprio Direito à função tal ou qual. Assim, função *legislativa* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se fundam direta e imediatamente na Constituição. Função *jurisdicional* é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de 'coisa julgada', atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra o qual não tenha havido tempestivo recurso. Função *administrativa* é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce *na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a *controle de legalidade pelo Poder Judiciário*". (BANDEIRA DE MELLO, 2015, p. 34-36, grifo nosso).

⁹ CEDANO, Sérgio. A função administrativa e a proteção constitucional do direito de moradia. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Coords.). *Biodireito constitucional*: questões atuais. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 79.

¹⁰ JUSTEN FILHO apud CEDANO, op cit., p. 87.

dos fins pretendidos, dos serviços a prestar, tendo em conta poderes separados e poderes coordenados, o regime adotado na organização administrativa de competência na atribuição de explícitas obrigações de fazer e realizar.¹¹

3. Conceituação

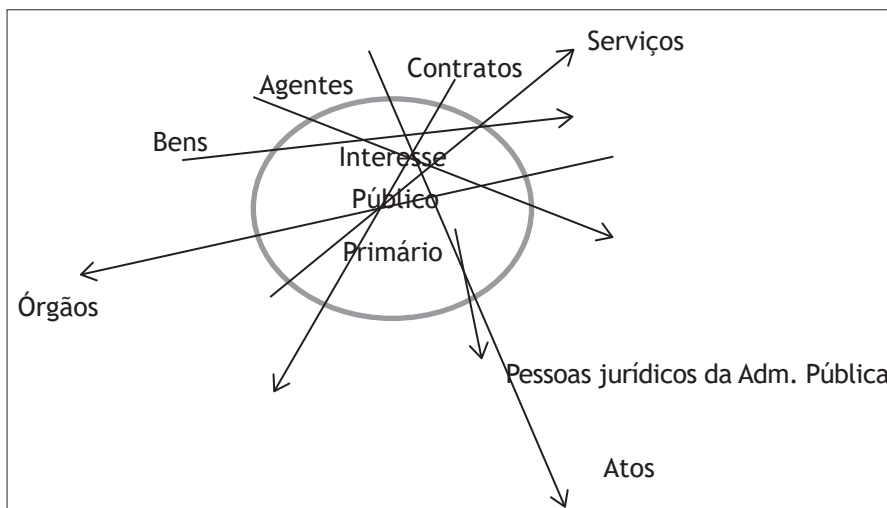
Verificou-se, linhas acima, que para a realização da função administrativa, e tendo em vista o fim que ela almeja (*interesse público*), há uma série de *prerrogativas* (tais como a supremacia do interesse público) e também de *restrições* (os limites impostos pela *lei*, a indisponibilidade do interesse público etc.).

Há, ainda, um *sujeito* – o agente público. E poderes-deveres *instrumentais* para o alcance desse desiderato.

Tudo isso faz com que a Administração Pública promova, sob a égide da Lei, um *encadeamento lógico e burocrático* de órgãos, agentes, pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, bens, serviços, atos e contratos, para cumprir seu *poder-dever* de satisfazer os *interesses públicos primários*.

Retomando o conceito matemático de função, de Leibniz, para quem a função é composta por diversas linhas que variam com a posição de um ponto (comum a todas, claro), podemos analogamente dizer que o ponto comum é o *interesse público*.

Sobre esse ponto comum, enfeixam-se os órgãos, os agentes, as pessoas jurídicas integrantes da Administração Pública, os bens, os serviços, os atos e os contratos. Se quaisquer dessas linhas saírem do ponto comum, deixa de ser função. Deixa de *exercer* função administrativa.



Essa é, pois, uma representação matemática de *função administrativa*.

Tendo-a em mente, fica mais fácil definir os contornos do objeto estudado e assim conceituá-lo: *função administrativa* é o poder-dever de satisfazer o interesse público

¹¹ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Função de governo ou de administração. In: FRANCA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977.

primário, com base na Lei e nas prerrogativas que esta confere, para tanto utilizando os meios administrativos disponíveis (bens, contratos, agentes públicos, atos, pessoas jurídicas de direito público, órgãos etc.), de forma coordenada e eficiente, dentro da moralidade, com transparência e impessoalidade.

4. Conclusão

Longe de ser mera divagação teórica, ou retórica barroca, a conceituação da *função administrativa* é peça-chave para entendermos o Direito Administrativo moderno e, conseqüentemente, a Administração Pública moderna.

Saber quais são seus objetivos, como seus atos podem ser caracterizados e reconhecidos, verificar o desvio de finalidade: tudo isso se encontra dentro desse conceito, que é verdadeira lanterna para quem adentra as searas do Direito Administrativo, nem sempre claras, por vezes trôpegas.

Também é a partir dele que dividimos escolas do Direito Administrativo, porquanto algumas ainda ficaram presas na ideia de que função pública e serviço público representam a mesma ideia, quando na verdade o segundo está compreendido na primeira.

Finalmente, o estudo traz – ainda que modestamente – para a luz do Estado Democrático de Direito a pedra sob a qual se erigiu todo o Direito Administrativo: a função pública. Compreendê-la, revisitá-la e, assim, construí-la sob as égides de um novo tempo: eis o papel dos juristas.

5. Referências bibliográficas

ALLAND, Denis; RIALS, Stéphane. *Dicionário da Cultura Jurídica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CEDANO, Sérgio. A função administrativa e a proteção constitucional do direito de moradia. In: GARCIA, Maria; GAMBA, Juliane Caravieri; MONTAL, Zélia Cardoso (Coords.). *Biodireito Constitucional: questões atuais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. Função de governo ou de administração. In: FRANCA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977.

MACEDO, Silvío de. Função. In: FRANCA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. v. 38. São Paulo: Saraiva, 1977.

URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo. *Curso de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

Inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria dos servidores públicos em sentido estrito

Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Os agentes públicos, que correspondem às pessoas físicas incumbidas do exercício de uma função pública, em caráter transitório ou definitivo, com ou sem remuneração, podem ser classificados em: Agentes Políticos, Servidores Públicos, Militares e Particulares em Colaboração com o Poder Público.

A classificação adotada é da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual é compatível com a nomenclatura utilizada na Constituição Federal.

Rápida explicação será exposta sobre cada uma das categorias de agentes públicos, tão somente com a finalidade de conceituar os servidores públicos em sentido estrito, em relação aos quais se refere o tema da cassação da aposentadoria.

Agentes políticos

A doutrina dissente sobre o que se deva entender por agente político. Hely Lopes Meirelles apresenta um conceito amplo, entendendo que “agentes políticos são os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, designação ou delegação para atribuições constitucionais”. Para este autor, são agentes políticos os Chefes do Poder Executivo (Presidente da República, Governadores dos Estados e do Distrito Federal e Prefeitos) e seus auxiliares imediatos (Ministros de Estado, Secretários Estaduais e Municipais), os membros do Poder Legislativo (Senadores, Deputados Federais, Estaduais e Distritais, e Vereadores), os membros do Poder Judiciário (Juizes, Desembargadores e Ministros), os membros do Ministério Público (Procuradores da República e de Justiça, Promotores Públicos), os membros dos Tribunais de Contas (Conselheiros e Ministros), os representantes diplomáticos e “demais autoridades que atuem com independência funcional no desempenho de atribuições governamentais, judiciais ou quase judiciais, estranhas ao quadro do serviço público”. Ensina o autor que os agentes políticos “têm plena liberdade funcional” e “ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder”.¹

Celso Antônio Bandeira de Mello e Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresentam um conceito restrito. Para estes doutrinadores, a ideia de agente político está associada à ideia de governo e de função política. A função política destina-se à direção suprema e geral do Estado, com fixação de metas, diretrizes e planos governamentais. No Brasil, a função

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 76-78.

política é exercida apenas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, já que o Poder Judiciário não fixa metas, diretrizes e planos de governo para nortear a direção suprema e geral do Estado. A participação do Judiciário restringe-se a dizer o Direito aplicável ao caso, sempre mediante controle “a posteriori”. Entendem, portanto, que são agentes políticos os Chefes do Poder Executivo, seus vices e auxiliares imediatos, além dos membros do Poder Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, nos autos do Recurso Extraordinário nº 228.977, manifestou-se no sentido de que os magistrados são agentes políticos, porque investidos para o exercício de atribuições constitucionais, dotados de plena liberdade funcional, com prerrogativas próprias e legislação específica.

Defensável também o entendimento de que os membros do Ministério Público sejam incluídos entre os agentes políticos em razão das funções de controle atribuídas na Constituição Federal de 1988 (artigo 129, inciso II).

Importante ressaltar que o vínculo dos membros da Magistratura e do Ministério Público com o Poder Público é estatutário, haja vista que se submetem a estatutos próprios, que são, respectivamente, a Lei Orgânica da Magistratura e a Lei Orgânica do Ministério Público.

Servidores públicos

Consideram-se servidores públicos, genericamente, as pessoas físicas que entretêm com o Estado ou com entidade de sua Administração Indireta vínculo empregatício, recebendo remuneração dos cofres públicos. Podem ser subdivididos em:

- 1) servidores estatutários;
- 2) servidores empregados ou empregados públicos;
- 3) servidores temporários.

Os servidores estatutários são os titulares de cargos públicos, submetidos a regime institucional ou estatutário, ou seja, estabelecido em lei própria de cada ente da federação. O regime institucional ou estatutário, por decorrer de lei, pode ser modificado unilateralmente, através de nova lei, observados os direitos adquiridos pelos servidores. Na esfera federal, os servidores estatutários submetem-se à Lei nº 8.112/1990.

Os servidores empregados ou empregados públicos são os contratados sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, embora com algumas derrogações decorrentes de normas constitucionais. Ocupam empregos públicos. Podem existir servidores empregados na Administração Direta, nas autarquias e nas fundações públicas, de qualquer esfera de governo, como também nos Poderes Legislativo e Judiciário. Os servidores das empresas públicas e sociedades de economia mista são empregados.

Na esfera federal, o regime de emprego público do pessoal da Administração Direta, autárquica e fundacional está disciplinado pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, regendo-se pela CLT, desde que a lei não discipline o contrário.

Os servidores temporários são os contratados por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, conforme o disposto no artigo 37, IX, da Constituição Federal. Lei de cada unidade da federação deve disciplinar esta contratação. Os servidores temporários exercem função temporária.

Na esfera federal, a contratação segue o disposto na Lei nº 8.745/93, que sofreu várias alterações posteriores.

Militares

São os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, bem como os membros das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), conforme, respectivamente, artigos 42 e 142 da Constituição Federal.

O regime é estatutário. O regime jurídico aplicável aos militares é estabelecido em lei própria, como decorre do disposto no artigo 42, § 1º e 142, § 3º, X, da Constituição Federal.

Particulares em colaboração com o Poder Público

São pessoas alheias ao aparelho estatal, particulares que prestam serviço ao Estado, sem vínculo empregatício, com ou sem remuneração.

Conforme os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os serviços que prestam decorrem de:

- a) delegação do Poder Público: são os empregados dos concessionários e permissionários de serviço público; os que exercem serviços notariais e de registro; os leiloeiros; os tradutores e intérpretes públicos. Submetem-se à fiscalização do Poder Público e são remunerados pelos usuários do serviço. Correspondem aos agentes delegados, na classificação proposta por Hely Lopes Meirelles.
- b) requisição, nomeação ou designação: são os que exercem funções públicas relevantes, ou seja, um “múnus público”, tal como se passa com os jurados, os mesários eleitorais, os membros do Conselho Tutelar, os integrantes de grupos de trabalhos, os recrutados para o serviço militar obrigatório. Quanto a estes últimos, Celso Antônio adverte que não se mantém alheios ao aparelho estatal. Correspondem aos agentes honoríficos na classificação proposta por Hely Lopes Meirelles.
- c) gestão de negócio: são os que assumem a gestão da coisa pública, voluntariamente, em razão de situações anormais para fazer frente a necessidades urgentes, como em momento de epidemia ou enchente.

Vista a classificação dos agentes públicos, convém retomar o entendimento de servidor público em sentido amplo.

Servidor público em sentido amplo é a pessoa física que mantém com o Estado, ou com entidade de sua Administração Indireta, vínculo empregatício, sendo remunerado pelos cofres públicos, que compreende as três categorias mencionadas anteriormente, servidor público estatutário, servidor público empregado e servidor público temporário.

No sentido estrito, servidor público é a pessoa física que mantém com o Estado, ou com pessoa jurídica de direito público de sua Administração Indireta (autarquias e fundações de direito público instituídas pelo Poder Público), vínculo empregatício, sendo remunerado pelos cofres públicos.

O regime normal do servidor público em sentido estrito é o estatutário, estabelecido em lei por cada ente da federação. O servidor público estatutário ocupa cargo efetivo.

Assim, na esfera federal existe a Lei nº 8.122/1990 e, no Estado de São Paulo, a Lei nº 10.261/1968.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria refere-se, portanto, ao servidor público em sentido estrito, o qual é regido, ordinariamente, por estatuto, ocupando cargo público efetivo.

A cassação de aposentadoria no estatuto federal e no estatuto paulista

A penalidade administrativa de cassação de aposentadoria está inserida nos artigos 127, IV e 134, da Lei nº 8.112/90, e nos artigos 251, VI e 259 da Lei Paulista nº 10.261/68, cujos teores transcrevo:

Lei nº 8.112/90:

Artigo 127. São penalidades disciplinares:

[...]

IV – cassação de aposentadoria ou disponibilidade;

[...]

Artigo 134. Será cassada a aposentadoria ou a disponibilidade do inativo que houver praticado, na atividade, falta punível com a demissão.

Lei nº 10.261/68:

Artigo 251 – São penas disciplinares:

[...]

VI – cassação de aposentadoria ou disponibilidade.

Artigo 259 – Será aplicada a pena de cassação de aposentadoria ou disponibilidade, se ficar provado que o inativo:

I – praticou, quando em atividade, falta grave para a qual é cominada nesta lei a pena de demissão ou de demissão a bem do serviço público;

II – aceitou ilegalmente cargo ou função pública;

III – aceitou representação de Estado estrangeiro sem prévia autorização do Presidente da República; e

IV – praticou a usura em qualquer de suas formas.

Outros estatutos, advindos de outros entes da federação, também podem prever a penalidade administrativa de cassação de aposentadoria em suas disposições.

Então, havendo outras leis no mesmo sentido, o debate será aproveitado.

A inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria do servidor público em sentido estrito

O debate em torno do assunto passou a figurar com mais visibilidade no cenário jurídico a partir da modificação do regime previdenciário do servidor público em sentido estrito, por força das Emendas Constitucionais (EC) 03/1993, 20/1998 e 41/2003.

É que, antes das modificações constitucionais pelas emendas citadas, a aposentadoria do servidor público constituía-se em “direito vinculado ao cargo público, financiado

inteiramente pelo Poder Público, sem contribuição do servidor”,² de modo que muitos entendiam plausível a penalidade aplicável em caso de infração grave porque o servidor não contribuía para a obtenção do direito à aposentadoria e recebimento de proventos.

A partir da EC 3/1993, houve a introdução do §6º ao artigo 40 da Constituição Federal, no sentido de que “as aposentadorias e pensões dos servidores públicos federais serão custeadas com recursos provenientes da União e das contribuições dos servidores, na forma da lei”, impondo-se, portanto, à esfera federal, a obrigatoriedade de contribuição dos servidores.

A EC 20/1998 assegurou o regime de previdência do servidor público estatutário de caráter contributivo, mas de modo facultativo, possibilitando que cada esfera de governo decidisse quanto à instituição da contribuição previdenciária dos servidores públicos. Muitos estados e municípios não instituíram a contribuição previdenciária do servidor público. No Estado de São Paulo, manteve-se o regime contributivo para a pensão (dos dependentes do servidor falecido), nos termos do que estabelecia a Lei Complementar nº 180/1978, mas não houve a instituição da contribuição previdenciária para a aposentadoria até a edição da Lei Complementar nº 943/2003.

A EC 41/2003, por sua vez, modificou a redação do artigo 149, §1º, da Constituição Federal, dispondo que

os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40, cuja alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores titulares de cargos efetivos da União.

Como conclui Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Vale dizer que o regime previdenciário de caráter contributivo, já aplicado para os servidores federais com base na EC 3/1993, tornou-se obrigatório para Estados e Municípios”.³

Atualmente, portanto, a aposentadoria do servidor público estatutário não decorre simplesmente do exercício do cargo, mas constitui direito de *natureza previdenciária*, tendo em vista que o servidor deve contribuir durante toda sua vida laboral para a obtenção da aposentadoria e, conseqüentemente, recebimento dos proventos.

Neste novo cenário legal é que o debate se intensifica, indagando-se se a penalidade de cassação de aposentadoria do servidor público, prevista em vários estatutos antes das modificações constitucionais, é compatível com a Constituição Federal.

Apesar das respeitáveis vozes no sentido positivo, ou seja, de compatibilidade da cassação da aposentadoria do servidor público com a Constituição Federal, entendo que a melhor doutrina aponta em sentido inverso, de incompatibilidade da sanção administrativa com a Constituição Federal, defendida igualmente por valiosos doutrinadores.

Os principais fundamentos para a defesa da tese da inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria são, a meu ver, a imposição da observância do princípio da isonomia, a natureza securitária da aposentadoria do servidor público estatutário, a vedação ao enriquecimento sem causa do Estado e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana.

² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 726.

³ DI PIETRO, 2017, p. 727.

Do princípio da isonomia

A Constituição Federal, no artigo 5º, *caput* e inciso I, estabelece, respectivamente, que

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Em matéria de previdência, o princípio da isonomia está implícito nos artigos 40, §12 e 201, §9º, da Constituição Federal, que dispõem:

Art. 40, §12. Além do disposto neste artigo, o regime de previdência dos servidores públicos titulares de cargo efetivo observará, no que couber, os requisitos e critérios fixados para o regime geral de previdência social.

Art. 201, §9º. Para efeito de aposentadoria, é assegurada a contagem recíproca do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente, segundo critérios estabelecidos em lei.

Ao estabelecer que o regime previdenciário do servidor público seguirá os critérios fixados para o regime geral de previdência social, no que couber, a Constituição estabelece regra de equivalência entre os regimes.

Ao possibilitar que os tempos de contribuição sejam computados reciprocamente na administração pública e na atividade privada urbana e rural, a Constituição evidencia o tratamento igualitário em matéria previdenciária.

Em sendo assim, não se vislumbra como possa o servidor público estatutário ser penalizado com a pena de cassação de aposentadoria se o empregado submetido à CLT, e que seja despedido com justa causa, não é impedido de obter sua aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social caso tenha preenchido os requisitos para tanto.

A questão ainda fica mais emblemática se o empregado for público (servidor público empregado), como ocorre, por exemplo, em muitos municípios que não instituíram o regime estatutário para seus servidores públicos.

Nessa hipótese, a demissão do empregado público não acarretará a perda ao direito de obtenção de aposentadoria junto ao Regime Geral de Previdência Social.

E isso ocorre porque a demissão do empregado pelo empregador apenas faz cessar o vínculo entre ambos existente, mas não implica modificação dos direitos previdenciários adquiridos pelo empregado, ou seja, a demissão em nada interfere na situação previdenciária do empregado.

A Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro bem esclarece a respeito:

Façamos um paralelo com o trabalhador filiado ao Regime Geral de Previdência Social. O que acontece quando demitido do emprego por justa causa, por ter praticado falta grave? O trabalhador tem dois tipos

de vínculos: a) um vínculo de emprego com a empresa, regido pela CLT; e b) um vínculo de natureza previdenciária, com o INSS. Se for demitido, mas já tiver completado os requisitos para aposentadoria, ele poderá requerer o benefício junto ao órgão previdenciário. Se não completou os requisitos, ele poderá inscrever-se como autônomo e continuar a contribuir até completar o tempo de contribuição; ou poderá iniciar outro vínculo de emprego que torne obrigatória a sua vinculação ao regime de seguridade social; ou poderá ingressar no serviço público, passando a contribuir para o Regime Próprio, também em caráter obrigatório. De qualquer forma, fará jus à já referida contagem do tempo de contribuição anterior. Para fins previdenciários, é absolutamente irrelevante saber quantos empregos a pessoa ocupou e quais as razões que o levaram a desvincular-se de uma empresa e vincular-se a outra. Se for demitido, com ou sem justa causa, nada pode impedi-lo de usufruir dos benefícios previdenciários já conquistados à época da demissão.

A mesma regra aplica-se aos servidores públicos celetistas e temporários, que são necessariamente vinculados ao Regime Geral, nos termos do artigo 40, parágrafo 13, da Constituição. Se forem demitidos por justa causa, porque praticaram ilícito administrativo, essa demissão não os fará perder os benefícios previdenciários já conquistados ou a conquistar, mediante preenchimento do requisito de tempo de contribuição exigido em lei. Com relação ao servidor efetivo, não é e não pode ser diferente a conclusão, a partir do momento em que se alterou a natureza de sua aposentadoria. Ele também passa a ter dois tipos de vínculos: um ligado ao exercício do cargo e outro de natureza previdenciária.⁴

Em suma, não há razão para que o servidor público estatutário fique em posição desfavorável em relação aos servidores públicos empregados, perdendo o direito à aposentadoria, que conquistou mediante o pagamento das contribuições previdenciárias recolhidas durante toda a vida laboral.

A natureza securitária do regime previdenciário do servidor público

A natureza securitária do regime previdenciário do servidor público já foi abordada neste texto, mas convém que seja melhormente tratada.

A reforma previdenciária em curso no País – que atinge servidores públicos e empregados do setor privado – não é isolada e está motivada principalmente pelo aumento da expectativa de vida e pela diminuição da oferta de empregos formais e, conseqüentemente, da arrecadação para os cofres da previdência.

Uma das vantagens do regime de previdência do servidor público anteriormente às modificações constitucionais pelas EC 03/1993, 20/1998 e 41/2003, era a de que o servidor público passava à inatividade, na situação de aposentado, recebendo proventos sem nunca ter contribuído para tanto.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *ConJur*, 16 abr. 2015 Disponível em: <<https://bit.ly/2L34fYW>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

Quiçá insustentável, para alguns, aludida situação, porque em descompasso com os demais trabalhadores, mas talvez justificável pela ausência de outros direitos dos trabalhadores em geral, como, por exemplo, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Vale dizer, o empregado, ao se aposentar, faz jus ao recebimento dos valores depositados no FGTS, além do que, não é obrigado a deixar seu emprego. Caso demitido, tem direito à indenização.

O servidor público estatutário, ao se aposentar, não recebe FGTS e não pode permanecer no cargo, eis que a aposentadoria acarreta a vacância do cargo (vide art. 33, VII, da Lei nº 8.112/1990), e tampouco recebe qualquer indenização.

Em suma, uma das vantagens do servidor público estatutário era o de receber proventos sem ter contribuído para sua aposentadoria.

Isso, contudo, está superado. Atualmente, o servidor público estatutário submete-se ao regime previdenciário estabelecido no artigo 40, *caput*, da Constituição Federal, que é contributivo e solidário.

O *caput* do art. 40 da CF, com a redação dada pela EC 41/2003, prevê regime de previdência dos servidores públicos de caráter contributivo e solidário, tendo em vista que se apresenta como contraprestação do Poder Público em relação às contribuições recolhidas pelos servidores e pelos entes públicos, incidindo tanto sobre vencimentos e subsídios, quanto sobre proventos e pensões.

Nas palavras da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Sendo de caráter contributivo, é como se o servidor estivesse “comprando” o seu direito à aposentadoria; ele paga por ela. Daí a aproximação com o contrato de seguro. Se o servidor paga a contribuição que o garante diante da ocorrência de riscos futuros, o correspondente direito ao benefício previdenciário não pode ser frustrado pela demissão. Se o governo quis equiparar o regime previdenciário do servidor público e o do trabalhador privado, essa aproximação vem com todas as consequências: o direito à aposentadoria, como benefício previdenciário de natureza contributiva, desvincula-se do direito ao exercício do cargo, desde que o servidor tenha completado os requisitos constitucionais para obtenção do benefício.⁵

Maria José Queiroz Lemos, em estudo publicado sob o título de *A Inconstitucionalidade da Pena de Cassação de Aposentadoria dos Servidores Públicos à luz da EC 20/1998*, também esclarece:

Dessa maneira, a aposentadoria, que era caracterizada como um prêmio, passou a ser um seguro, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício, de modo que a aposentadoria deixou de ser tratada como uma benesse da Administração Pública ao servidor que cumpriu com suas obrigações funcionais e passou a ser um direito subjetivo, assegurado em razão do desconto da obrigação previdenciária.

⁵ DI PIETRO, 2015.

Assim, se ausente qualquer irregularidade no ato de concessão, não estando, portanto, os atos administrativos imaculados de vícios, caberia a cassação da aposentadoria?

O marco teórico reside na nova natureza do benefício previdenciário de aposentadoria dos servidores públicos, pois, com a instituição da contribuição previdenciária por parte do servidor e do ente público, tem-se que a exação tornou-se uma garantia da contraprestação do custeio. A partir do desconto da contribuição impõe-se o direito à aquisição do benefício de aposentadoria, em conjunto com o implemento do tempo e idade exigidos pelas normas de concessão.

Cumpridos os requisitos para a aposentadoria, editados os atos de concessão à luz da legislação e presente o registo do benefício, o ato de concessão encontra-se em perfeita harmonia com a Constituição da República e com a legislação previdenciária, o que implica nas garantias para a manutenção do benefício, o que torna a pena de cassação da aposentadoria um ato que viola direitos fundamentais do servidor, como por exemplo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada e, ainda, a segurança jurídica.

[...]

Tratando-se, portanto, de servidor inativado ou ativo que já implementou o direito à aposentadoria, seja civil ou militar, a partir do momento que o benefício deixou de ser prêmio e passou a ser um direito subjetivo constitucional, a essência da prestação previdenciária experimentou significativa transformação, deflagrando-se efeitos antes não considerados, que justificam e asseguram a manutenção do servidor no Regime Próprio de Previdência, o que torna a decisão que conclui pela pena de cassação da aposentadoria inconstitucional.⁶

No sentido do caráter retributivo da aposentadoria do servidor público, destaca-se o seguinte trecho do voto do ilustre Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 2.010:

O REGIME CONTRIBUTIVO É, POR ESSÊNCIA, UM REGIME DE CARÁTER EMINENTEMENTE RETRIBUTIVO. A QUESTÃO DO EQUILÍBRIO ATUARIAL (CF, ARTIGO 195 PARÁGRAFO 5.º). CONTRIBUIÇÃO DE SEGURIDADE SOBRE PENSÕES E PROVENTOS. AUSÊNCIA DE CAUSA SUFICIENTE.

Sem causa suficiente, não se justifica a instituição (ou majoração) da contribuição de seguridade social, pois, no regime de previdência de caráter contributivo, deve haver necessariamente correlação entre custo e benefício. A existência de estrita vinculação causal entre contribuição e benefício põe em evidência a correção da fórmula, segundo a qual não pode haver contribuição sem benefício, e vice-versa.

Ante o caráter contributivo/retributivo do regime de previdência do servidor público, conclui-se pela impossibilidade de prevalência, no ordenamento jurídico brasileiro, das sanções administrativas instituídas pela legislação ordinária de cassação da aposentadoria do servidor público.

⁶ TJ-SP. AGR: 2112408-12.2014.8.26.0000 SP 2112408-12.2014.8.26.0000. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, DJ: 03/09/2014. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2CEwRX3>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Do enriquecimento sem causa

Acaso a pena de cassação de aposentadoria seja considerada constitucional, haverá enriquecimento sem causa do Estado, eis que não realizará o pagamento da contraprestação, ou seja, dos proventos de aposentadoria, apesar de ter recebido regularmente as contribuições previdenciárias durante todo o período laboral do servidor.

O uso dizer que ocorrerá verdadeiro confisco, pois o servidor perderá o direito à obtenção dos proventos sem correspondente indenização.

No julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 610.290/MS, em que foi relator o Ministro Ricardo Lewandowski, em que se alegava a inconstitucionalidade de artigo de lei estadual que instituiu benefício previdenciário aos dependentes de policial militar excluído da corporação, ficou assentada a conclusão de que

o benefício previdenciário instituído em favor dos dependentes de policial militar excluído da corporação representa uma contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período efetivamente trabalhado.” Além disso, o Ministro ainda consignou que “entender de forma diversa seria placitar verdadeiro enriquecimento ilícito da Administração Pública que, em um sistema contributivo de seguro, apenas receberia as contribuições do trabalhador, sem nenhuma contraprestação.

Muito embora o precedente tenha se referido ao benefício da pensão, o raciocínio exposto pode ser aproveitado para a aposentadoria, já que igualmente é considerada contraprestação às contribuições previdenciárias pagas durante o período trabalhado.

Da ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana

A cassação da aposentadoria acarreta o não recebimento dos proventos – por óbvio –, o que impede que o servidor público, mesmo tendo contribuído durante todo o período laboral para a obtenção do benefício, usufrua da aposentadoria justamente em época da vida em que dificilmente conseguirá recolocação no mercado de trabalho.

Significa dizer que o servidor será privado do direito à previdência social, até porque, se já estava aposentado, ser-lhe-á vedado computar tal tempo junto ao regime geral de previdência social, diversamente do que ocorreria, por exemplo, com servidor demitido antes de preencher os requisitos para a obtenção da aposentadoria, que poderia aproveitar o período contributivo junto ao regime geral de previdência social, desde que, evidentemente, passasse a contribuir para tal regime.

A prevalecer a conclusão pela cassação da aposentadoria, de uma só vez ficam malferidos os princípios da isonomia, da razoabilidade, da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, entre outros.

Qual a razoabilidade em admitir que o servidor demitido possa levar o tempo trabalhado para ser computado no regime geral de previdência social, desde que a ele se vincule, negando-se ao servidor com a aposentadoria cassada o recebimento do benefício, sem possibilidade alguma de contar o tempo de contribuição junto ao RGPS?

Jair Teixeira dos Reis, em seu artigo, “A Inconstitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria após a EC 3, de 17 de março de 1993”, bem aborda a questão:

d) a cassação da aposentadoria não respeita o princípio constitucional da proporcionalidade e nem da isonomia, na medida em que, se o servidor for demitido no seu último dia de trabalho, poderá computar todo o seu tempo de contribuição para a futura aposentadoria em regime posterior (RGPS ou regime próprio de outro ente estatal), ainda que diverso; enquanto que se o aposentado tiver o seu benefício cassado, nenhum tempo lhe restará para se aposentar em outros regimes, tratando-se, assim, de pena de caráter perpétuo, vedada pela Lei das leis (cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988).

Quanto à dignidade da pessoa humana, o mesmo autor esclarece:

- o direito à seguridade social como conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público com a participação da sociedade (trabalhadores públicos e privados), atuando na área de Saúde, Assistência Social e Previdência Social, é direito humano de segunda dimensão, ou seja, ligados às prestações que o Estado como sociedade avançada deve ao seu conjunto de integrantes (indivíduos);
- as prestações de seguridade social (dentre elas, a Previdência Social) enquanto direitos humanos têm as seguintes características: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade, inviolabilidade, interdependência e complementaridade, além do princípio do não retrocesso;
- o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992, através do Decreto 591, em diversos artigos faz referência aos direitos que compõem a seguridade social, ressaltando em seu art. 9º o direito de toda pessoa à previdência social, inclusive ao seguro social, bem como em seu art. 12 o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental;
- a Previdência Social é um sistema elaborado para garantir o bem-estar dos segurados quando por algum infortúnio eles não estiverem em condições de trabalhar, quer seja pela idade avançada, quer porque sofreram um acidente, ou encontra-se com alguma enfermidade ou evento de maternidade; essa garantia de bem-estar, todavia, somente é dada para aquelas pessoas que fazem parte do sistema, ou seja, aquelas que estão inscritas regularmente na previdência (regime geral ou próprio) e que com ela contribuem os segurados. (trecho extraído do acórdão relativo ao Mandado de Segurança 2091987-98.2014.8.26.0000, proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo).

A supressão ao direito à aposentadoria fere a dignidade da pessoa humana, eis que impede, para sempre, a obtenção do direito à previdência social.

Expostas as razões pela inconstitucionalidade da sanção administrativa de cassação de aposentadoria do servidor público, convém rebater o principal argumento em sentido inverso, ou seja, o que considera constitucional a pena referida.

Principal argumento pela constitucionalidade da cassação da aposentadoria

O principal argumento pela manutenção da sanção administrativa de cassação da aposentadoria do servidor é o de que a prática de ilícito grave justifica imposição de pena administrativa de igual patamar e, acaso a cassação de aposentadoria não seja aplicada, o servidor não será apenado na esfera administrativa.

Todavia, o objetivo não é o de deixar o ilícito à margem de reprimenda, mas tão somente de analisar a questão à luz das regras constitucionais vigentes. Se o legislador que reformou a Constituição Federal optou pela imposição de regime contributivo à previdência do servidor público, colocando-o em situação semelhante ao trabalhador vinculado à Previdência Social, não há justificativa bastante para que sejam desiguados, onerando-se o servidor com a cassação da aposentadoria quando isso jamais ocorre no sistema do Regime Geral de Previdência Social pelo simples fato de o empregado ser demitido por justa causa.

Além disso, o servidor que cometeu o ilícito responderá perante as esferas cível e penal, podendo ser condenado à indenização ao erário e ser apenado criminalmente, com eventual possibilidade de responder por improbidade administrativa também, de modo que não restará sem a devida reprimenda.

Nesse sentido, destaco o seguinte trecho do voto do Desembargador João Negrini Filho, inserido no Mandado de Segurança nº 2133147-35.2016.8.26.0000, julgado pelo Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, em 14/12/2016:

Ressalto que a vedação à cassação do benefício previdenciário do servidor que comete ato ilícito grave não pode ser confundida com complacência ou impunidade, visto que ele ainda estará sujeito a outras sanções penais, administrativas e de ordem civil, inclusive com obrigatoriedade de reparar benefícios materiais causados ao erário. Ela apenas visa conciliar tais sanções com o atual texto constitucional.

Havendo, portanto, vias adequadas à punição do servidor que cometeu o ilícito, a tese da complacência ou impunidade fica afastada.

A jurisprudência

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não é favorável à tese ora defendida, a não ser pelo julgado antes referido, da relatoria do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, relativamente à pensão.

Os precedentes adiante referidos são anteriores às modificações ocorridas na Constituição Federal pelas EC 03/1993, 20/98 e 41/2003.

No Mandado de Segurança 21.948/RJ, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a imposição da demissão a servidor, apesar de já ter cômputo suficiente para a aquisição da aposentadoria, aduzindo, entre outras coisas, que é até possível a cassação da aposentadoria. Todavia, o caso referiu-se à demissão ocorrida em setembro de 1993, antes, portanto, da EC 03/1993.

No Mandado de Segurança 22.728/PR, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a cassação da aposentadoria não fere o ato jurídico perfeito. O caso se referia a infrações cometidas no ano de 1991, antes, portanto, da EC 3/1993.

No Mandado de Segurança 23.299/SP, o Supremo Tribunal Federal rejeitou a tese de que a cassação de aposentadoria fere o ato jurídico perfeito. Os fatos infracionais datavam de 1992, ou seja, anteriormente à EC 03/1993.

No AgR no MS 23.219, a pena de cassação foi considerada constitucional, mas os fatos infracionais ocorreram em 1991, novamente antes da Emenda Constitucional 03/1993.

Os acórdãos supra referidos, como já dito, referem-se a casos anteriores à EC 03/1993.

No RMS 24.557-7, julgado em setembro de 2003, o Supremo Tribunal Federal não enfrentou a questão da alteração de regime previdenciário, limitando-se a reiterar a jurisprudência anterior à modificação da Constituição Federal pelas EC 03/1993 e 20/1998.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, por sua vez, chegou a proferir acórdãos pela inconstitucionalidade da cassação da aposentadoria, como ocorreu no Mandado de Segurança 2091987-98.2014.8.26.0000, em que figurou como Relator o eminente Desembargador Paulo Dimas Mascaretti, julgado em 28/01/2015, e assim ementado:

Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. Demissão a bem do serviço público de Delegado de Polícia, posteriormente à impetração convertida em pena de cassação da aposentadoria, pronunciada pelo Governador do Estado. Hipótese em que incumbe ao Judiciário, no controle de legalidade, a verificação dos antecedentes de fato e sua congruência com as justificativas que determinaram a decisão administrativa, ou seja, o exame dos motivos que a ensejaram. Disciplina punitiva que deve subordinar-se ao princípio da proporcionalidade em sentido amplo, no qual se contém a razoabilidade, impondo-se então a equivalência entre a infração e a sanção aplicável. Ato administrativo impugnado que contém indicação plausível dos motivos que conduziram a autoridade apontada como coatora ao entendimento de que os fatos atribuídos ao impetrante poderiam ser tomados como de natureza grave a ponto de lhe ser aplicada a pena máxima, mostrando-se então legítima a opção adotada. Insubsistência do ato, no entanto, pela manifesta incompatibilidade das leis que preconizam a cassação de aposentadoria como sanção disciplinar com a nova ordem constitucional, estabelecida a partir da promulgação das ECs nºs. 03/93 e 20/98. Aposentadoria que não mais representa um prêmio ao servidor, constituindo um seguro, ou seja, um direito de caráter retributivo face ao binômio custeio/benefício. Pena de cassação de aposentadoria que importa, ademais, em violação aos princípios da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana. Ordem concedida.

Posteriormente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça voltou a analisar a questão, modificando sua jurisprudência, para concluir pela constitucionalidade da pena de cassação de aposentadoria, em acórdãos não unânimes, a exemplo dos proferidos nos autos dos Mandados de Segurança nº 2133147-35.2016.8.26.0000 e nº 2133269-48.2016.8.26.0000.

O Supremo Tribunal Federal enfrentará a questão nos julgamentos da ADPF 418 e da ADI 4.882.

A ADPF 418 foi interposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), pela Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho – ANAMATRA e da Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), sob assertiva de que a cassação da aposentadoria ou da pensão

configurará a violação (a) do direito adquirido, (b) do devido processo legal no sentido material, e (c) ao princípio da moralidade por permitir o enriquecimento sem causa do Estado.

A ADI 4882 foi ajuizada pela Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (Anfip), sob alegação de que as regras legais a respeito da cassação da aposentadoria violam o princípio constitucional da segurança jurídica, do devido processo legal, da razoabilidade, da proporcionalidade e da dignidade humana. A entidade acrescenta a essas violações constitucionais a possibilidade de dano certo e imediato ao servidor, o desrespeito ao direito adquirido e, no caso de pensionistas, afirma que a pena “passará da pessoa do suposto servidor apenado”.

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal, que dará a palavra final sobre a questão, acolha a tese da inconstitucionalidade da sanção administrativa da cassação da aposentadoria do servidor público frente à nova ordem constitucional vigente, por ser, sem dúvida, a que resguarda aos princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da proporcionalidade, além de impedir o enriquecimento sem causa do Estado e, sobretudo, a que respeita o caráter retributivo do regime previdenciário do servidor público, caráter este também existente no regime geral de previdência social, inexistindo razão alguma para a diferenciação entre os servidores públicos em sentido estrito e os empregados regidos pela CLT – os quais podem existir, inclusive, na estrutura da Administração Pública. Solução diversa ferirá de morte, ainda, o tão caro princípio da isonomia.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Cassação de aposentadoria é incompatível com regime previdenciário dos servidores. *ConJur*, 16 abr. 2015 Disponível em: <<https://bit.ly/2L34fYW>>. Acesso em: 16 abr. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TJ-SP. AGR: 2112408-12.2014.8.26.0000 SP 2112408-12.2014.8.26.0000. Relator: Paulo Dimas Mascaretti, DJ: 03/09/2014. *JusBrasil*, 2014. Disponível em: <<https://bit.ly/2CEwRX3>>. Acesso em: 11 out. 2018.

Teto das remunerações e subsídios

Cristina Aparecida Faceira Medina Mogioni
Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Histórico das normas constitucionais na Carta Magna de 1988 sobre o teto de remuneração e subsídios; 3. Dissecamento da regra do teto; 4. Irredutibilidade de remuneração e de subsídios; 5. Conclusões.

1. Introdução

A fixação de um teto para as remunerações e os subsídios no âmbito da Administração Pública atende a um duplo objetivo: tem inegável conteúdo ético, eis que visa a impedir que os agentes públicos recebam vencimentos muito elevados, o que contraria o ideal republicano; e visa a evitar o deficit público¹, protegendo, portanto, o erário.

Neste sentido são os votos do eminente Ministro Marco Aurélio Mello, na relatoria dos Recursos Extraordinários 602.043 e 612.975, ambos com repercussão geral reconhecida, julgados em 26/04/2017, dos quais se extrai o seguinte trecho:

A regra do teto constitucional expressa duplo objetivo. De um lado, há nitido intuito ético, de modo a impedir a consolidação de “supersalários”, incompatíveis com o princípio republicano, indissociável do regime remuneratório dos cargos públicos, no que veda a apropriação ilimitada e individualizada de recursos escassos. De outro, é evidente a finalidade protetiva do Erário, visando estancar o derramamento indevido de verbas públicas. O teto constitucional, quando observado e aliado aos limites globais com despesas de pessoal – artigos 18 a 23 da Lei Complementar nº 101/2000 –, assume a relevante função de obstar gastos inconciliáveis com a prudência no emprego dos recursos da coletividade.

Em sentido semelhante, também merece destaque parte do voto proferido pelo saudoso Ministro Teori Zavascki, extraído do Recurso Extraordinário 609.381, com repercussão geral reconhecida e julgado em 02/10/2014:

O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição, além de se contrapor a noções primárias de moralidade, de transparência e de austeridade na administração dos gastos com custeio, representa uma gravíssima quebra da coerência hierárquica essencial à organização do serviço público.

¹ Ortografia da palavra deficit de acordo com o Vocabulário Ortográfico da Língua Portuguesa, elaborado pela Academia Brasileira de Letras. 5. ed., 2009.

A preocupação com o deficit público fez com que a Constituição Federal (CF) estabelecesse variadas restrições à autonomia dos entes da federação no tocante às disposições sobre a remuneração de seu pessoal e, sem dúvida, à instituição do teto de remuneração e de subsídios é uma delas.

Marçal Justen Filho dá ênfase à questão:

A redação atual da Constituição prevê inúmeras limitações à competência organizacional dos entes federativos, visando a produzir a redução do déficit público no desembolso global de recursos para o pagamento do pessoal.²

E no desenvolver de seu pensamento, o autor ainda destaca que há limitações à remuneração previstas para os cargos ou para seus ocupantes, destacando como um destes limites o teto fixado no art. 37, XI, da CF.

No mesmo sentido de que a imposição do teto remuneratório limita a autonomia dos entes da federação e visa a reduzir o deficit público, esclarece Isaias Fonseca de Moraes:

A imposição de teto remuneratório configura inegável limitação constitucional à autonomia da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que tange à disposição da remuneração de seus servidores. Essa medida visa à contenção do déficit público, associada à redução dos gastos com pessoal do setor público.³

Assentadas, portanto, as razões pelas quais foi estabelecido o teto de remuneração e subsídios, passa-se à análise das normas constitucionais a respeito do assunto, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

2. Histórico das normas constitucionais na Carta Magna de 1988 sobre o teto de remuneração e subsídios

A redação original da Constituição Federal

A atual Constituição Federal, em sua redação original, já fixava um teto de remuneração para os servidores públicos, quer dizer, um valor máximo a ser percebido pela categoria. Assim dispunha o art. 37, XI, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

[...]

XI – a lei fixará o limite máximo e a relação de valores entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, observados, como limites máximos e no âmbito dos respectivos Poderes, os valores

² JUSTEN FILHO, 2005, p. 637.

³ MORAES, 2010, p. 236.

percebidos como remuneração, em espécie, a qualquer título, por membros do Congresso Nacional, Ministros de Estado e Ministros do Supremo Tribunal Federal e seus correspondentes nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, e, nos Municípios, os valores percebidos como remuneração, em espécie, pelo Prefeito;

Constata-se, pela leitura do então vigente art. 37, XI, da Carta Magna, que havia um teto para cada Poder, nos âmbitos federal e estadual, e, no Município, o teto era representado pela remuneração do Prefeito.

Então, na esfera federal, no âmbito do Poder Judiciário, o teto era a remuneração dos Ministros do Supremo Tribunal Federal; no âmbito do Poder Legislativo, a remuneração dos membros do Congresso Nacional; e, no âmbito do Poder Executivo, a remuneração dos Ministros de Estado.

Na esfera estadual, no âmbito do Poder Judiciário, tinha-se a remuneração dos Desembargadores do Tribunal de Justiça como teto, assim como no Poder Executivo a dos Secretários de Estado e, finalmente, no Poder Legislativo, a remuneração dos Deputados Estaduais.

No Município, o teto era único para os Poderes Executivo e Legislativo, equivalente à remuneração do Prefeito.

Além disso, o artigo 17, “caput”, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estipulou:

Art. 17. Os vencimentos, a remuneração, as vantagens e os adicionais, bem como os proventos de aposentadoria que estejam sendo percebidos em desacordo com a Constituição serão imediatamente reduzidos aos limites dela decorrentes, não se admitindo, neste caso, invocação de direito adquirido ou percepção de excesso a qualquer título.

Muito embora o conteúdo imperativo de tais normas constitucionais, em face da redação também originária do artigo 39, §1º, da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal foi chamado a se pronunciar, em ação direta da inconstitucionalidade (Adi 14), se as vantagens pessoais estariam contidas no teto remuneratório.

O art. 39, §1º, da Carta Constitucional dispunha que:

A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

A parte final do art. 39, §1º, da Constituição Federal, ao ressaltar da regra geral da isonomia de vencimentos, as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho, analisada em conjunto com o inciso XI do mesmo artigo, fez surgir a indagação sobre as vantagens pessoais estarem ou não submetidas ao limite de remuneração.

Essa questão foi analisada pela Suprema Corte na ADI 14, em que foi relator o Ministro Célio Borja, em 28/09/1989, assim ementada:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTA PELA ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. O PARÁGRAFO 2. DO ARTIGO 2. DA LEI FEDERAL N. 7.721, DE 6 DE JANEIRO DE 1989, QUANDO LIMITA OS VENCIMENTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – “COMPUTADOS OS ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO” – A REMUNERAÇÃO MÁXIMA VIGENTE NO PODER EXECUTIVO, VULNERA O ART. 39, PAR. 1., “IN FINE”, DA CONSTITUIÇÃO, QUE SUJEITA A TAL LIMITE APENAS OS “VENCIMENTOS”, EXCLUÍDAS AS VANTAGENS “PESSOAIS”. COMPATIBILIDADE DO CONCEITO DE “VENCIMENTOS” ESTABELECIDOS NA LEI COMPLEMENTAR N. 35/79 E EM OUTROS ARTIGOS DA LEI MAIOR COM A EXEGESE DO ALUDIDO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR INCONSTITUCIONAIS AS EXPRESSÕES “[...] E VANTAGENS PESSOAIS (ADICIONAIS POR TEMPO DE SERVIÇO)[...]”, CONSTANTE DO PAR. 2., ART. 2. DA LEI 7.721/89. (ADI 14, Relator(a): Min. CÉLIO BORJA, Tribunal Pleno, julgado em 28/09/1989, DJ de 1º/12/1989)

Pela leitura do v. acórdão, fixou-se o entendimento de que a palavra vencimentos mencionada no art. 37, XI, deixava de fora as vantagens pessoais.

A jurisprudência que se seguiu foi no mesmo sentido, ou seja, restou pacificada no entendimento de que as vantagens pessoais e as inerentes ao cargo deveriam ser excluídas do teto (RE 141788, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 18/6/1993; RMS 21857, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 5/5/1995; ADI 1550 MC, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 4/4/1997; RE 185842, Pleno, Red. p/ acórdão Min. Maurício Corrêa, DJ de 2/5/1997; ADI 1443 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 25/4/1997).

Conclui-se, então, que a regra do teto teve seu alcance diminuído diante desta compreensão de que as vantagens pessoais e as relativas à natureza e ao local de trabalho deveriam ser excluídas do teto, o que era ainda mais agravado pelo fato de que muitas leis ordinárias instituíam tais vantagens.

Neste sentido esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Essa regra nunca foi inteiramente aplicada, seja porque a jurisprudência se firmou no sentido de que se excluíam do teto as vantagens pessoais e as inerentes ao cargo, seja porque leis ordinárias criavam determinadas vantagens pecuniárias, expressamente excluindo-as do teto.⁴

A modificação do art. 37, XI, pela Emenda Constitucional 19/1998

A partir da Emenda 19/1998, que alterou a redação do art. 37, XI, houve nova tentativa de impor a observância da regra do teto, ante a menção expressa à inclusão

⁴ DI PIETRO, 2017, p 712.

das vantagens pessoais e às relativas à natureza e ao local de trabalho na composição do valor máximo de remuneração.

Confira-se a redação do inciso XI, do 37, da CF, com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/1998:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (grifo nosso)

Com a modificação, o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a ser o teto de remuneração para todos os agentes públicos, no âmbito de todas as esferas de governo e de todos os Poderes de Estado.

A mesma emenda ainda alterou a redação do artigo 48, XV, da Constituição Federal, determinando que a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deveria ser instituída por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, houve expressa disposição, no artigo 29 da Emenda Constitucional em análise, que:

Os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos da aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

Nada obstante, o STF, em decisão de cunho administrativo, entendeu que a norma do art. 37, XI, não era autoaplicável e, portanto, dever-se-ia aplicar o teto constitucional anterior.

Quer dizer, como a emenda alterou a redação do artigo 48, XV, da Constituição Federal, determinando que a fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal deveria ser instituída por lei de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal, o entendimento do próprio STF, em decisão de cunho administrativo, foi no sentido de que enquanto não fosse editada a lei, dever-se-ia aplicar o teto constitucional anterior à emenda.

Este, aliás, foi o entendimento do STF na ADI 2075, cuja ementa assim está redigida:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – REMUNERAÇÃO, SUBSÍDIOS, PENSÕES E PROVENTOS DOS SERVIDORES PÚBLICOS, ATIVOS E INATIVOS, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – FIXAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO MEDIANTE ATO DO

PODER EXECUTIVO LOCAL (DECRETO ESTADUAL Nº 25.168/99) – INADMISSIBILIDADE – POSTULADO CONSTITUCIONAL DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL – ESTIPULAÇÃO DE TETO REMUNERATÓRIO QUE TAMBÉM IMPORTOU EM DECESSO PECUNIÁRIO – OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE DO ESTIPÊNDIO FUNCIONAL (CF, ART. 37, XV) – MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA. REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS E POSTULADO DA RESERVA LEGAL. – [...] O NOVO TETO REMUNERATÓRIO, FUNDADO NA EC 19/98, SOMENTE LIMITARÁ A REMUNERAÇÃO DOS AGENTES PÚBLICOS DEPOIS DE EDITADA A LEI QUE INSTITUIR O SUBSÍDIO DEVIDO AOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. – Enquanto não sobrevier a lei formal, de iniciativa conjunta dos Presidentes da República, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 48, XV), destinada a fixar o subsídio devido aos Ministros da Suprema Corte, continuarão a prevalecer os tetos remuneratórios estabelecidos, individualmente, para cada um dos Poderes da República (CF, art. 37, XI, na redação anterior à promulgação da EC 19/98), excluídas, em consequência de tais limitações, as vantagens de caráter pessoal (RTJ 173/662), prevalecendo, desse modo, a doutrina consagrada no julgamento da ADI 14/DF (RTJ 130/475), até que seja instituído o valor do subsídio dos Juizes do Supremo Tribunal Federal. – Não se revela aplicável, desde logo, em virtude da ausência da lei formal a que se refere o art. 48, XV, da Constituição da República, a norma inscrita no art. 29 da EC 19/98, pois a imediata adequação ao novo teto depende, essencialmente, da fixação do subsídio devido aos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. A QUESTÃO DO SUBTETO NO ÂMBITO DO PODER EXECUTIVO DOS ESTADOS-MEMBROS E DOS MUNICÍPIOS – HIPÓTESE EM QUE SE REVELA CONSTITUCIONALMENTE POSSÍVEL A FIXAÇÃO DESSE LIMITE EM VALOR INFERIOR AO PREVISTO NO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO – RESSALVA QUANTO ÀS HIPÓTESES EM QUE A PRÓPRIA CONSTITUIÇÃO ESTIPULA TETOS ESPECÍFICOS (CF, ART. 27, § 2º E ART. 93, V) – PRECEDENTES. (ADI 2075 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, DJ de 27/06/2003)

Outras decisões, no mesmo sentido, seguiram-se: AO 524, Pleno, Rel. Min. Nelson Jobim, DJ de 20/4/2001; ADI 2087 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 19/9/2003; e ADI 1898 MC, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJ de 30/4/2004.

A modificação do art. 37, XI, pela Emenda Constitucional 41/2003

Neste cenário é que surge a Emenda Constitucional 41/2003, em mais uma empreitada para impor a regra do teto de remuneração e subsídios, seja para fazer constar, expressamente, que as vantagens pessoais e as de qualquer outra natureza submetem-se ao teto remuneratório, seja para alterar a forma de fixação do subsídio mensal dos Ministros do STF, conforme, respectivamente, a redação dada ao artigo 37, XI, da Constituição Federal e ao artigo 48, XV, da Constituição Federal.

O art. 37, XI, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 41/2003, passa a ter o seguinte conteúdo, que ainda está em vigor:

XI – a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza, não poderão exceder o subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos;

Além disso, diante da dificuldade de que os três Poderes reunidos deliberassem sobre a lei de iniciativa conjunta para a fixação dos subsídios de Ministro do Supremo Tribunal Federal, a Emenda Constitucional 41/2003 alterou também a redação do art. 48, XV, da Constituição Federal, para estabelecer que a competência na fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal é do Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República.

Então, face à ordem constitucional instituída pela emenda constitucional 41/2003, competia ao Supremo Tribunal Federal elaborar o projeto de lei visando à fixação dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal e encaminhá-lo ao Congresso para tramitação e votação, após o que seria enviado à sanção presidencial.

A mesma emenda instituiu que, enquanto não fosse editada a lei de que tratava o art. 48, XV, deveria vigorar, como o valor do subsídio de Ministro do STF, para os fins do limite fixado no inciso XI, do art. 37, o valor da maior remuneração atribuída por lei na data de publicação da referida Emenda a Ministro do Supremo Tribunal Federal, a título de vencimento, de representação mensal e da parcela recebida em razão de tempo de serviço (art. 8º, EC 41/2003).

Tais alterações foram destinadas a afastar o entendimento de que a regra do teto não era autoaplicável e, conseqüentemente, impedir que as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza ficassem de fora do limite de remuneração e subsídios.

E, por fim, igualmente ao que já estabelecia a Emenda Constitucional 19/1998, o art. 9º da Emenda Constitucional 41/2003 mandou aplicar o disposto no artigo 17 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Aos vencimentos, remunerações e subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos, pensões ou outra espécie remuneratória percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza.

Foi na vigência desta ordem normativa que decisão administrativa do Presidente do Supremo Federal determinou o corte na remuneração de Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal, para o fim de submissão à regra do teto, o que ensejou a impetração do Mandado de Segurança, sob nº 24.875.

Os Ministros aposentados questionaram o corte em seus proventos, alegando, em síntese, a inconstitucionalidade parcial do art. 37, XI e do art. 8º da EC 41/2003, e que a jurisprudência do STF é no sentido de que as vantagens pessoais não se submetem ao teto.

No caso, os Ministros tiveram suprimido, por decisão administrativa do Presidente do STF, o valor equivalente a 20% de sua remuneração, que se referia a uma vantagem instituída no artigo 184, III, da Lei 11.711/52, cujo montante excedia o teto.

A decisão da Corte Suprema, por maioria de votos, determinou que o valor continuasse a ser pago, até que fosse absorvido, no futuro, pelos novos valores fixados a título de subsídios, de modo a preservar a regra do teto, mas também compatibilizá-la com o princípio da irredutibilidade de vencimentos e subsídios.

Confira-se a ementa do julgado:

EMENTA: I. Ministros aposentados do Supremo Tribunal Federal: proventos (subsídios): teto remuneratório: pretensão de imunidade à incidência do teto sobre o adicional por tempo de serviço (ATS), no percentual máximo de 35% e sobre o acréscimo de 20% a que se refere o art. 184, III, da Lei 1711/52, combinado com o art. 250 da L. 8.112/90: mandado de segurança deferido, em parte. [...] V. Magistrados: acréscimo de 20% sobre os proventos da aposentadoria (Art. 184, III, da L. 1.711/52, c/c o art. 250 da L. 8.112/90) e o teto constitucional após a EC 41/2003: garantia constitucional de irredutibilidade de vencimentos: intangibilidade. 1. Não obstante cuidar-se de vantagem que não substantiva direito adquirido de estatura constitucional, razão por que, após a EC 41/2003, não seria possível assegurar sua percepção indefinida no tempo, fora ou além do teto a todos submetido, aos impetrantes, porque magistrados, a Constituição assegurou diretamente o direito à irredutibilidade de vencimentos – modalidade qualificada de direito adquirido, oponível às emendas constitucionais mesmas. 2. Ainda que, em tese, se considerasse susceptível de sofrer dispensa específica pelo poder de reforma constitucional, haveria de reclamar para tanto norma expressa e inequívoca, a que não se presta o art. 9º da EC 41/03, pois o art. 17 ADCT, a que se reporta, é norma referida ao momento inicial de vigência da Constituição de 1988, no qual incidiu e, neste momento, pelo fato mesmo de incidir, teve extinta a sua eficácia; de qualquer sorte, é mais que duvidosa a sua compatibilidade com a “cláusula pétrea” de indenidade dos direitos e garantias fundamentais outorgados pela Constituição de 1988, recebida como ato constituinte originário. 3. Os impetrantes – sob o pálio da garantia da irredutibilidade de vencimentos –, têm direito a continuar percebendo o acréscimo de 20% sobre os proventos, até que seu montante seja absorvido pelo subsídio fixado em lei para o Ministro do Supremo Tribunal Federal. [...]. (MS 24875, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 11/05/2006, DJ de 06/10/2006) (grifo nosso).

Em conclusão, o v. acórdão entendeu que o novo teto de remuneração deveria ser aplicado, sem que contra ele se pudesse invocar direito adquirido, mas o valor nominal recebido pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal deveria ser preservado a fim de que o princípio da irredutibilidade fosse observado. Com o passar do tempo e conforme os reajustes dos subsídios dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, por lei, os novos valores de subsídios culminariam por absorver a parcela que excedia o teto.

Este entendimento, todavia, acabou por ser posteriormente alterado pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do Recurso Extraordinário 609.381, com Repercussão Geral reconhecida, mas cuja análise será feita mais à frente.

Antes, porém, convém continuar a análise das normas constitucionais sobre o teto, dado que a Emenda Constitucional nº 47/2005, instituiu novas regras a seu respeito.

A inclusão dos parágrafos 11 e 12 ao artigo 37 pela Emenda Constitucional nº 47/2005

A Emenda Constitucional nº 47/2005 introduziu ao artigo 37, os parágrafos 11 e 12; o primeiro com a finalidade de excluir as parcelas de caráter indenizatório dos limites remuneratórios do seu inciso XI; e, o segundo, com a finalidade de facultar aos Estados e ao Distrito Federal fixar, em seu âmbito, mediante emenda às respectivas Constituições e Lei Orgânica, como limite único, o subsídio mensal dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, não se aplicando o disposto neste parágrafo aos subsídios dos Deputados Estaduais e Distritais e dos Vereadores.

Atualmente, portanto, existe um teto para cada ente da federação, diferenciando-se, ainda, no âmbito estadual e distrital, os Poderes de Estado, mas com a possibilidade de que na esfera estadual e distrital seja fixado um teto único, qual seja o subsídio dos Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça, o que, no entanto, não pode ser aplicado aos Deputados Estaduais e Distritais.

Abaixo a regra do teto será esmiuçada, no mister de apreender toda sua extensão, pelo que se voltará à esta última abordagem.

3. Dissecamento da regra do teto

Permito-me aqui, com a vênia do leitor, utilizar de um termo mais afeto à anatomia, o dissecamento, para tentar extrair do art. 37, XI e das outras normas constitucionais que em seu torno gravitam, as conclusões necessárias à exata compreensão da regra do teto constitucional de remuneração e subsídio, o que, adiante, é tarefa árdua.

A primeira questão a ser destacada é a de que o teto constitucional abrange os agentes que estão submetidos ao regime de remuneração e os que estão sujeitos ao regime de subsídios.

O art. 37, XI principia justamente por dispor que “a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos” submetem-se ao teto constitucional.

Sabe-se que há dois regimes remuneratórios em vigor: o regime de remuneração (ou de vencimentos) e o regime de subsídios.

Alguns agentes públicos estão obrigatoriamente submetidos ao regime de subsídios, que é fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória (art. 39, §4º, da CF), havendo também os facultativamente remunerados por subsídios, desde que haja opção legislativa do respectivo ente da federação e se tratem de servidores organizados em carreira (art. 39, §8º, CF).

Por oportuno, apesar de a Constituição Federal estabelecer que o agente remunerado por subsídio não recebe vantagens pecuniárias outras que não sejam a “parcela única” que forma seu subsídio, o artigo 39, §3º, da Constituição Federal aponta em direção diversa, ao mandar que se aplique ao ocupante de cargo público o disposto no artigo 7º, incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX. Assim, o agente remunerado por subsídio faz jus ao décimo terceiro salário, adicional de férias, licença-gestante, etc.

Além disso, as vantagens indenizatórias igualmente devem ser pagas aos agentes remunerados por subsídios porque elas têm por finalidade compensar por despesas efetuadas no exercício das atribuições do cargo, tal como ocorre com diárias e ajudas de custo. Então, acaso não fossem pagas, haveria, sem dúvida, enriquecimento indevido do Estado à custa do agente público.

Esclarecido o ponto, convém retomar o regime de subsídios, para deixar assentado que, conforme a Constituição Federal, são remunerados obrigatoriamente por subsídios: 1. os membros de Poder; 2. os Ministros de Estados, os Secretários Estaduais e Municipais; 3. os membros da Magistratura; 4. os membros do Ministério Público; 5. os Ministros do Tribunal de Contas da União; 6. os integrantes da Advocacia-Geral da União, os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal e os Defensores Públicos; e 7. os servidores públicos policiais.

Quem não se submeter ao regime de subsídios, estará incluído no regime de remuneração, também chamado de regime de vencimentos. Neste regime, a remuneração é formada por uma parte fixa, que corresponde ao valor padrão fixado em lei, e uma parte variável, que equivale às vantagens pecuniárias, que se dividem em indenizações, gratificações e adicionais.

A regra do teto constitucional abrange os dois regimes, seja o de remuneração ou de vencimentos, seja o de subsídios.

A segunda questão a ser enfrentada refere-se ao âmbito de abrangência da regra do teto, considerada a Administração Pública.

A regra do teto está contida no inciso XI, do artigo 37, de modo que o “caput” do artigo deve ser considerado.

Assim dispõe o art. 37, “caput”:

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.

Quer dizer que, a princípio, os incisos contidos no artigo 37, o que inclui o inciso XI, reportam-se a toda a Administração Pública, Direta e Indireta, e a todos os Poderes dos entes da federação.

No entanto, o inciso XI, logo em seu início, dispõe que

a remuneração e o subsídios dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (grifo nosso)

submetem-se à regra do teto.

Ora, a despeito das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias estarem incluídas na Administração Pública Indireta, não foram referidas pelo inciso XI.

Ditas empresas foram mencionadas no §9º do art. 37, da seguinte forma:

O disposto no inciso XI aplica-se às empresas públicas e às sociedades de economia mista, e suas subsidiárias, que receberem recursos da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

Então, as empresas em apreço apenas se submetem à regra do inciso XI do art. 37 se receberem recursos dos entes da federação para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral. Caso sejam autossuficientes financeiramente, seus agentes públicos não estarão submetidos ao teto constitucional.

Concluindo, portanto, a regra do teto abrange toda a Administração Pública Direta, Autárquica e Fundacional, em todos os âmbitos de governo, federal, estadual ou municipal, incluindo todos os Poderes de Estado, e, com referência às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, apenas se submeterão ao teto constitucional se receberem recursos dos entes da Federação, para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral.

A terceira dificuldade está em saber qual o teto aplicável em cada Poder e em cada âmbito de governo.

Para enfrentá-la, é necessária a leitura atenta do inciso XI do art. 37 em conjugação com o parágrafo 12 do mesmo artigo, os quais já foram anteriormente transcritos.

Após a leitura recomendada, conclui-se que:

- a) na esfera federal, o teto é o subsídio mensal, em espécie, do Ministro do Supremo Tribunal Federal;
- b) na esfera estadual e no Distrito Federal, existe um teto para cada Poder; no Executivo, o teto é o subsídio do Governador; no Legislativo, o do Deputado Estadual ou Distrital; e, no Judiciário, o subsídio do Desembargador do respectivo Tribunal de Justiça, a que também se submetem os membros do Ministério Público, os Procuradores e os Defensores Públicos. Desde que haja modificação da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Constituição do Estado membro, é possível adotar, como teto único, o subsídio mensal em espécie dos Desembargadores, limitado a 90,25% do subsídio mensal dos Ministros do STF, não se aplicando essa disposição aos deputados estaduais e distritais;
- c) na esfera municipal, o teto é o subsídio do Prefeito.

No tocante aos magistrados, há que se destacar o julgamento da ADI 3.854-MC, em 28/02/2007, cujo relator foi o eminente Ministro Cezar Peluso, em que foi concedida liminar para,

dando interpretação conforme à Constituição da República, o primeiro dispositivo na redação da EC n. 41/2003, e o segundo, introduzido pela EC n. 47/2005, excluir a submissão dos membros da magistratura estadual ao subteto de remuneração.

O Supremo Tribunal Federal entendeu que os membros da magistratura submetem-se a teto único, sejam eles advindos da magistratura federal ou da magistratura estadual, seja porque se trata de um Poder uno, seja porque a regra fere o princípio constitucional da isonomia.

Acaso não houvesse a interpretação conforme à Constituição aos dispositivos tidos por violados, ter-se-ia odiosa distinção entre os membros da magistratura federal e os da magistratura estadual; os primeiros estariam submetidos ao teto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, enquanto os segundos estariam submetidos ao teto dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a 90,25% dos subsídios mensais dos Ministros do STF.

Com a liminar concedida na ADI 3.854-MC, todos os membros da magistratura, federal ou estadual, submetem-se ao teto único correspondente ao subsídio de Ministro do STF.

O desafio seguinte é o de aferir se existe alguma vantagem excluída do teto.

Como se viu pela abordagem inicial sobre a redação original da Constituição Federal e as subsequentes alterações das normas constitucionais sobre o teto de remuneração e subsídios, todo o esforço foi empreendido para que as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza fossem incluídas no teto de remuneração e de subsídios.

Apenas a emenda constitucional 47/2005 é que, ao introduzir o §11, ao art. 37, suavizou a regra, ao permitir que as parcelas de caráter indenizatório previstas em lei não fossem computadas para efeito dos limites remuneratórios do art. 37, XI.

O artigo 4º da noticiada emenda também dispôs que

enquanto não editada a lei a que se refere o §11 do artigo 37 da Constituição Federal, não será computada, para efeito dos limites remuneratórios de que trata o inciso XI do caput do mesmo artigo, qualquer parcela de caráter indenizatório, assim definida pela legislação em vigor na data de publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003.

Como a emenda constitucional 47/2005 tem efeitos retroativos à data da vigência da emenda 41/2003, eventuais valores expurgados da remuneração dos agentes públicos por conta de indenizações que superavam o teto, deverão ser a eles devolvidas, com efeito retroativo à data de vigência da EC 41/2005.

Neste sentido, veja-se o ensinamento da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

note-se que, como a Emenda nº 47 tem efeito retroativo a 30/12/03, todos os descontos efetuados, para fins de aplicação do teto salarial, têm que ser revistos, para devolução, ao servidor, de valores

*correspondentes a verbas indenizatórias, eventualmente glosadas pela Administração Pública.*⁵

Seguindo no objetivo de extrair do art. 37, XI, a máxima compreensão, merece realce a conclusão no sentido de que o teto abrange não apenas remuneração e subsídios, mas também proventos e pensões.

Os proventos equivalem à remuneração percebida por quem está na inatividade, seja na condição de aposentado, seja na disponibilidade remunerada.

Certamente a situação mais ordinária é a dos proventos percebidos pelo aposentado, mas também recebe proventos aquele que se encontra em disponibilidade remunerada.

A disponibilidade é o direito do servidor estável que tem seu cargo extinto, declarado desnecessário ou que dele se vê desalojado em razão de reintegração do anterior ocupante.

A remuneração que recebe é proporcional ao tempo de serviço e é denominada de proventos.

Pensão é o termo relativo à remuneração do dependente do servidor falecido.

A lei de cada ente da federação instituirá quem são os dependentes do servidor falecido, mas, ordinariamente, são os cônjuges ou companheiros, filhos até certa idade, pais que vivam sob a dependência do servidor, menor tutelado, etc.

No Estado de São Paulo, a lei complementar 180/1978, com suas alterações posteriores (última modificação pela Lei Complementar nº 1012/2007), traz o rol das pessoas que podem ser consideradas dependentes do servidor falecido em seu artigo 147.

Enfim, também a pensão e os proventos submetem-se ao teto salarial.

Prosseguindo no intento inicial, resta analisar a regra segundo a qual aquele que está em regime de acumulação de remuneração submete-se ao teto constitucional.

Para bem entender a questão, é necessário conhecer as possibilidades de acumulação de cargos, empregos e funções estabelecidas na Constituição Federal.

Além disso, também é preciso saber se existe possibilidade de acumulação de vencimentos com proventos.

A regra geral é a da proibição de acumulação remunerada de cargos, empregos e funções, tal como decorre dos incisos XVI e XVII do artigo 37.

As exceções constam, inicialmente, do inciso XVI do artigo 37; havendo compatibilidade de horários, são acumuláveis: a) dois cargos de professor; b) um cargo de professor com outro técnico ou científico; c) dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas.

Ainda temos as seguintes normas a respeito da acumulação:

- a) art. 38, III (Vereador): o servidor público da Administração Direta, Autárquica e Fundacional poderá, havendo compatibilidade de horários, exercer o mandato de vereador juntamente com o seu cargo, emprego ou função; se não houver compatibilidade de horários, ele pode exercer o mandato de vereador, mas optar pela remuneração da outra função;

⁵ DI PIETRO, 2017, p. 716.

- b) art. 95, § único, I (Juízes): poderão exercer um cargo ou função de magistério; não pode acumular outras funções;
- c) art. 128, § 5º, II, “d” (Promotores): poderão exercer uma função pública de magistério, não pode acumular outras funções.

Não resta hipótese para tríplice acumulação, a menos que uma das funções não seja remunerada.

Estando, portanto, o agente público em regime de acumulação lícita de cargos, empregos e funções, a interpretação literal do artigo 37, XI impõe que o somatório dos valores percebidos seja detido na regra do teto.

Quanto à acumulação de proventos com vencimentos, a Constituição Federal de 1988 não repetiu a norma constante da Constituição Revogada que proibia tal acumulação, com exceção ao exercício de mandato eletivo, ao exercício de um cargo em comissão ou quanto a contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Diante da omissão, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 163.204-6, entendeu que “a acumulação de proventos e vencimentos somente é permitida quando se tratar de cargos, funções ou empregos acumuláveis na atividade, na forma permitida na Constituição”.

Assim, a Lei nº 9.527/1997 alterou a Lei nº 8.112/1990, acrescentando o § 3º, ao artigo 118, nos seguintes termos: “considera-se acumulação proibida a percepção de vencimentos de cargo ou emprego público efetivo com proventos da inatividade, salvo quando os cargos de que decorram essas remunerações forem acumuláveis na atividade”.

A partir da Emenda Constitucional 20/1998, pôs-se fim à discussão sobre a possibilidade de acumulação de vencimentos com proventos. O artigo 37, § 10 da Constituição Federal veda a percepção simultânea de proventos de aposentadoria decorrentes dos arts. 40, 42 e 142 com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, ressalvados os cargos acumuláveis na atividade, os cargos eletivos e os cargos em comissão.

A Emenda citada, em seu artigo 11, resguardou o direito de acumulação de vencimentos com proventos em relação aos servidores que já se encontravam em situação de acumulação lícita, mas com sujeição ao teto salarial do artigo 37, XI.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários 602.043 e 612.975, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese:

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público. Plenário, 27.4.2017.

O voto condutor, do Ministro Marco Aurélio de Melo, destacou, entre outros aspectos relevantes, que a regra do teto expressa duplo objetivo: o de impedir a consolidação de “supersalários”, incompatíveis com o princípio republicano, e o de proteger o Erário, visando estancar o derramamento indevido de verbas públicas. No entanto, o recebimento do somatório das remunerações em caso de acumulação lícita de cargos, empregos e funções, ainda que acima ao valor máximo de remuneração, não agride o texto constitucional. Não ocorre a lesão à moralidade porque os ganhos obtidos pelo servidor

são proporcionais aos cargos públicos ocupados, de sorte que “admitida a incidência do limitador em cada uma das matrículas, descabe declarar prejuízo à dimensão ética da norma, porquanto mantida a compatibilidade exigida entre trabalho e remuneração”. E, ademais, a interpretação da Constituição Federal deve promover a interação entre os preceitos – exigência do princípio da unidade da Constituição Federal – a fim de que o sentido da regra que autoriza a acumulação não seja esvaziado. Se a Constituição Federal instituiu a possibilidade de acumulação de cargos, foi porque considerou que as relevantes funções acumuláveis devem servir à coletividade, obsequiosas ao princípio da eficiência administrativa, não sendo instituída a acumulação em benefício do servidor, de modo que a limitação do somatório das remunerações ao valor do teto acabaria, ao fim e ao cabo, por apequenar as relevantes funções em detrimento da coletividade. Além disso, a remuneração abaixo do devido acarreta, em favor do Estado, enriquecimento sem causa, a par de potencialmente ensejar a ocorrência de situações desiguais, ferindo de morte o tão caro princípio da isonomia, e de conflitar com o disposto no artigo 1º da Constituição da República, que não admite a gratuidade, ainda que parcial, dos serviços prestados, haja vista que a proteção dos valores sociais do trabalho foi erigida à categoria de fundamento da República.

Nesta esteira, vale lembrar que, para os Magistrados, a resolução nº 13 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu no artigo 8º, II, “a”, que a remuneração ou o provento decorrente do exercício do magistério, nos termos do artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal fica excluída da incidência do teto remuneratório constitucional.

Isso significa que o valor percebido em decorrência do magistério, pelo magistrado, não pode ser somado para compor o valor do teto.

E, apesar de eventuais críticas à resolução, a norma é acertada.

Como aos magistrados só é permitido o cúmulo do exercício da função de magistério, e considerando que o subsídio do Ministro do Supremo Tribunal Federal é o teto de remuneração, o Ministro que exercesse o magistério nada receberia se houvesse a soma dos valores percebidos em ambas as atividades, conclusão que deve ser afastada porque não encontra guarida em nosso ordenamento jurídico, notadamente porque contrária aos valores sociais do trabalho (ar. 1º, IV, da Constituição Federal).

Como bem destacado no voto condutor na fixação da tese de repercussão geral sobre o tema em estudo:

A interpretação constitucional não pode conduzir o absurdo, de modo a impedir, por exemplo – o mais gritante –, a acumulação de cargos por aqueles, como os Ministros do Supremo, que já tenham alcançado o patamar máximo de vencimentos.

O voto também destacou que “o próprio ordenamento constitucional permite que os Ministros acumulem as respectivas funções com aquelas inerentes ao Tribunal Superior Eleitoral – artigo 119 da Carta de 1988–”, sendo “ilógico supor que imponha o exercício simultâneo, sem a correspondente contrapartida remuneratória” (OLIVEIRA, 2015, p. 685).

Além de tudo o que ficou consignado, haveria dúvidas irrespondíveis caso houvesse de se fazer o corte de remuneração na hipótese de acumulação lícita de cargos, empregos e funções, que, aliás, foram destacadas no voto em análise:

A óptica da retenção de valores, tendo em conta o somatório dos ganhos, não resolve sequer casos concretos relevantes: o limitador incidiria sobre qual das remunerações? É possível ao servidor optar pelo vencimento a ser atingido? Havendo duas fontes pagadoras distintas, qual entidade federativa se beneficiaria da redução de despesa? Como considerar o parâmetro máximo quando as relações jurídicas envolvem entes e órgãos dotados de autonomia constitucional?

Por tudo isso a interpretação estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do tema em apreço (377 e 384), estabeleceu a tese de que:

Nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, inciso XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público.

E, por fim, resta aferir se o corte na remuneração contraria o princípio da irredutibilidade.

4. Irredutibilidade de remuneração e de subsídios

Pode surgir a indagação sobre se a observância da regra do teto não ofende o princípio da irredutibilidade de remuneração e de subsídios, de que trata o art. 37, XV, da Constituição Federal.

O inciso XV do artigo 37, na redação conferida pela Emenda 19/1998, estabelece que “o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos artigos 39, § 4º, 150, II, 153, III e 153, § 2º, I”.

Neste trabalho, só nos interessa abordar a ressalva à irredutibilidade para a aplicação do disposto no art. 37, XI, da Constituição Federal, daí porque não abordaremos as demais ressalvas à irredutibilidade.

Segundo o que dispõe o artigo 37, XV, a irredutibilidade não impede a observância do teto remuneratório fixado pelo artigo 37, XI.

Como ensina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁶:

A irredutibilidade de vencimentos e subsídios não impede a observância do teto fixado pelo inciso XI; vale dizer que não se poderá invocar a irredutibilidade para manter remunerações que hoje superam o teto; a norma reforça-se com a do artigo 29 da Emenda, segundo a qual “os subsídios, vencimentos, remuneração, proventos de aposentadoria e pensões e quaisquer outras espécies remuneratórias adequar-se-ão, a partir da promulgação desta Emenda, aos limites decorrentes da Constituição Federal, não se admitindo a percepção de excesso a qualquer título.

⁶ DI PIETRO, 2017.

Prossigue a professora: “a norma fere, evidentemente, o preceito constitucional que protege os direitos adquiridos (art. 5º, XXXVI); é a vontade do poder constituinte derivado prevalecendo sobre a do originário”.⁷

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 609.381/GO, com repercussão geral reconhecida, assim decidiu (tema 480):

O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

O acórdão restou assim ementado:

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO RESPALDADA PELA GARANTIA DA IRREDUTIBILIDADE.

1. *O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.*

2. *A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.*

3. *A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.*

4. *Recurso extraordinário provido. Data do julgamento: 02/10/2014.*

Quer dizer, então, que mesmo que o servidor estivesse recebendo acima do teto em razão de benefícios deferidos antes da emenda 41/2003, deverá ocorrer a adequação dos valores recebidos ao teto de remuneração.

⁷ DI PIETRO, 2017.

No entanto, o STF também julgou dispensada a devolução de valores recebidos em excesso pelo servidor até o dia 18/11/2015, fixando a tese 257, nos autos do Recurso Extraordinários 606.358, assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015. 2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República. 3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de valores percebidos, ainda que antes do advento Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 606.358, rel. min. Rosa Weber, j. 18-11-2015, P, DJE de 7-4-2016, Tema 257).

Neste julgamento, a tese 257 restou assim fixada:

Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do artigo 37, XI, da Constituição da República, também os valores percebidos anteriormente à vigência da EC 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição de valores eventualmente recebidos em excesso e de boa-fé até o dia 18/11/2015 (data do julgamento).

Em suma, computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da CR também os valores percebidos anteriormente à vigência da EC 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015.

Nestas condições, nem mesmo a invocação ao princípio da irredutibilidade pode, atualmente, impedir que haja corte nos vencimentos, subsídios ou proventos percebidos pelos agentes públicos, acaso estejam recebendo acima do teto a eles aplicável, considerada, obviamente, a categoria em que se inserem.

Finalmente, pondera-se que existe tentativa de submeter os valores de indenização à regra do teto, de sorte que, futuramente, pode haver novidade a respeito da regra do teto.

5. Conclusões

A preocupação na fixação de teto para as remunerações e os subsídios no âmbito da Administração Pública, seja em razão de princípios éticos, visando a impedir que agentes

públicos recebam vencimentos muito elevados, o que contraria o ideal republicano, seja para resguardar o erário, fez com que a própria Constituição Federal fixasse um valor máximo para pagamento de seu pessoal.

Ante as dificuldades em fixação da regra do teto, notadamente por conta de antigo entendimento jurisprudencial no sentido de que as vantagens pessoais e as relativas à natureza e ao local de trabalho deveriam ser excluídas da regra do teto, fizeram com que a Constituição fosse reformada, pelas Emendas Constitucionais 19/1998, 41/2003 e 47/2005, na tentativa de que houvesse, realmente, um limite máximo de remuneração a ser observado.

Durante todo este lapso temporal, variadas discussões foram submetidas ao Supremo Tribunal Federal, a fim de que fosse aclarada a regra do teto, com o fito de ser estabelecida sua real extensão, como se viu desde a ADI 14 e, posteriormente, nos Recursos Extraordinários principais, quais sejam, os de nº 602.043, 612.975, 606.358 e 609.381.

A regra do teto, todavia, ainda pode sofrer modificação, já que existem discussões sobre a legitimidade de valores de indenização serem pagos acima do valor do teto remuneratório, de modo a propiciar novas alterações quanto ao tema.

Referências

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Forense, 2017.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MORAES, Isaias Fonseca. *Manual de Direito Administrativo, Teoria e Prática*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende de. *Curso de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Método, 2015.

Ocupação de bens de uso especial como forma de manifestação popular

Cynthia Thomé

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Introdução

Recentemente vários prédios públicos de uso especial vêm sendo ocupados por cidadãos como forma de impor sua participação nas decisões políticas e garantir o respeito à soberania popular. A evolução da sociedade demonstrou que o modelo de democracia representativa vivenciado pelos diversos países que o adotaram apresenta problemas que impedem o pleno desenvolvimento social. Para tentar solucionar tal impasse, muitas nações começaram a incorporar em seus sistemas jurídicos mecanismos de participação popular na atuação estatal, seja nos seus processos de tomada de decisão, seja como ferramenta de controle, formato que alguns países passaram a chamar de democracia participativa. Tem-se este modelo hoje como ideal para o combate às arbitrariedades do Estado contra os direitos fundamentais dos indivíduos.

A participação administrativa é um princípio implícito na Constituição Federal, conectado ao princípio democrático, princípio do Estado de Direito e ao princípio da eficiência administrativa (PEREZ, 2009, p. 83) – é um direito e um dever do cidadão, porém incipiente no Brasil. Há um longo caminho a ser percorrido, visto que a realidade atual está longe de garantir o efetivo exercício da cidadania.

As manifestações populares são uma maneira de procurar impor ao poder público a participação administrativa frente a falta de diálogo prévio com os particulares antes da tomada de decisões que impactem diretamente seu cotidiano, que pode se dar de várias formas – entre elas, a ocupação de bens públicos de uso especial. Os prédios públicos de uso especial têm uma destinação específica para cumprir uma finalidade a que o Estado é obrigado, e a ocupação impede que esta finalidade seja atingida.

Este trabalho tem por objetivo verificar se este tipo de manifestação de vontade encontra amparo na Constituição Federal e nas demais regras previstas em nosso ordenamento jurídico.

Democracia representativa e participativa

O Estado Democrático que vivemos hoje decorre das revoluções liberais do final do século XVIII, com a evolução subsequente. Iniciou-se com a intenção de combater o absolutismo, ou seja, com a finalidade primordial de findar o poder exercido de forma arbitrária e autocrática. No século XIX, evolui a *teoria da democracia* consagrando-se o modelo de democracia representativa, hoje visto como o ideal para o combate às arbitrariedades do Estado contra a liberdade dos indivíduos.

Desde então, como anotado por Marcos Augusto Perez (2009, p. 28), passa a ser reconhecido como democrático:

o governo que preserva as liberdades públicas, direitos fundamentais individuais como a liberdade de locomoção, de comércio, de pensamento e expressão; o governo que evita a concentração de poderes por meio da adoção do princípio da separação de poderes; o governo submetido à lei e legitimado pela realização periódica de eleições, momento em que o “povo” exprimiria sua “vontade suprema” e delegaria aos seus mandatários o poder de governá-lo por determinado período.

A democracia representativa atingiu seu apogeu entre o fim do século XIX e início do século XX, e culminou com a mudança no perfil do Estado.

Impulsionou o exercício das liberdades públicas e, sob pressão dos eleitores, foram consagrados os direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração. A partir de então, o Estado passou a ingerir em todo o tecido social, regulando relações de toda natureza. (ibid., p. 29)

Não tardou para que a ciência política viesse diagnosticar os problemas vivenciados pela democracia representativa:

(1) oligarquização dos partidos políticos; (2) excessiva profissionalização 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 da 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; (9) desprestígio da lei enquanto instrumento normativo; (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. (ibid., p. 31)

Apesar da persistência de tais problemas ante a ausência de modelo que pudesse afastá-los de forma definitiva, alguns estados adotaram a democracia participativa, ou semidireta, como princípio de estruturação da organização política – o modelo soma a indispensável técnica da democracia representativa com as vantagens da democracia direta. Conforme Álvaro Luiz Valery Mirra:

A democracia participativa não elimina a distinção entre governantes e governados e nem supõe a exclusão da representação político-eleitoral. Diversamente, a democracia participativa, como esclarece Diogo de Figueiredo Moreira Neto, configura “um passo adiante da democracia representativa que, sem substituí-la, vem aperfeiçoá-la e revitalizá-la na realização substantiva da legitimidade”, facultando ao governado, na lição de Elival da Silva Ramos, “o uso de instrumentos de participação no poder que façam governante sentir a sua condição de veículo da vontade popular” (MIRRA, 2011, p. 48)

A democracia participativa complementa o modelo liberal e surge para tentar sanar os problemas enfrentados pela democracia representativa, apresentando instrumentos de controle sobre a atuação estatal e ampliando a participação popular na tomada de decisões. De acordo com André Ramos Tavares:

Em virtude desse “desvirtuamento institucional” do Estado, a doutrina tem assinalado a insuficiência do mandato eletivo como legitimador das decisões politicamente adotadas pelos exercentes dos cargos eletivos. E não sendo o mandato imperativo cogitável em termos de teoria política e adequação lógica, será correto concluir que “a mera concordância popular (eleição) no preenchimento desses cargos é condição necessária, mas não suficiente para realizar-se a democracia: ela só se plenificará com a decisão democrática e com o controle democrático. Será necessário que a decisão política, tomada pelos escolhidos, seja também a expressão da vontade popular. Na verdade, é mais importante que a decisão seja democraticamente tomada do que o órgão decisório haja sido democraticamente provido. O provimento democrático age, assim, como uma mera garantia de que a decisão virá a ser, efetivamente, tomada de acordo com o interesse coletivo; entre provimento e decisão democráticos há, portanto, uma relação de meio para fim”. Frise-se, portanto, que participação política não é somente participação eleitoral, por meio do voto. Aliás, a participação “muitas vezes é mais eficiente por outros meios”, e a democracia pode consolidar-se independentemente da vontade majoritária ou até contra ela. Ademais, no complexo sistema partidário atual, com suas especificidades e exigências para candidaturas, a realização de eleições não significa que o povo escolha livremente seus representantes, e muito menos assegura que se governe por meio deles. A crise do modelo democrático representativo fica, pois, latente. Esse é o panorama geral do qual emerge a necessidade da participação política do cidadão como um direito fundamental, o qual se trata de direito “altamente desejável para a realização da sociedade democrática”. Mais do que isso, o direito de participação, enquanto direito fundamental do homem, impõe a necessidade de reconhecimento do poder individual de atuar sobre o poder deferido ao Estado. É que decorrendo toda norma jurídica, como professa Goffredo Telles Jr., “de uma escolha, de uma opção feita pelo Poder, e convertida num ato decisório, numa tomada de posição desse mesmo Poder”, importa a participação e atuação exatamente nesse ponto, a tomada da decisão. (TAVARES, 2004, p. 357, grifo do autor)

Contudo, há de ser observado que a participação política do cidadão não é apenas um direito, mas também um dever. Não se trata de uma opção, mas imposição, que justamente visa a todos garantir os direitos fundamentais previstos constitucionalmente, como forma de possibilitar o pleno desenvolvimento do ser humano e, em consequência, a evolução da sociedade.

Cidadania

Um dos fundamentos de nossa República é a cidadania, para o exercício da qual a Constituição Federal assegura aos brasileiros direitos sociais essenciais, além de prever uma série de outros instrumentos a fim de garantir o cumprimento de tais direitos. Todavia, o exercício da cidadania ainda engatinha, visto que direitos sociais não são garantidos (apesar de previstos), sendo que há uma enorme distância entre as normas impostas constitucionalmente ao Estado e a realidade em que vivemos. A desigualdade social ainda reina e a extrema pobreza continua instalada de forma vergonhosa em nosso país, tudo de forma a impedir que o cidadão tenha consciência de seus direitos.

A cidadania é a qualidade do cidadão, que, como membro de um Estado, tem direitos e deveres, nas esferas civil, política e social, que o autorizam a participar ativamente da vida e do governo de seu povo – é caracterizada pela posse de direitos civis, políticos e sociais. Ela representa os direitos e deveres de um indivíduo em relação à sociedade em que vive, o que não implica apenas em atribuição de direitos, mas também de deveres, pois o direito de um está resguardado quando observado pelo outro: é, por fim, uma garantia mútua de direitos.

Os direitos e deveres decorrem de um conjunto de valores sociais, que estão em constante mutação, visto que a sociedade não é estanque, mas sim em permanente evolução – dinâmica que altera constantemente os valores e interesses da coletividade. Os direitos políticos, atributo da cidadania, garantem ao indivíduo participar na formação do governo, bem como em sua administração.

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 1998, p. 14)

O exercício da cidadania é fundamental para o desenvolvimento de uma sociedade, pois as mazelas estatais só podem ser combatidas com a participação da população na constante construção de um Estado que garanta os anseios da coletividade e o bem comum. A cidadania existe somente com o efetivo exercício. A ausência de participação volitiva da população na escolha de seus representantes, na forma de administração, na edição de leis, na escolha de políticas públicas, implica em ausência do exercício da cidadania. O exercício pleno dos direitos civis, políticos e sociais, por sua vez, só se concretiza com a educação.

Como já dito anteriormente, a democracia representativa sem a participação popular não vem se revelando como apta a garantir a efetividade dos direitos fundamentais, pois forças contrárias predominam na realidade, como a força do poder econômico que exerce diretamente sua influência nas decisões do Estado (através de financiamento de campanhas eleitorais e outras formas de pressão, como *lobbies*), do poder da mídia no controle da formação de opinião e da distância entre eleitor e seus representantes, em razão do crescimento da população e do atual sistema eleitoral.

O voto não legitima o representante do povo a atuar da maneira como bem entender, distante da vontade popular, das aspirações sociais. O fato de o representante ter sido

eleito não avaliza qualquer tomada de decisão. A atuação política deve obrigatoriamente visar ao bem comum. Para que isso sempre ocorra, a participação popular na gestão do interesse público é imprescindível. Assim como notado por Tavares (2004), mais importante do que legitimar a ocupação do cargo é encontrar formas que legitimem a decisão pública adotada no exercício deste.

Contudo, ainda há um longo caminho a ser percorrido no melhoramento de uma consciência coletiva. A participação popular na formação e controle de políticas públicas ainda é incipiente. A oferta de educação de qualidade, com conteúdos próprios de preparação para a cidadania é que tornará possível que todos e cada um de nós tomemos consciência do nosso papel para o bem-estar coletivo.

Um povo sem acesso à educação é facilmente manipulado e pode ser conduzido à formação de maiorias que nem sempre representam o bem comum, mas sim o bem institucionalizado. O pluralismo, que representa a tolerância e a moderação, é indispensável para a democracia. Como bem sintetizado por Tavares (2004, p. 369):

A pluralidade é essencial na democracia, exigindo-se não o consenso majoritário, mas sim a tolerância da diversidade e, a partir dela, a possibilidade de múltiplas opções a serem igualmente sopesadas no momento de tomada de uma decisão política.

A participação política dos cidadãos na formação das decisões do Estado, bem como para controlar e impor limites ao poder, é que representa a efetividade da cidadania.

Participação popular na tomada de decisão estatal: instrumento importante para legitimidade, eficiência e controle do exercício do poder

A República Federativa do Brasil “constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania; a cidadania; a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e o pluralismo político” (BRASIL, 1988, artigo 1º).

Como declara a nossa Carta Maior, “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente” (ibid., parágrafo único do artigo 1º). O povo detém a soberania e, como tal, a democracia participativa não se resume à mera declaração formal de que o povo detém o poder. É com o exercício desse poder que ela se aperfeiçoa. Para tanto, a Constituição Federal prevê uma série de mecanismos de participação popular na atuação estatal que consagram a democracia participativa, como o referendo, o plebiscito, consultas e audiência públicas, entre outros.

A participação popular tornou-se indispensável para a realização da democracia e:

Infiltra-se no exercício de todas as funções estatais. O Legislativo abre-se ao referendo, ao plebiscito e à iniciativa popular de leis, devendo contar também com a colaboração dos cidadãos no exercício da fiscalização do Executivo. O Judiciário passa a contar com diversos instrumentos participativos tais como as ações populares, os mandados de segurança coletivos, dentre outros. A Administração Pública, por seu turno, contará com o administrado para exercício das funções decisórias, consultivas ou de controle. (PEREZ, 2009, p. 35)

A participação política do cidadão é a garantia fundamental para a manutenção da democracia, visto que aumenta a eficiência do Estado, melhora a qualidade das decisões e sua efetividade, além de gerar o desenvolvimento da sociedade civil. É a forma de o indivíduo dialogar com a Administração e influenciar nas escolhas que o afetarão, bem como de defender os interesses coletivos.

Gustavo Justino de Oliveira (2010) relata que no contexto da Administração Pública Democrática a participação administrativa gera efeitos extremamente positivos: maior publicidade e transparência no que tange à condução dos assuntos que envolvem a coletividade; possibilita aos cidadãos maior e melhor informação e conhecimento sobre as diretrizes dos órgãos administrativos; e enseja a criação de efetivos espaços de negociação.

O princípio da publicidade garante a transparência, pois permite ao cidadão se inteirar dos fatos e atos que geram decisões políticas e possibilita a interferência na tomada de decisões, integrando a vontade do povo à decisão política a ser tomada. Por outro lado, o cidadão passa a ter conhecimento das limitações administrativas que impedem o atendimento geral dos pleitos de todas as categorias de interesses, fato que contribui para o cumprimento das decisões e reduz a insatisfação com a Administração.

A sociedade civil é heterogênea, detém diversos interesses que, em grande parte, são contrapostos. Os representantes eleitos também não representam a população com interesse homogêneo – o que seria praticamente impossível, dado o número de eleitores que representam, a complexidade das questões sociais, e ainda a dificuldade de se ter consenso sobre assuntos polêmicos mesmo em pequenos grupos. Assim, ao ouvir a população para a tomada de decisões, a Administração também passa a atuar como árbitra das diferentes aspirações em disputa, buscando a composição possível entre estas no caso concreto, em uma difícil tarefa tendente a conferir uma maior legitimidade ao exercício do poder, dado indispensável para o fortalecimento da democracia.

As opções administrativas feitas com a participação popular normalmente são as mais adequadas para a situação; afastam escolhas que reflitam apenas os interesses dos representantes, contrários ao interesse coletivo e anseios da sociedade; facilitam a governabilidade; geram responsabilidade ao cidadão, bem como incentivam a sociedade a buscar as soluções mais adequadas aos problemas que esta vivencia. Como concluído por Gustavo Justino de Oliveira:

Parece estreme de dúvidas que a estruturação e a consolidação de uma Administração Pública Democrática, com a observância generalizada do direito à participação nas decisões estatais, representa um inestimável reforço para que o Estado possa desincumbir-se daquela que é a maior de todas as suas atribuições no mundo contemporâneo: a de responsável primário pela efetivação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2010, p. 183)

Impedir ou negar a abertura do processo decisório da Administração à participação popular pode gerar a insurgência dos cidadãos contra escolhas adotadas autocraticamente pelo Poder Público, o que pode assumir a forma de protestos coletivos que culminem na ocupação de bens públicos de uso especial, que será abordado a seguir.

Ocupação de bens públicos de uso especial

O Estado, criação do Direito, é um ente incorporado cuja presença se faz com as atividades desempenhadas pelos agentes públicos e seu grupo de bens físicos. Conforme artigo 98 do Código Civil (BRASIL, 2002), são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

O artigo 99 do Código Civil (BRASIL, 2002) classifica os bens quanto à destinação: bens de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças; bens de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias; e bens dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Marçal Justen Filho (2014) define bens de uso especial como os afetados a um serviço ou estabelecimento público, como as repartições públicas – isto é, locais onde se realiza a atividade pública ou onde está à disposição dos administrados um serviço público, como teatros, universidades, museus e outros abertos à visitação pública.

Os bens públicos são inalienáveis (com exceção dos bens dominicais e desafetados, desde que observadas as exigências legais), impenhoráveis e imprescritíveis. Pertencem a toda coletividade e, por tal razão, gozam de proteção específica, como as garantias acima indicadas, para que continuem nas mãos da coletividade e não sejam sujeitos de desvios por má conduta de administradores, seja ela dolosa ou culposa – ou seja, a administração de bens públicos se orienta por normas de direito público e supletivamente por normas de direito privado no caso de omissão.

Impõe-se ao Estado zelar pelos bens públicos. É dever e não faculdade, ou seja, o uso não fica a critério do administrador, não cabe a ele usar da forma que bem entender. Trata-se de imposições normativas que o gestor público deve obedecer, de forma eficiente, sob pena de responsabilização pessoal por omissão. A sujeição dos bens públicos às normas de Direito Público gera consequências inabaláveis; entre elas, no caso de turbação ou esbulho, a incidência da autoexecutoriedade. Desse modo, cabe ao Estado, independentemente de ordem judicial, praticar os atos de defesa do patrimônio público, por se tratar de bem público, admitindo-se o ingresso de ação judicial somente nos casos em que for inviável a autoexecutoriedade.

Há quem entenda que a autotutela só pode ser utilizada na impossibilidade de manejo da via judicial com tal finalidade, como no caso de situação de risco de perigo iminente de perecimento de pessoas e/ou bens, pois a intervenção do Judiciário serviria como garantia contra excessos na atuação dos agentes estatais, além de resguardar a própria Administração quanto a futuros questionamentos.

Ora, não é a intervenção do Poder Judiciário que tem o condão de afastar abuso de poder ou excesso de violência, mas sim a forma como se dará a atuação da Administração. Caso a medida seja efetivada de modo organizado e adequado para a ação que se pretende executar, com estratégias de atuação pré-definidas, não haverá abuso ou excessos. Cabe ao Estado efetivar a medida e assumir o risco de sua conduta, respondendo civil e criminalmente por abuso ou excesso. Ademais, tal critério parte da premissa de que o Estado é inimigo dos direitos fundamentais e não ente cuja existência se justifica precisamente para a garantia de tais direitos – pois o Estado existe para garantir o direito quando violado

por terceiros. Abusos cometidos no passado somente sinalizam a necessidade de evolução e aperfeiçoamento das instituições, que ocorrerá com a efetiva fiscalização da sociedade.

No caso de ocupação de bens públicos de uso especial como forma de manifestação popular, alguns ainda sustentam que não é cabível a reintegração de posse, visto que os ocupantes não têm a intenção de ter a posse do bem, mas sim chamar a atenção do Poder Público para um determinado problema. Ora, a ocupação traduz a intenção de ter a posse do bem, ainda que transitória e com outros objetivos. O que importa é que a posse do bem foi retirada da Administração, fato que basta para configurar o esbulho. O uso do espaço afetado a prestação de um serviço público para protesto configura, sim, esbulho, pois retira do Estado a posse do bem e impede a continuidade da atividade que é desenvolvida no local. Findar a ocupação do bem fará com que os ocupantes/protestantes busquem outro meio de se fazerem ouvidos, que não prejudique o interesse de terceiros.

No Estado Democrático de Direito, vocacionado a intervir para garantir a real efetivação e fruição dos direitos fundamentais, estes não são vistos mais como meros instrumentos de exclusiva proteção do indivíduo face à atuação estatal arbitrária, principalmente no que concerne ao âmbito penal, mas também como ferramenta apropriada à tutela do indivíduo em face de ataques de terceiros. Nesse sentido, precisa é a lição de Maria da Conceição Ferreira da Cunha, quando assevera que:

Se deixa de encarar o Estado sempre na perspectiva de inimigo dos direitos fundamentais, para se passar a vê-lo como auxiliar do seu desenvolvimento ou, numa outra expressão desta mesma ideia, deixam de ser sempre e só direitos contra o Estado para serem também direitos através do Estado. Esta concepção já pressupõe [...] o abandono de uma visão liberal-pura de Estado e da contraposição total de Estado/Sociedade.

Ainda nesse sentido, depois de discorrer sobre a dimensão dos direitos fundamentais enquanto geradores de direitos subjetivos do cidadão frente ao Estado, Suzana de Toledo Barros acrescenta que “as normas de direitos fundamentais influem também na relação cidadão x cidadão e, assim, possuem efeitos sobre terceiros, ou, como denominado pela doutrina alemã, um efeito horizontal”.

Fornecendo elementos para a fundamentação de tal ordem de argumentos, Robert Alexy atesta que “atualmente a ideia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita” (2008, p. 528). Em termos de garantia de direitos fundamentais, Lenio Luiz Streck reforça a ideia acima desenvolvida asseverando que o agressor não é somente o Estado:

O Estado não é o único inimigo! Registre-se, nesse sentido, a doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou de sua eficácia perante terceiros, produto de uma constatação básica e evidente: a de que os direitos fundamentais também são violados por particulares, e não apenas pelo Estado. No caso do direito penal, é exatamente essa a relação que se tem: uma pessoa física violando um direito fundamental de outra.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 378) reforça a tese sustentada no debate asseverando que:

Assume relevo a assim denominada [...] perspectiva (ou dimensão) jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, de acordo com a qual estes exprimem determinados valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover e zelar pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global dos direitos fundamentais.

Ademais, ao analisar a estrutura dos direitos fundamentais sob o aspecto do direito a algo, Alexy (2008, p. 193-196) exemplifica com o direito à vida, consagrado pelo artigo 2º, § 1º, 1, da Constituição alemã, assegurando que dele resulta não só que o seu titular tem em face do Estado um direito de que este não o mate, mas, principalmente, um direito a que o Estado proteja sua vida contra intervenções ilegais por parte de terceiros. O autor assegura que a distinção entre aqueles direitos se faz exclusivamente através de seu objeto. No primeiro deles, o objeto do direito se restringe a uma ação negativa de seu destinatário (o Estado), enquanto no outro constitui uma ação positiva. Na primeira hipótese se fala, na lição do autor, em “direitos de defesa” e na última em “direitos de prestação”.

Deste modo, é perfeitamente dedutível do modelo de Estado constitucionalmente adotado pela República Federativa do Brasil a obrigatoriedade do Estado de proteger os particulares de ataques a seus direitos fundamentais provenientes de outros indivíduos ou entidades privadas.

Assim, impõe-se ao Estado, além de mera proibição de interferência nos bens, valores ou interesses consagrados na Constituição, uma verdadeira obrigação de proteção, de modo a torná-los eficazes e não transformá-los em letras mortas na frieza do texto constitucional.

Nesse diapasão, Streck salienta com propriedade que:

Já não se pode falar, nesta altura, de um Estado com tarefas de guardião de “liberdades negativas”, pela simples razão – e nisto consistiu a superação da crise provocada pelo liberalismo – de que o Estado passou a ter a função de proteger a sociedade nesse duplo viés: não mais apenas a clássica função de proteção ao arbítrio, mas, também a obrigatoriedade de concretizar os direitos prestacionais e, ao lado destes, a obrigação de proteger os indivíduos contra agressões provenientes de comportamentos delitivos, razão pela qual a segurança passa a fazer parte dos direitos fundamentais. (artigo 5º, caput, da Constituição do Brasil, 1988)

Não é por outra razão que, por meio do Direito Penal, o Estado não só protege o sujeito ativo da infração penal de uma intervenção abusiva do poder público na esfera de seus direitos individuais, como também garante à coletividade e a todos os seus membros a proteção de seus bens jurídicos.

Extrai-se, em consequência, a segura conclusão de que, com base em legítima atividade hermenêutica, harmonizadora do conflito estabelecido entre princípios e direitos constitucionalmente consagrados, a proteção à segurança dos demais membros da coletividade deve sobrepor-se à da liberdade de expressão do pensamento, mesmo porque

utilizada abusivamente por vândalos para justificar o cometimento de graves delitos. É a lógica da prevalência do interesse público sobre o individual.

Consigne-se, ainda, por oportuno, que postura diversa, no sentido de fazer prevalecer o interesse individual do delinquente sobre o coletivo dos demais membros da sociedade, fere de morte o princípio da proporcionalidade, em sua face de proibição de proteção deficiente.

É certo que costumeiramente o princípio da proporcionalidade é relacionado à proibição de excesso, mas, inegavelmente, na atualidade, não se discute que ele apresenta outra faceta, consubstanciada na *proibição de proteção deficiente*.

Nessa trilha, aliás, se projeta a lição de Streck quando diz:

a noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que vinculada igualmente a um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros, de tal sorte que se está diante de dimensões que reclamam maior densificação, notadamente no que diz com os desdobramentos da assim chamada de proibição de insuficiência no campo jurídico-penal e, por conseguinte, na esfera política criminal, onde encontramos um elenco significativo de exemplos a serem explorados. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, grifo do autor)

Como já dito, a cidadania está em permanente construção e é exercitada diariamente através das relações estabelecidas entre os indivíduos, entre o indivíduo e a coisa pública e entre o indivíduo e o meio ambiente. Ora, se a cidadania não se resume apenas a direitos, mas também a deveres, e entre esses deveres está o de respeitar o direito dos demais cidadãos e também da coisa pública, como pode-se admitir a ocupação de bens de uso especial em detrimento do uso a que se destinam, para garantir cidadania? A atuação de um indivíduo, ativa ou passiva, gera consequências na esfera jurídica de outros indivíduos. Assim, como parte integrante de uma sociedade, deve-se agir dentro do limite do direito dos demais cidadãos.

Os bens públicos de uso especial, em grande parte, garantem a prestação de serviço público fundamental. A sua ocupação para exigir um direito, mesmo que assegurado constitucionalmente, mesmo que representando os anseios de uma coletividade, não justifica a negação do direito de outro a um serviço fundamental.

Normalmente os ocupantes de bens públicos de uso especial pretendem chamar a atenção para um problema. Porém há várias outras maneiras de alcançar o mesmo propósito, como a manifestação coletiva da liberdade de expressão com o uso de bens públicos de uso comum ou até mesmo a provocação do Poder Judiciário com a ação popular. Foi o que se viu nas manifestações de rua ocorridas nos últimos anos, que ganharam uma visibilidade que não se via há muito tempo, em nítida demonstração do senso coletivo de nossa sociedade.

Conflito de direitos

O direito de participação do cidadão garante a ele o direito de participar na formação da vontade política da comunidade, que pode se dar com a livre manifestação do

pensamento, expressão e associação. Todavia, a Constituição Federal assegura uma série de outros direitos fundamentais, como o direito ao trabalho e o direito à educação.

De acordo com Patrícia Baptista, a dicotomia interesse público-privado não é mais suficiente para resolver os problemas dos fins da Administração Pública.

Ao lado do interesse público e dos interesses privados, concorrem agora novas categorias de interesses que a formulação original da ideia da supremacia do interesse público ignorava por completo: os interesses coletivos, difusos e sociais (BAPTISTA, 2003, p. 198). No caso de ocupação de bens de uso especial, alguns indivíduos são privados de direitos, como quem trabalha ou estuda no local.

Os direitos fundamentais não são absolutos, e em caso de tensão entre eles cabe sopesá-los, mediante juízo de ponderação, para que se opte pelo mais adequado à situação, considerando os demais bens jurídicos a serem tutelados. São direitos relativos que encontram limitação nos demais direitos consagrados na Constituição Federal. É fisicamente impossível preservar dois direitos fundamentais quando antagônicos; o exercício de um prejudica ou invalida o do outro.

Anote-se que “a pluralidade dos interesses existentes na sociedade deve convergir para a formação de um novo *interesse público*, que não se confunde com aquele fixado pelo legislador, mas, ao contrário, é tido como uma grandeza autônoma pluralista” (BAPTISTA, 2003, p. 204, grifo da autora). Para solucionar o impasse, o método da ponderação deve ser aplicado. Como anotado por Lorena Duarte Santos Lopes:

Visando solucionar as colisões entre princípios, utiliza-se o método de ponderação de bens, que se operacionaliza mediante a teoria da proporcionalidade, conforme visto anteriormente.

Existem situações em que as técnicas de interpretação tradicionais não são suficientes para solucionar conflitos envolvendo direitos fundamentais e os valores que eles representam.

[...]

Após constatar que existe de fato um conflito, é possível iniciar a ponderação propriamente dita dos interesses envolvidos em disputa. Nessa fase ocorrerá o sopesamento de valores envolvidos no conflito. Após a atribuição de pesos, será necessário decidir com qual intensidade esse grupo de normas deve prevalecer no caso concreto.

[...]

A utilização da técnica da ponderação dos princípios pode acarretar o risco de se servir a subjetivismos exacerbado, envolvendo avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Por essa razão, é preciso ter em mente alguns limites que devem ser respeitados na utilização da ponderação. (LOPES, 2012)

Como observado por Patrícia Baptista, o critério para a ponderação é o princípio da proporcionalidade.

É o princípio da proporcionalidade, com efeito, que fornece o instrumental que servirá de parâmetro à valoração dos interesses relevantes em jogo. Em outras palavras, são critérios oriundos da construção desse princípio que guiarão a Administração no processo

de pesagem dos interesses representados no procedimento. A máxima realização dos interesses em jogo, o menor sacrifício possível de cada um deles, a adequação dos interesses manifestados para o alcance dos objetivos pretendidos e a prevalência dos direitos fundamentais representam apenas alguns dos balizamentos para orientar a Administração no processo de ponderação”. (BAPTISTA, 2009, p. 214)

Como já dito, os direitos fundamentais não são ilimitados; como tal, cabe ao Estado garantir a convivência pacífica entre direitos e interesses potencialmente antagônicos que convivem no meio social de modo a garantir sua fruição na medida do possível pelos respectivos titulares.

Ocupação de bens de uso especial, exercício regular da cidadania e conflito de direitos

Os bens de uso especial são destinados à prestação de um serviço ou atividade pública. Eles têm uma destinação, normalmente, para garantir um direito fundamental. Por outro lado, o exercício da cidadania, explicitado no direito de manifestação e livre associação é assegurado pela Constituição Federal. Contudo, tais direitos não são absolutos, mas sim limitados pelo alcance de outros direitos fundamentais.

A ocupação de bens de uso especial, como escolas, impede ou limita o acesso à educação. As aulas são suspensas ou perturbadas por um aglomerado de pessoas, descontentes com determinada situação, que dizem representar a vontade da maioria.

No conflito entre o direito à livre manifestação do pensamento e direito ao trabalho e educação sobrepõem-se o direito à educação e o direito ao trabalho, considerando que o direito à livre manifestação pode ser exercido de várias outras formas, e que o trabalho e a educação raramente podem ser exercidos em outros locais, quando possível, certamente com grande prejuízo. Assim, podemos concluir que o direito à livre manifestação do pensamento não sofre prejuízo enquanto os demais praticamente ficam aniquilados.

É relevante notar que a indignação coletiva decorre de uma percepção subjetiva da realidade que advém da experiência vivida pelo cidadão, mas que também pode ser instituída por boatos, esperanças infundadas, pânico generalizado, influência de algum tipo de liderança, de formadores de opinião ou por exploração da mídia. Desse modo, nem sempre os manifestantes defendem interesses que podem ser considerados seus ou que representem entendimento pessoal consciente sobre a questão defendida.

A ação coletiva que visa manifestar o descontentamento pode ocorrer de várias formas, entre elas as previstas no sistema jurídico em vigor, que seguem o comportamento-padrão, ou as que não seguem o padrão, sob o argumento de ausência de eficácia dos mecanismos usuais colocados à disposição do cidadão.

Admitir manifestações que fogem ao padrão usual, como a ocupação de bens públicos de uso especial, acaba esbarrando em uma perigosa conduta que será obrigatoriamente suportada por toda a sociedade; tem-se, ainda, o efeito reflexo, pois obrigam-se todos a tolerar o mesmo tipo de conduta defendendo orientação contrária.

As manifestações coletivas têm influência na relação entre cidadãos e não apenas entre Estado e cidadão; como tal, são admitidas até o limite do direito do outro cidadão. A colidência de direitos fundamentais se resolve pela técnica da ponderação, que não

atinge situações que vão além da legalidade; ou seja, se há abuso no exercício de um direito, prevalece o regularmente exercido.

Manifestação acompanhada de depredação ao patrimônio público, impedimento ao livre exercício do trabalho ou educação vão além da legalidade, do regularmente aceito, e ingressam no território da ilegalidade. No caso de ocupação das escolas, a causa que se pretendia defender ou a atenção que se pretendia chamar, poderia ocorrer de outras formas, tão eficientes quanto, como passeatas ou ações judiciais, sem prejuízo do direito ao trabalho e à educação.

Conclusão

O modelo da democracia representativa apresenta problemas que já não mais atendem aos anseios da sociedade. A democracia participativa surge para tentar sanar os problemas enfrentados pela democracia representativa, com a criação de instrumentos de controle sobre a atuação estatal e o aumento da participação popular na tomada de decisões. A participação popular é indispensável para a realização da cidadania e está presente em todas as funções estatais.

A ocupação de bens de uso especial vem sendo utilizada como forma de manifestação popular para chamar a atenção de um problema e exigir que a vontade da coletividade seja levada em consideração na tomada de decisão política. Todavia, por vezes, tal forma de ocupação acaba por colidir com outros direitos, prejudicando por completo o seu gozo por outros cidadãos. O exercício de um direito fundamental por um cidadão aniquila o exercício de outro direito fundamental por outro cidadão; o direito de um se sobrepõe ao direito de outro. Como resolver tal impasse?

Em caso de colidência de direitos fundamentais, deve ser utilizado o sistema de ponderação, que é guiado pelo princípio da proporcionalidade. Devem ser levados em conta a máxima realização do interesse e o menor prejuízo possível.

A ocupação de bens de uso especial pode impedir o acesso à educação ou ao exercício do trabalho. Já o exercício da cidadania pode ser feito de outras formas, também eficazes; deve, portanto, prevalecer o direito ao trabalho e educação. Por serem tidos como grandeza autônoma pluralista tais interesses pelo Estado, impõe-se a ele a obrigação de retomar o imóvel, conforme seu poder de autotutela, para proteger o patrimônio público e preservar direitos fundamentais de terceiros.

Referências

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. *Legisladores e intérpretes*. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Código Civil*. Disponível em: <<http://bit.ly/2D9F3h0>>. Acesso em: 4 maio 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

DALLARI, Dalmo. *Cidadania e direitos humanos*. São Paulo: Brasiliense, 1998. (Coleção Polêmica).

FELDENS, Luciano. *Constituição Penal: A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LOPES, Lorena Duarte. Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 98, mar. 2012. Disponível em: <<https://bit.ly/2yGji55>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Centro de Apoio Operacional Criminal. *Nota técnica*. Disponível em: <<https://bit.ly/2RJAZZT>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Participação, processo civil e defesa do meio ambiente*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011.

MORAIS, Alexandre. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Direito Administrativo Democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. *A administração pública democrática: institutos de participação popular na administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TAVARES, André Ramos. Democracia e exercício de poder: apontamentos sobre a participação política. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 3, jan./jun. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2A4Ylm4>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Acórdão: 2015.0000881950*, Relator: Coimbra Schmidt, DJ: 23/11/2015, 7ª Câmara do Direito Público Disponível em: <<https://bit.ly/2yh33f4>>. Acesso em: 12 abr. 2017.

Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais – breves considerações sobre o tema

Flora Nesi Tossi Silva

Desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Brevíssimas considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado; 3. Breves considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais; 4. Argumentos utilizados pelas teorias sobre a responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional; 5. Situações em que há responsabilidade do Estado por atos judiciais; 5.1. Erro judiciário na esfera penal e na esfera cível; 5.1.1. Erro judiciário na esfera penal: a necessidade ou não de revisão criminal para ensejar a possibilidade de pleitear responsabilidade do Estado; 5.1.2. Acusação privada e erro judiciário; 5.1.3. Erro Judiciário no âmbito civil e desconstituição do julgado como condição para a ação de indenização; 5.1.4. Responsabilidade civil do Estado pelo dano decorrente da demora na prestação jurisdicional; 5.2. Responsabilidade civil pessoal do magistrado (causas previstas no art. 133 do CPC/1973, 143 do CPC/2015 e no art. 49 da LOMAN); 6. Discussão sobre a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais lícitos; 7. Conclusões. Referências.

1. Introdução

A responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado pode ser entendida como a obrigação de reparar economicamente os danos que tenham sido ocasionados na esfera jurídica de outrem, em virtude de comportamentos lícitos ou ilícitos, omissivos ou comissivos, materiais ou jurídicos de seus agentes.

Muitos doutrinadores fazem alusão à afirmação de Yussef Said Cahali, no sentido de que a irreparabilidade dos danos causados por atos judiciais é último reduto da irresponsabilidade civil do Estado, com exceção da reparação permitida em casos de danos resultantes de erro judiciário. Entretanto, como será analisado no presente texto, esta ideia tende a se modificar ou sofrer abrandamentos. De qualquer forma, trata-se de tema bastante complexo, que enseja variadas opiniões em sentidos diversos, que vão desde a total irresponsabilidade até a responsabilidade do Estado, com base na teoria do risco administrativo.

Serão, aqui, analisados vários posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, para que se possa aferir, segundo a ótica desta subscritora, em quais hipóteses o Estado pode ser considerado responsável pelos atos judiciais que venham, eventualmente, a ocasionar danos e qual a característica da responsabilidade do Estado em tais circunstâncias.

É importante salientar que, obviamente, não se pretende esgotar o tema no estreito limite deste texto, considerando tratar-se de matéria muito abrangente.

2. Brevíssimas considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

Há bastante tempo os doutrinadores e juristas estudam o desenvolvimento da responsabilidade civil do Estado. Na atual fase de evolução, muito embora a responsabilidade civil do Estado tenha se consagrado sobre a ótica da teoria objetiva, a necessidade da análise da existência ou não de culpa ainda impera com relação à responsabilidade decorrente dos atos judiciais.

Há certa imprecisão e confusão na indicação dos fundamentos da responsabilidade civil do Estado, como bem aponta Ricardo Cintra Torres de Carvalho, em brilhante v. acórdão de sua Relatoria, proferido nos autos da apelação nº 528.990.-5/5-00, da Colenda 10ª Câmara de Direito Público do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido em 12.03.2007.

Com efeito, esclarece Torres De Carvalho que a teoria mais antiga negava a responsabilidade do Estado, considerando-se entender que este agia na defesa e em nome do bem comum e não podia agir contra a lei nem causar dano. Nessa fase, o dano era sempre causado pelo funcionário e não pelo Estado, havendo direcionamento das ações de indenização contra o agente público responsável.

Notícia, ainda, Torres de Carvalho, no v. aresto acima indicado, que tal posicionamento ocasionava dificuldades e com o passar do tempo houve a aceitação da responsabilidade subjetiva do Estado por atos de seus agentes, na existência de dolo ou culpa na conduta que viesse a gerar danos a outrem. Nesse sentido, o Código Civil de 1916, art. 15, estabelecia a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público “por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores dos danos”. A mesma responsabilidade é descrita, com maior extensão, no art. 43 do Código Civil de 2002, que dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Por sua vez, atualmente, a responsabilidade civil repousa na culpa subjetiva do agente público, como decorre de seus próprios termos e está de acordo com o previsto no art. 159 do mesmo diploma legal (CC/2002).

Prossegue Torres de Carvalho, no v. acórdão supra apontado, indicando, com propriedade, que a responsabilidade do Estado evoluiu, num segundo momento, da culpa subjetiva tradicional (conduta ilícita do agente público) para a denominada culpa administrativa (culpa pessoal da administração).

A responsabilidade pela falta do serviço não constitui modalidade de responsabilidade objetiva. Trata-se de responsabilidade subjetiva, fundada na culpa ou dolo. É o que preleciona Celso Antonio Bandeira de Mello:¹

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 663: “Responsabilidade subjetiva é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento contrário ao direito. Não é necessária a identificação de uma culpa individual para deflagar-se a responsabilidade do Estado. Esta noção civilista é ultrapassada pela

Ora, verifica-se que a falta ou falha do serviço não se revela como modalidade de responsabilidade objetiva, sendo indubitavelmente subjetiva, porque baseada na culpa ou dolo.

A conduta configuradora da “faute du service” caracteriza a culpa administrativa e exige demonstração, ainda que presumida, de comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidades normais (culpa) legalmente exigíveis. O Estado poderá eximir-se demonstrando a inocorrência de culpa, por ter agido com cuidado e zelo, ou pela inexistência de falha no serviço. Na culpa administrativa se enquadra a responsabilidade por omissão, quando caracterizada. É também conduta ilícita que enseja reparação.

Por sua vez, como indica Vítor Luís de Almeida² a responsabilidade subjetiva, defendida pela doutrina civilista, foi perdendo terreno a cada momento, dando ensejo ao predomínio das normas publicistas na regência das relações entre a administração e os administrados, pois não se pode equiparar o Estado, com seus privilégios e poderes administrativos, ao particular, despido de autoridade e de prerrogativas públicas.

Prosegue Vítor Luís de Almeida: “A doutrina de Direito Público, na tentativa de resolver a questão através de princípios objetivos, propôs três teses, quais sejam: da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral”.³

ideia denominada de “faute du service” entre os franceses. Ocorre a “culpa do serviço” ou “falta do serviço” quando este, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona atrasado. Esta é a triplíce modalidade pela qual se apresenta nela se traduz um elo entre a responsabilidade tradicional do Direito civil e responsabilidade objetiva.

É mister acentuar que a responsabilidade pela “falta de serviço”, falha do serviço ou culpa do serviço (“faute du service” seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Com efeito, para sua deflagração não basta a mera objetividade de um dano relacionado com um serviço estatal. Cumpre que exista algo mais, ou seja, culpa (ou dolo), elemento tipificador da responsabilidade subjetiva.

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de desempenho, atenção ou habilidade normais (culpa) legalmente exigíveis, de tal sorte que o direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo em certos padrões, não atua ou atua insuficientemente para deter o evento lesivo”.

² ALMEIDA, Vítor Luís. A Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário. *Revista da ESMape*, Recife, v. 18, n. 38, p. 579-669, jul.-dez., 2013.

³ *Ibid.* p. 585-586. “A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre as doutrinas civilistas e publicistas. Assentando-se na falta do serviço para a configuração da culpa da administração, não se indagava sobre a culpa subjetiva do agente administrativo, perquirindo-se sobre a falta objetiva do serviço, em si mesma, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. Exige-se, portanto, uma culpa especial da administração, conhecida como culpa administrativa. Impende ressaltar que, neste íterim, cabe à vítima o ônus de comprovar a lesão injustamente sofrida e a falta do serviço, consistente na inexistência, mau funcionamento ou retardamento desse.

A teoria do risco administrativo, imaginada originalmente por Léon Duguit, funda-se na obrigação de indenizar o dano decorrente de ato lesivo e injusto causado à vítima pelo Estado. Não se exige qualquer falta do serviço público ou culpa dos agentes administrativos, bastando a existência da lesão decorrente do ato da administração. Não se cogitando sobre culpa da administração ou de seus agentes, basta à vítima a demonstração do fato danoso e injusto ocasionado pela ação ou omissão do Poder Público. Baseada no risco que a atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de causar danos a certos membros da comunidade, estabelece-se uma possibilidade de compensação pelo ônus não suportado pelos demais, baseada na solidariedade social e na necessidade de justiça social. Nessa teoria, fundada no princípio da isonomia, a ideia de culpa é substituída pela de nexa de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. Advirta-se, contudo, que embora dispensada a prova da culpa do Estado, tem esse a possibilidade de comprovação de inexistência do nexa causal como em casos de culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior e fato exclusivo de terceiro como forma de exclusão ou atenuação da responsabilidade.

Vitor Luís de Almeida, no texto acima apontado, apresenta abordagem da evolução histórica da responsabilidade civil do Estado nas Constituições Federais e sustenta que a Constituição Federal (CF) de 1988 adotou a teoria do risco administrativo e não a do risco integral.⁴ O autor sustenta, ainda, que o novo Código Civil Brasileiro de 2002 alterou a regra disposta no art. 15 do Código Civil de 1916, passando a disciplinar o tema da responsabilidade em estrita consonância com a vigente Constituição, conforme art. 43. Afirma, ainda, que no atual regime jurídico constitucional do direito brasileiro, a adoção da responsabilidade civil objetiva do Estado, com fundamento na teoria do risco administrativo, constitui regra genérica, não aplicável apenas a casos específicos.⁵

Verifica-se, assim, que paralelamente à culpa subjetiva, que abrange a culpa subjetiva tradicional e a culpa administrativa, passou-se a admitir a responsabilidade civil do Estado por atos lícitos sempre que destes decorresse ônus anormal para determinada pessoa. Essa situação denominou-se risco administrativo, configurador da responsabilidade objetiva do Estado.

Entendo que as teorias da culpa administrativa (que engloba a culpa subjetiva de agente identificado) e do risco administrativo se completam e convivem de modo harmonioso. A respeito do assunto, bem esclarece, segundo minha ótica, o doutrinador e jurista Rui Stoco:⁶

Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, parágrafo 6º. da Constituição Federal (se a atividade da qual decorrer o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude de “faute du service”).

Sérgio Cavalieri Filho sustenta que a responsabilidade subjetiva do Estado não foi totalmente banida do ordenamento jurídico, tendo lugar nos casos de omissão genérica da Administração, e não em qualquer caso de omissão.⁷ Expostas as teses sobre o tema, reputo que o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988 não tem o alcance que a quase totalidade da doutrina e da jurisprudência lhe atribui. Declara apenas que o Estado é responsável pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiro, cuida de responsabilidade que, negada no século XIX (a ponto de justificar declaração desse tipo), foi depois assumida claramente pela Lei (art. 15 do Código Civil de 1916) e de responsabilidade como empregador já integrada na nossa tradição civilista pelo próprio art. 15 e pelo art. 1521 do Código Civil de 1916.

Por sua vez, a teoria do risco integral é tida como modalidade extremada da doutrina do risco administrativo. Para essa, a administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou mesmo dolo da própria vítima, fato exclusivo de terceiro, caso fortuito ou força maior. O estado não pode, portanto, invocar causas de exclusão de nexos causal para impedir sua responsabilização, razão pela qual, para Yussef Cahali, esta teoria é a que mais se identifica com a responsabilidade objetiva, já que esgota suas diretrizes no simples nexos de causalidade material”.

⁴ ALMEIDA, 2013, p. 590.

Também muito interessantes as considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado apresentada pelo Juiz de Direito no Estado de São Paulo (ex-Procurador Federal da Advocacia Geral da União), Luiz Felipe Ferrari Bedendi (2015, p. 439-464).

⁵ ALMEIDA, 2013, p. 591.

⁶ STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 504.

⁷ CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 356-357.

Não vislumbro que no art. 37, parágrafo 6º, da CF/1988 haja a propalada responsabilidade objetiva do Estado, pura e simplesmente. A responsabilidade do Estado por ato ilícito é subjetiva, na modalidade de culpa tradicional ou administrativa e tem fundamento no art. 15 do Código Civil de 1916 (art. 43 do Código Civil de 2002). Por sua vez, a responsabilidade objetiva por atos lícitos decorre de construção doutrinária e jurisprudencial e tem fundamento no princípio da solidariedade, estendendo a tais hipóteses a proteção conferida por lei.

Cumpra lembrar, entretanto, que vários doutrinadores sustentam que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, mesmo nos casos de responsabilidade por atos judiciais. A título de exemplo, pode-se mencionar: Daniel Wunder Hachem (quando faz considerações acerca da responsabilidade estatal por omissão).⁸

3. Breves considerações sobre a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado por atos judiciais

Como esclarece Rui Stoco,⁹ na época do Brasil Colônia vigoravam as Ordenações do Reino de Portugal e outras leis complementares e extravagantes. Num primeiro momento, foram as Ordenações Afonsinas (1446), após, as Ordenações Manuelinas (1521) e, depois, as Ordenações Filipinas (1603), que vigoraram em Portugal até 1867 e, no Brasil, até a entrada em vigor do Código Civil de 1916.

As Ordenações Filipinas previam o princípio da responsabilidade pessoal do juiz, em diversas passagens, conforme indica Ruy Rosado de Aguiar Júnior.¹⁰ Essa situação continuou após a Independência, embora a Constituição de 1824 tivesse silenciado a respeito da responsabilidade dos juizes.

O Decreto 737, de 25/11/1850 previu a responsabilidade pessoal do juiz (art. 677). O Código de 1916 previa a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes que nessa qualidade causassem danos a terceiros (art. 15). Havia, ainda, em mencionado diploma legal, situações em que se estabelecia a responsabilidade subsidiária do juiz (art.294, 420 e 1.552).

A Lei 4898/1965 (Lei de abuso de autoridade), prevê, além de outras sanções, a reparação civil do dano.

O Código de Processo Civil (CPC) de 1973 dispõe, no art. 133:

Responderá por perdas e danos o juiz quando:

I – no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as situações previstas no inciso II só depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não atender o pedido no prazo de 10 (dez) dias.

⁸ HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da 'faute du service'. In: MARQUES NETO et al. (Orgs.). *Direito e administração pública*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 1131-1155.

⁹ STOCO, 2013, p. 142-143.

¹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 67-99, jul. 2007. p. 74.

A Lei Complementar nº 35, de 14/03/1979, Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN), no art. 49, apresenta disposição com o mesmo teor.

O Novo Código de Processo Civil (de 2015) dispõe, no art. 143, que:

O Juiz responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando:

I – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Parágrafo único. As hipóteses previstas no inciso II somente serão verificadas depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 (dez) dias.

Com base no mencionado quadro legislativo, a orientação jurisprudencial dominante tem sido a de que há irresponsabilidade do Estado por ato dos juízes, salvo quando o dever de indenizar estiver expressamente previsto em lei, como ocorre, a título de exemplo, no caso de erro judiciário criminal, após processo de revisão (art. 630 do CPP) ou nas hipóteses expressamente previstas no art. 133 do CPC/1973 e no art. 143 do CPC/2015.

Rui Stoco esclarece que:

Essa resistência de responsabilizar o Estado por atos dos juízes é histórica e encontrou fundamento nas teses que foram criadas ao longo do tempo, como a da soberania exercida pela autoridade judiciária; a força da coisa julgada e a da necessidade de garantir a liberdade e a independência dos juízes, de sorte que o Estado não responderia por ato jurisdicional porque emanação da própria soberania, de cujo exercício não pode surgir pretensão ressarcitória.¹¹

Em antigo julgado do STF (de 13/10/1971) entendeu-se que “o Estado não é civilmente responsável pelos atos do Poder Judiciário, a não ser nos casos declarados em lei, porquanto a administração da justiça é um dos privilégios da soberania” (RE 70.121-MG, RTJ 64/689).

Rui Stoco cita Paulo Nader, que, por sua vez, pondera:

A não responsabilidade dos juízes por eventuais erros de julgamento, seja na apreciação da prova, na interpretação das normas legais ou na aplicação destas aos casos singulares, constitui princípio imanente à prestação jurisdicional, pois do contrário, a judicatura constituiria profissão de alto risco, incapaz de atrair para os seus quadros um número suficiente de bacharéis em Direito. (NADER apud STOCO, 2008, p. 60)

Na atualidade, como bem aponta Stoco, vem se reconhecendo a possibilidade de estabelecimento da responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais, embora

¹¹ STOCO, 2013, p. 143.

esta responsabilidade tenha caráter excepcional e exija tratamento especial, sob pena de ser inibido até mesmo o ato de julgar em si e a atividade do Poder Judiciário por meio de seus juízes. E prossegue o autor, esclarecendo, com propriedade, que “esta a razão pela qual sempre se afirmou que o dever de reparar do Estado por ato de seus juízes encontra previsão tarifada e prévia, sendo as hipóteses casuísticas estabelecidas na legislação em vigor”.¹²

Yussef Said Cahali sustenta que:

*A irreparabilidade dos danos causados pelos atos judiciais, sem embargos da concessão feita à reparabilidade dos danos resultantes do erro judiciário, constitui o último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado. [...] O que se tem por certo, contudo, é que se vem acentuando, mais recentemente, uma expressiva manifestação doutrinária, com reflexos na jurisprudência, reconhecendo a responsabilidade do Estado pelos danos causados pelas falhas e omissões na prestação jurisdicional.*¹³

4. Argumentos utilizados pelas teorias sobre a responsabilidade ou irresponsabilidade do Estado por ato jurisdicional

Para justificar a não responsabilização do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional, como já se mencionou acima, foram criadas várias teorias:

- a) A primeira delas, a de que há soberania exercida pela autoridade judiciária e que por esse motivo, não poderiam ser discutidas em outra ação, ainda que ocasionassem danos;
- b) A segunda, a necessidade de garantir a liberdade e independência dos juízes;
- c) A terceira é a de que o magistrado é servidor público e não funcionário público;
- d) A quarta, a da imutabilidade da coisa julgada, a qual estaria comprometida, se houvesse responsabilidade do Estado por ato judicial.

Entendo, entretanto, que o Estado é responsável por atos judiciais, **mas apenas nas hipóteses e circunstâncias previstas em lei**, pelos seguintes motivos:

- a) Nenhum poder é soberano de forma incontrastável. Trata-se o Judiciário de poder constituído, que se submete à Constituição;
- b) Não há que se falar em violação da independência judicial, pois não se trata de responsabilidade pessoal do juiz, mas de responsabilidade do Estado Judicial. Ora, o juiz só responde pessoalmente se houver dolo ou fraude. O Juiz decide de acordo com sua consciência;
- c) O juiz é agente público que exerce atividade específica própria e monopolizada pelo Estado. Ora, se o executivo pode ensejar responsabilidade do Estado, por que o ato do juiz não pode ensejar a responsabilidade do Estado?

¹² STOCO, 2013, p. 144.

¹³ CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 486-487.

d) A coisa julgada tem valor importante, mas não se pode dizer que a segurança jurídica deve prevalecer acima de qualquer coisa, mesmo que a mais absurda. A segurança jurídica não é o único elemento que deve prevalecer. Não se pode, por exemplo, manter um inocente preso de acordo apenas com a necessidade de se manter a segurança jurídica daquilo que já foi decidido com força de coisa julgada.

Sobre os diversos argumentos discutidos na doutrina a justificar a responsabilidade ou a irresponsabilidade do Estado pelo exercício da atividade jurisdicional, reporto-me, a título de exemplo, às ponderações efetivadas pelos seguintes doutrinadores: Augusto do Amaral Dergint;¹⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵, Vilson Rodrigues Alves;¹⁶ Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e Marília de Ávila e Silva Sampaio,¹⁷ Sérgio Cavalieri Filho,¹⁸ os quais fazem extensa apresentação sobre argumentos a favor e contra a responsabilização do Estado em tais situações.

Por certo, os juízes são humanos e não são autômatos.

Rui Stoco, ao expor seu entendimento sobre a responsabilidade do Estado por atos de seus juízes, sustenta que a responsabilidade do magistrado não pode ser aferida consoante os mesmos critérios e pressupostos utilizados para os agentes públicos em geral, que exercem atividades de natureza administrativa. O magistrado é um agente político e se submete a regras diversas, não podendo ser aplicado, pura e simplesmente, o princípio geral estabelecido no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal.¹⁹

Concordo com Rui Stoco quando este prossegue em suas ponderações e esclarece que:

Permitir que sem a existência de dolo ou fraude – tal como dispõe o art. 133 do CPC/73 e o art. 49 da LOMAN – seja responsabilizado o Estado pelos atos dos juízes seria contrariar a sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários, pois o Poder Judiciário, ao exercer função que dimana da própria soberania, qual seja, decidir em última

¹⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 121-159.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Responsabilidade Civil do Estado*. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gadston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 420-424.

¹⁶ ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado por atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001. p. 113-158.

¹⁷ LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva Sampaio. *Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais*. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, DF, n. 64, p. 50-70, set.-dez. 2000. p. 62-68.

¹⁸ CAVALIERI, Op. cit., p. 358/361.

¹⁹ STOCO, 2013, p. 147: “O art. 37, parágrafo 6º, dessa Magna Carta, ao prever a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de Direito Público, não especificou quais os entes responsáveis, nem exonerou quaisquer deles. [...] A atividade jurisdicional é exteriorização do exercício do poder do Estado, razão pela qual se sujeita à mesma obrigação e responsabilização atribuídas às demais atividades exercidas pelos dois outros poderes, quando qualquer deles, através de seus agentes, causar danos a terceiros.

Do que se conclui que o magistrado é um agente do Estado, um agente público, que exerce atividade específica própria e monopolizada pelo Estado, tal como personificou Mário Moacyr Porto.

Se assim é, sendo o magistrado um agente público, poder-se-ia inferir que, então, em qualquer caso e mesmo em relação à atividade exercida pelo Poder Judiciário, incidirá em tese, o art. 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, respondendo à Fazenda Pública pelos atos desses agentes, que, nessa qualidade, causem danos a terceiros.

Mas, segundo nos parece, tal não ocorre, pois o legislador constitucional reservou para hipóteses que tal previsão expressa e apartada do princípio geral estabelecido no art. 37, parágrafo 6º. Aliás, em duas oportunidades o STF posicionou-se no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser em casos expressamente declarados em lei” (RE 111609/AM, 1ª. Tur. Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.1993 e RE 429518, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 28.10.2004).

*instância sobre a aplicabilidade e efetividade das normas, não iguala o seu agente ou o órgão do poder (o julgador) ao administrador, que, ao revés, pratica atos de execução regradados e informados pelo princípio da legalidade, permitindo o amplo controle judicial da atividade administrativa e a direta responsabilização do Estado pelo funcionamento deletério do serviço público.*²⁰

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles, pouco antes de seu falecimento, assim afirmou, com propriedade:

*O ato judicial típico, que é a sentença, enseja responsabilidade civil da Fazenda Pública, como dispõe, agora a Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXV. Ficará, entretanto, o juiz individual ou civilmente responsável pelo dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providência de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário, equiparam-se aos demais atos da Administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública.*²¹

Juary C. Silva, antes da Constituição de 1988, já sustentava que o Estado era responsável pelo mau funcionamento do aparelho judicial, constituindo este um serviço público. Mencionado autor sustentava que a responsabilidade do Estado poderia ser decorrente da sentença (de mérito ou não), assim como de outras decisões que não encerrassem o mérito, mas que ocasionassem danos. Ponderava, ainda, referido jurista que “nem sempre a atividade judiciária quer dizer atos dos juízes, pois legalmente há aqueles que competem aos serventuários: atos de certificação, de registros, de formação de instrumentos”.²²

Considerando os limites deste trabalho, não serão analisadas de forma detalhada as atividades que fazem parte da atividade judiciária (dos serventuários, Polícia Judiciária e

²⁰ STOCO, 2013, p. 147.

²¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p. 554. Por sua vez, na obra do mesmo doutrinador, atualizada por Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho (Meirelles, 2014, p. 772-773), consta que: “Para os atos administrativos, já vimos que a responsabilidade constitucional é a responsabilidade objetiva da administração. Mas, quanto aos atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de culpa manifesta na sua expedição, de maneira ilegítima e lesiva. Essa distinção resulta do próprio texto constitucional, que só se refere aos agentes administrativos (servidores), sem aludir aos agentes políticos (parlamentares e magistrados), que não são servidores da administração pública, mas sim membros de Poderes do Estado [...]. O ato judicial típico, que é a sentença ou decisão, enseja responsabilidade da Fazenda Pública, nas hipóteses do art. 5º, LXXV, da CF/1988. Nos demais casos, tem prevalecido no STF o entendimento de que ela não se aplica aos atos do Poder Judiciário e de que o erro judiciário não ocorre quando a decisão judicial está suficientemente fundamentada e obediente aos pressupostos que a autorizam. Ficará, entretanto, o juiz individual e civilmente responsável por dolo, fraude, recusa, omissão ou retardamento injustificado de providências de seu ofício, nos expressos termos do art. 133 do CPC, cujo ressarcimento do que foi pago pelo Poder Público deverá ser cobrado em ação regressiva contra o magistrado culpado. Porém, nos casos do referido art. 5º, LXXV, a responsabilidade pelo dano é do Estado, não do juiz. Quanto aos atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, equiparam-se aos demais atos da administração e, se lesivos, empenham a responsabilidade civil objetiva da Fazenda Pública”.

²² SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 176-177.

até mesmo do Ministério Público) e que, eventualmente, podem ensejar discussão acerca da responsabilidade ou não do Estado pelos danos que estes ocasionarem.

Ora, como bem aponta Rui Stoco no trecho acima, com o qual concordo integralmente, verifica-se que nem toda decisão judicial enseja a responsabilidade do Estado por danos causados a terceiros. Isto porque a Constituição Federal reservou para os atos judiciais hipóteses específicas, separadas da regra geral estabelecida no art. 37, parágrafo 6º.

Aliás, como bem apontado pelo doutrinador, o STF já se posicionou no sentido de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser em casos expressamente declarados em lei (RE 111609-/AM, 1ª. Tur, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 19.03.1993 e RE 429.518, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU 28.10.2004).

No que se refere ao RE 429.518, de que foi Rel. o Min. Carlos Velloso, consta da ementa daquele v. acórdão que:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Civil. Responsabilidade civil do Estado: atos dos juízes. CF. art. 37, parágrafo 6º.

I – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.

II – Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com erro judiciário – CF. – art. 5º. LXXV – mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.

III. Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido”. (Ag. RE. No Recurso Extraordinário n 429.518-1, Santa Catarina, julgado em 05.10.2004, 2ª. Turma, Rel. Min. Carlos Velloso)

Por sua vez, também há recente v. acórdão analisado pelo Colendo STF no mesmo sentido:

EMENTA. Direito Constitucional e administrativo: Responsabilidade objetiva do Estado. Prisão em flagrante. Análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo depende da reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido. Súmula 279/STF. Inovação recursal: Impossibilidade. Acórdão recorrido publicado em 13.07.2011.

A análise da ocorrência de eventual afronta aos preceitos constitucionais invocados no apelo extremo demandaria a reelaboração a moldura fática delineada na origem, inviável em sede recursal extraordinária, em face do óbice da Súmula 279/STF.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal está firmada no sentido de que, salvo nos casos de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença, consignadas no inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal, assim como nas hipóteses expressamente previstas em lei, a regra é de que a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos judiciais precedentes.

A alegada violação do art. 5º., XXXV, LIV, LV, da Constituição Federal não foi arguida nas razões do recurso extraordinário, sendo vedado ao agravante inovar no agravo regimental.

As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente no que se

refere à ausência de ofensa direta e literal a preceito da Constituição da República.

Agravo regimental conhecido e não provido. (AG. Re. No Recurso Extraordinário com agravo n. 756.753, Pernambuco, j. em 10.09.2013, 1ª. Turma, Rel. Mina. Rosa Weber)

No Agravo Regimental em Recurso Extraordinário acima apontado (n. 756.753) constam outros dois precedentes, também do Colendo STF: AI 803.831-AgR/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª. Turma, DJe 16.05.2013; RE 553.637/ED-SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJe de 25.09.2009. Podem, ainda, ser citados, na mesma esteira: RE 553.637 ED/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. 04.08.2009, e RE 219.117/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 29.10.1999.

5. Situações em que há responsabilidade do Estado por atos judiciais

Entendo adequado fazer considerações sobre os danos consequentes da atividade jurisdicional penal e sobre os danos decorrentes da atividade jurisdicional civil, e ambas se distinguem de uma terceira, que é aquela praticada pelo Judiciário, no âmbito de sua atuação administrativa (como por exemplo, atos realizados pelo Juiz corregedor permanente, em relação a funcionários, atos determinados por Diretor do Fórum, ou pelo DD. Presidente do Tribunal de Justiça na esfera administrativa).

Considerando o limite deste texto, não serão apreciadas com mais vagar as consequências das decisões e atos judiciais realizados na esfera administrativa. Apenas farei a menção de que quando se trata de ato judicial ou do Tribunal na esfera da Administração, a responsabilidade do Estado não difere daquela relativa aos atos da administração pública, sujeitando-se mencionadas autoridades (quando do exercício de atividade administrativa) às sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8429/1992).

Por sua vez, quanto aos atos jurisdicionais (não administrativos, portanto), serão realizadas considerações sobre ser ou não o ato judicial praticado no exercício regular da função jurisdicional, bem como serão examinados se se referem à jurisdição penal ou cível.

5.1. Erro judiciário na esfera penal e na esfera cível

5.1.1. Erro judiciário na esfera penal: a necessidade ou não de revisão criminal para ensejar a possibilidade de pleitear responsabilidade do Estado

A Constituição Federal de 1988, além do art. 37, parágrafo 6º., que dispõe sobre a responsabilidade civil do Estado, tem outro dispositivo, no art. 5º, LXXV, que trata especificamente da responsabilidade do Estado por erro judicial: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

A Constituição Federal de 1988 não definiu ou esclareceu o que constitui “erro judiciário” e nem o alcance desta expressão, o que causa dificuldades na identificação do que pode assim ser considerado.

Entretanto, reputo que não se trata de mera responsabilidade objetiva do Estado neste caso concreto, apesar do que sustentam alguns autores, pois se assim fosse, seria

desnecessário o instrumento da revisão criminal para sua declaração, bastaria que no âmbito civil ficasse demonstrado o dano. Aliás, no sentido de ser necessária a revisão criminal, encontra-se o ensinamento de Rui Stoco.²³ Entendo mais adequada a posição deste último autor, para quem, como visto, a cessação dos efeitos da coisa julgada figura como condição para o reconhecimento do erro judiciário e a imputação do dever de indenizar do Estado. Aceitar a tese de desnecessidade de desconstituição do julgado para configuração do erro judiciário ocasionaria insegurança jurídica e desestabilização dos julgados.

Cumprido salientar, ainda, que a exigência da desconstituição do julgado (mediante revisão criminal) como pré-condição, obviamente, só se refere à decisão de mérito.

Por outro lado, reputo que somente desnecessária a revisão criminal para a possibilidade de indenização por erro judicial se ocorrerem situações em que este erro judiciário estiver estreme de dúvidas para sua verificação, como ocorre, por exemplo, no caso de excesso de prazo, prisão de pessoa errada por homonímia, prisão de pessoa que somente após se descobre erroneamente qualificada, atos praticados com abuso de autoridade, prisão sem formalidades legais.

Aliás, vários doutrinadores, incluindo Rui Stoco, sustentam que nos casos indicados no presente parágrafo é desnecessária a revisão criminal para ensejar a responsabilização do Estado pelos danos causados. No mesmo sentido do aqui defendido (quanto às hipóteses em que se faz necessária a revisão criminal e às hipóteses em que é desnecessária) encontra-se também o ensinamento de Vitor Luís de Almeida.²⁴

Yussef Said Cahali também sustenta que, em alguns casos, como prisão por tempo superior à devida, cumprimento de pena de outro indivíduo, seu homônimo, é prescindível o prévio ajuizamento de revisão criminal, para ensejar, somente então, a distribuição de ação cível de indenização.²⁵

Por sua vez, o art. 630 do Código de Processo Penal dispõe que:

O tribunal, se o interessado o requerer, poderá reconhecer o direito a uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

§ 1º. Por essa indenização, que será liquidada no juízo cível, responderá a União, se a condenação tiver sido proferida pela justiça do Distrito Federal ou de Território, ou o Estado, se o tiver sido pela respectiva justiça.

§ 2º. A indenização não será devida:

²³ STOCO, 2013, p. 134.

²⁴ ALMEIDA, 2013, p. 626-628.

²⁵ CAHALI, 2014, p. 493. O doutrinador argumenta que: Não é o “habeas corpus” meio adequado para obter o reconhecimento do erro judiciário; somente a revisão propiciará o exame da questão com pleno conhecimento da causa. Sempre afirmamos, porém, que a preterição do pedido incidente na revisão criminal, ou a própria inexistência de uma prévia revisão criminal, não deve constituir óbice para o exercício da ação indenizatória por erro judiciário.

Realmente, conforme se decidia, “o inocente, condenado por crime que não cometeu, ou não praticou, tem direito de reclamar em sua reabilitação, no processo de revisão, indenização por perdas e danos, relativos aos prejuízos materiais ou morais que sofreu – mormente se cumpriu a pena. O CPP, em seu art. 630, faculta ao interessado requerer ao Tribunal de Justiça que reconheça o seu direito a essa indenização. Entretanto, quando não for feita essa reclamação no tempo próprio, o interessado não decai do direito de exigir a indenização por ação ordinária” (TJPR, 2ª. Câmara, 12.03.1962, RT 329/744, TJSP – 4ª. Câmara, 02.12.1969, RJTJSP 11/74). Assim, também, independente da revisão criminal, “é indiscutível o direito do condenado de ser indenizado pelo período de tempo em que permaneceu preso (por erro cometido pelas autoridades judiciárias e policiais), cumprindo pena de outro indivíduo, seu homônimo” (TJSP. 1ª Câmara, 09.10.1973, RT 464/101).

- a) *Se o erro ou a injustiça da condenação proceder de ato ou falta imputável ao próprio impetrante, como a confissão ou a ocultação de prova em seu poder;*
 b) *Se a acusação houver sido meramente privada.*

A responsabilidade civil do Estado pelo erro judiciário representa o reforço da garantia dos direitos individuais, como bem pondera Yussef Said Cahali.

Aguiar Dias indica que se considera erro judiciário “a sentença criminal de condenação injusta. Em sentido mais amplo, a definição alcança, também a prisão preventiva injustificada”.²⁶

Luiz Antonio Soares Hentz sustenta que:

*opera com erro o juiz sempre que declara o direito a um caso concreto, sob falsa percepção dos fatos; a decisão ou sentença divergente da realidade conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica.*²⁷

Entendo, assim como a doutrina prevalente, que o erro judiciário também abrange os casos de excesso de pena ou de cumprimento de pena além do tempo fixado na sentença, em virtude do previsto no art. 5º., LXXV da CF/1988.

A existência de erro judiciário se refere a qualquer tipo de prisão: definitiva, decorrente de sentença, ou ainda, preventiva, cautelar ou provisória.

Consoante esclarece Luiz Antonio Soares Hentz, as principais causas de erro judiciário são: a) erro ou ignorância; b) dolo, simulação ou fraude; c) erro judiciário decorrente da culpa; d) decisão contrária à prova dos autos; e) erro provocado não imputável ao julgador; f) errada interpretação da lei; e g) erro judiciário decorrente da aplicação da lei.²⁸

Por sua vez, Stoco diverge apenas em parte de Luiz Hentz. Assim, sustenta que apenas o erro substancial e inescusável, plasmado no dolo, na fraude ou na culpa “*stricto sensu*” poderá ensejar responsabilidade civil do **Estado** por erro judiciário. Salienta, entretanto, que a responsabilidade **pessoal** do juiz só poderá ocorrer se tiver agido com dolo ou fraude.²⁹

Concordo com os ensinamentos de Rui Stoco quanto às situações que caracterizam o erro judiciário, na forma acima apontada.

Ainda Stoco, cujo ensinamento acompanho, bem esclarece que somente é cabível a indenização por parte do Estado quando se trata de “erro judiciário” e não “*error in iudicando*” (equivocada percepção no que toca à interpretação de determinada norma ao caso concreto).³⁰

²⁶ DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 327.

²⁷ HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do Erro Judiciário*. São Paulo: Leud, 1995. p. 327.

²⁸ HENTZ, 1995, p. 29-30.

²⁹ STOCO, 2013, p. 133.

³⁰ STOCO, 2013, p. 133-134. Segundo mencionado doutrinador: “não há como admitir que o erro judiciário possa ser antevisto, ou que reste caracterizado apenas porque o julgador fez má subsunção do comportamento do réu à norma em vigor à época do fato, ou que tenha atuado com erro de perspectiva, com falsa percepção dos fatos ou, enfim, que tenha realizado

Por sua vez, bem preleciona Vitor Luís de Almeida que é possível conceder justa indenização à parte que sofre prejuízos na esfera cível em virtude das situações previstas no art. 630 e seus parágrafos do Código de Processo Penal. Trata-se de responsabilidade subjetiva da administração pública, em virtude do erro judiciário. Ora, se se tratasse de responsabilidade objetiva, bastaria o ingresso de ação na esfera cível, sem prévio pleito de revisão criminal na seara pertinente. Ademais, para a configuração da possibilidade de indenização por parte do Estado, com base na existência de erro judiciário tratado no art. 630 do CPP, impõe-se a existência de dolo ou culpa do magistrado, que decidiu de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos.³¹

A indenização por erro judiciário deve ser a mais completa possível, englobando danos morais que tenha sofrido o ofendido. Neste sentido, a título de exemplo, encontram-se Carlos Roberto Gonçalves³² e Yussef Said Cahali.

Tem-se decidido que a configuração de erro judiciário, para efeito de indenização, não se compatibiliza com a absolvição pela inexistência de prova suficiente para condenação. Considera-se que decisão com o suporte processual do art. 386, VI do CPP não é demonstrativa da certeza de inocência do réu. Esta absolvição constitui técnica processual que se apoia na dúvida, em que se prefere o erro judiciário que desfavorece a sociedade, ao erro judiciário que ofenda o denunciado. A título de exemplo, o julgado proferido pelo TJRS, Embs. 597.222.652-Capital, Rel. Des. Tupinambá M.C. do Nascimento., j. 05.03.1999.

equivocada interpretação da lei. Essas hipóteses podem caracterizar “error in iudicando”, mas não se confundem com o “erro judiciário” referido no art. 5º., LXXV, da CF/88 e no art. 630, § 2º., “a”, do Código de Processo Penal. Nem pode decorrer da falsa percepção que o julgador tem do preceito legal “in abstrato”, dando-lhe inadequada exegese no exato instante de aplicá-lo ao caso concreto, como por exemplo, reconhecer a prática de estupro e aplicar a pena de reclusão de 6 a 10 anos prevista no art. 273 do CP àquele que manteve conjunção carnal consentida com a própria namorada ou noiva com mais de dezoito anos de idade, tendo o casal se desentendido por outras razões, como troca de ofensas e agressões mútuas. Não se pode desprezar a advertência feita por Kelsen: “A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação correta, isto é, uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximadamente” (KELSEN, 1997, p. 396). Embora aqui não se trate de erro grosseiro por inadequada subsunção dos fatos no preceito primário da norma penal incriminadora, cabe não deslembrar que o erro de perspectiva ou mero erro de enquadramento não se confunde com o erro judiciário, tal como o idealizou o legislador ordinário de 1941, com o advento do Código de Processo Civil e o legislador constitucional de 1988, com o art. 5º. da Carta Magna.

³¹ ALMEIDA, 2013, p. 643-644.

Consoante o disposto no art. 630 e seus parágrafos, do Código de Processo Penal, Tribunal poderá reconhecer o direito a uma justa indenização à parte interessada pelos prejuízos sofridos, desde que haja requerimento neste sentido. Essa indenização será suportada pela União ou pelos Estados-membros, dependendo da esfera do Poder Judiciário na qual foi proferida a decisão que causou o dano. Entretanto, tal indenização não será devida desde que a injustiça da condenação tenha por base ato ou falta imputável à própria parte, como confissão ou ocultação de provas em seu poder.

A mitigação da regra geral da indenização e a necessidade da procedência da revisão criminal também dão azo à aplicação da responsabilidade subjetiva da administração pública ao erro judiciário. Caso fosse aplicada a teoria da responsabilidade objetiva, desnecessária seria a aplicação do instrumento da revisão criminal para a declaração do erro e a da consequente obrigação de indenizar. Bastaria que no âmbito cível fosse demonstrado o dano. Há, portanto, a necessidade de qualificação do erro como intencional (dolo) ou mesmo culposo, causado por negligência, imperícia ou mesmo imprudência do julgador. Entretanto, só há de se cogitar em indenização na hipótese do inciso I, do art. 621, do Código de Processo Penal, pois este é o único caso de revisão criminal em que ocorre efetivo erro do magistrado no julgamento da causa, ressurgindo desta norma o conceito de erro judiciário na seara criminal, que é dado “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”.

Em suma, poder-se-ia conjecturar de responsabilidade civil por erro judiciário no âmbito criminal, em última instância, apenas quando o magistrado houvesse agido com dolo ou culpa, decidindo de forma contrária a texto expresso de lei ou à evidência dos autos, posição esta que se coaduna inclusive com a sistemática do nosso ordenamento jurídico.”

³² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 219. Mencionado doutrinador, ainda, cita os julgados constantes de RT 511/88 e 329/744, para embasar seu posicionamento.

Também podem ser mencionados, a título de exemplo, os seguintes julgados relativos à matéria ora tratada, em que houve a condenação do Estado, pela existência de erro judiciário:

Ementa: Ação de indenização por danos morais – prisão ilegal – demonstrado nexó de causalidade – danos morais configurados – demonstrado nexó de causalidade – danos morais configurados – prejuízo que foge à seara de mero aborrecimento cotidiano – Fixação de indenização por danos morais no montante de R\$ 15.760,00, equivalente a vinte salários mínimos – Utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade – Dano material não demonstrado. Necessidade de prova. Reforma da r. sentença. Apelo parcialmente provido.

[...]

No caso em tela, a argumentação do autor é baseada nos danos materiais e morais sofridos em consequência de ter permanecido, ilegalmente, preso por quatro dias. Isto porque, o irmão do autor havia se identificado em processo criminal com documentos pessoais seus, não tendo os agentes públicos observado as informações constantes nos cadastros policiais.

Segundo narra, no dia 13 de abril de 2013, por volta de 19 h 30 minutos, caminhando na rua, foi preso por policiais militares e a seguir recolhido à Cadeia Pública de Mococa, sob a justificativa de ser “procurado pela justiça”. A seguir, não obstante tenha esclarecido à autoridade policial que não registrada nenhum tipo de condenação criminal, foi transferido para a Cadeia Pública de Casa Branca e, após, para o CDP – Centro de Detenção Provisória de Serra Azul. Aduz que do próprio cadastro do IIRG – Instituto de Identificação Ricardo G. Daunt, desde 16.12.2010, constava observação de que seu nome havia sido, indevidamente, utilizado por seu irmão, quando do indiciamento em inquéritos policiais. Ademais, conforme demonstram os documentos adicionados à petição inicial, estava patente que a pessoa definida como procurado era seu irmão que se achava preso na Penitenciária II de Franco da Rocha. Com base nesse contexto, requereu a condenação da Fazenda Estadual ao pagamento de indenização por danos materiais e morais. (Apelação n. 0004617-2013.8.26.0360, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Spoladore Dominguez, 27.01.2016).

Dano moral – prisão temporária de agente de polícia acusado de participar de fraudes na emissão de carteiras de motorista para o compeli-lo a participar de reconhecimento pessoal – delitos não contemplados no rol exauriente do art. 1º. da lei 7960/89 – desnecessidade sobre mais do confisco da liberdade para realização do ato instrutório em espécie – alternativa de coerção consubstanciada na expedição de intimação ou requisição de agente público – ponderação do meio menos gravoso negligenciada – investigação preliminar que não resultou sequer em indiciamento – erro manifestado de controle de jurisdicionalidade – direitos de personalidade ultrajados – Sentença de improcedência reformada. Recurso de apelação provido. (Apelação n. 0041801-86.2007.8.26.0506 – 13ª; Câmara de Direito

Público do TJSP, Rel. Des. Souza Meirelles – v. acórdão foi proferido por maioria de votos sendo que a divergência se restringiu ao valor de indenização por danos morais, j. 28.10.2015).

Ementa. Ação de indenização por danos morais – prisão ilegal – demonstrado nexo de causalidade – danos morais configurados. Prejuízo que foge à seara de mero aborrecimento. Fixação na sentença do montante de R\$ 30.000,00. Utilização de critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Redução do valor da indenização para R\$ 15.760,00, equivalente a vinte salários mínimos. Alteração da sentença. Apelo do autor desprovido e recurso da Fazenda Estadual provido, em parte, alterado, de ofício, o critério de cálculo dos juros de mora.

[...]

Segundo consta, o início do cumprimento da reprimenda, pelo autor, em razão de condenação criminal, teria se dado em 18 de maio de 2009. Tendo cumprido mais de $\frac{3}{4}$ do total da penal, apresentou pedido de livramento condicional, concedido dia 21 de maio de 2012. O Ministério Público agravou da decisão do deferimento do livramento condicional e, em 29 de janeiro de 2013, no julgamento do referido recurso, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo cassou a decisão de concessão do livramento condicional, determinando o encarceramento do autor, expedindo mandado de prisão em 05 de maio de 2013. A Defensoria Pública impetrou “habeas corpus” ao Superior Tribunal de Justiça e no dia 02 de maio de 2013 foi deferida a liminar para, até o julgamento do “habeas corpus”, suspender os efeitos do acórdão impugnado, determinando a expedição de contramandado de prisão (36/39). Contudo, a serventia elaborou o contramandado de prisão apenas no dia 06 de maio de 2013, e no mesmo dia, enviou o contramandado à Divisão de Capturas, à DIG e à Polícia Militar.

Assim, em 08 de maio de 2013 a Polícia Civil do Estado informou sobre o cumprimento do mandado de prisão, sem validade. E, apenas no dia 09 de maio de 2013, foi enviado contramandado de prisão à penitenciária local (fls. 663/69), ficando o autor, por três dias, recluso, indevidamente. Logo, indubitavelmente ficou provado nos autos o dano sofrido pelo autor e o nexo causal existente entre este e a deficiência na prestação do serviço e controle de dados e informações prestado pelo Estado, pois a prisão indevida ocorreu no dia 07.05.2013 (fls. 62), embora houvesse contramandado de prisão expedido no dia 06.05.2013 (fls. 54), não cumprido, ensejando a prisão do autor, por três dias, sem fundamento legal para tanto. (4003728-16.2013.8.26.0037 – Araraquara, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Spoladore Dominguez, j. 08.04.2015)

Responsabilidade civil do Estado. Indenização. Dano moral. Inocorrência. Autor condenado, em processo crime, a um ano e oito meses de detenção. Regime prisional não respeitado, na fase da prisão cautelar. Insuficiência para caracterizar dano moral suscetível de indenização. A prisão indevida não significa nem se confunde com a prisão que se mostrou necessária em certo momento da persecução penal. Prisão indevida é aquela que ocorreu de

forma ilegítima e abusiva em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais, situação não observada no caso em exame. Ademais, “o princípio da responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos do Poder Judiciário, salvo os casos expressamente declarados em lei (RE 219.117-STF – Min. Ilmar Galvão). Ausência de demonstração de abuso, desvio ou descumprimento da lei que justificassem a indenização pretendida. Responsabilidade civil do Estado não caracterizada. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso do autor não provido”. (Apelação n. 4000540-33.2013.8.26.0322 – Lins, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP – Rel. Des. Djalma Lofrano Filho, j. 23.03.2015)

Indenização. Prisão indevida, ainda que por curto espaço de tempo, efetuada meses após ter sido expedido, em ação de alimentos, o alvará de soltura. Responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º da CF). Nexo de causalidade demonstrado. Sentença mantida. Valor indenizatório que não se altera. Recursos não providos. (Apelação Cível n. 013597-43.2010.8.26.048, 13ª. Câmara de Direito Público, Des. Rel. Peiretti de Godoy, j. 26.09.2012)

Danos morais e materiais – Prisão ilegal – Irmão do autor que, após apropriar-se de seus documentos, cometeu roubos e homicídio – Responsabilidade objetiva do Estado reconhecida por negligência – indenização devida. (TJSP 12ª. Câmara, Rel. Luiz Burza Neto, 09.04.2008, JTJ327/350).

Prisão ilegal – incúria do Estado na identificação criminal do indivíduo preso sem portar identificação civil, culminando na condenação criminal e encarceramento de terceiro – indenização devida. (TJSP – 13ª. Câmara de Direito Público, julgado em 06.12.2009, JTJ 347/553)

Responsabilidade civil. Danos morais. Prisão indevida. Ausência de baixa de alvará de soltura. Falha do serviço público. Responsabilidade subjetiva da administração pública. Caracterização. Danos demonstrados. Recurso Desprovido (Apelação n. 60.860.5-6-0, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP – j. 07.10.2009)

INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Autor que foi preso por equívoco da administração. Sentença de procedência mantida. Indenização fixada de forma justa. A expedição de mandado de prisão ocorreu por erro administrativo, não inclusão no sistema administrativo do contramandado de prisão expedido em favor do autor que acabou sendo levado à prisão por falha da administração. Dever de indenização pelo Estado. Dano moral que decorre da restrição indevida da liberdade por meio de prisão ilegal e indevida. Recursos improvidos. (Apelação n. 734.26-5/7-0, 9ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Antonio Ruli, j. 01.04.2009)

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – Decisão de procedência do pedido corretamente pronunciado em primeiro grau – Detenção indevida do autor, ainda que por curto espaço de tempo, que representa efetivamente abalo moral. Falha em registros do sistema

estatal que implicou no cumprimento de mandado de prisão sendo certo que essa ordem de captura já havia sido revogada. Importe indenizatório arbitrado moderadamente, não comportando mitigação ou elevação. Verba honorária fixada na sentença que também deve subsistir. Apelo da Fazenda Estadual e recurso adesivo do autor não providos. (Apelação n. 629.541-5/3-0, 8ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Paulo Dimas Mascaretti, j. 25.01.2009)

Responsabilidade civil do Estado – Decreto de prisão cautelar, que se reconheceu indevida, contra pessoa submetida a investigação criminal – privação da liberdade do autor, embora não tivesse qualquer envolvimento com o fato criminoso, e que lhe acarretou a perda do emprego como consequência direta – verba indenizatória devida. (STF – 2ª. Turma, Rel. Celso de Mello, j. 15.12.2009, RT 895/163)

Em outros Tribunais Estaduais, também podem ser citados, exemplificativamente, os seguintes julgados:

Ementa: Apelações Cíveis – Pretensão indenizatória. Devedor de Alimentos – Ausência de extinção da execução após o pagamento – Não recolhimento de mandado de prisão – prisão indevida – omissão da autoridade judiciária – Responsabilidade civil subjetiva do Estado – Dano Moral Puro – Quantum. Manutenção. Honorários advocatícios. É admitida a responsabilidade do Poder Público por atos judiciais, especialmente quando não promovido o devido recolhimento do mandado de prisão, o que configura a responsabilidade civil subjetiva do Estado por ato omissivo.

A Suprema Corte já decidiu que “tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a “faute de service” dos franceses. (STF – RE 179.146 – Rel. Min. Carlos Velloso – Julgamento 12.12.1997 – Órgão julgador: Segunda Turma)

Para que surja o dever de indenizar, na modalidade culposa, é mister que concorram três elementos: o dano, a conduta ilícita e o nexo causal entre os dois primeiros.

Demonstrado o dever de agir por parte do poder público, bem como a sua conduta omissiva, devido se mostra o pleito indenizatório.

A demonstração do dano nos casos de prisão indevida é in re ipsa, já que a repercussão é inerente ao ato lesivo, o que enseja o denominado dano moral puro. O valor da indenização por dano moral puro deve significar exemplo e punição para o causador do dano, como também servir de compensação, ao menos em parte, pela dor sofrida pela vítima, sem constituir-se em fonte de enriquecimento, observadas as circunstâncias do caso e os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de que se chegue a um montante mais justo. Se obedecidos os critérios do § 4º. Do art. 20 do CPC para condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios, descabe qualquer modificação do julgado a quo. (Apelação Cível 1.0024.13.041830-4/001)

– Comarca de Belo Horizonte – 1º. Apelante: Leonardo Tiago Ribeiro
– 2º. Apelante: Estado de Minas Gerais, 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais – Rel. Des. Versiani Penna)

Apelação Cível e recurso adesivo. Responsabilidade civil. Estado do Rio Grande do Sul. Prisão indevida. Falha no serviço público. Prejuízo moral “in re ipsa”. O Estado (lato sensu) responde objetivamente por eventuais danos causados, seja de ordem moral ou material, porque incide a teoria do risco objetivo da administração. Caso concreto em que o autor foi indevidamente preso por figurar equivocadamente com “indivíduo procurado” no Sistema de Consultas Integradas da Polícia Civil, quando tal informação mostrava-se defasada por ter sido indultado, não possuindo qualquer pendência com a Justiça, permanecendo indevidamente detido até o momento em que verificado o equívoco do registro no sistema do Estado. Dano moral que resulta do próprio fato da privação indevida da liberdade (dano “in re ipsa”). Valor da condenação (R\$ 15.000,00) fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem como observada a natureza jurídica da condenação e os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Apelo provido. Unânime. (AC: 70057016818-RS; 9ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio do Grande do Sul, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, j. 22.11.2013)

Apelação cível – Responsabilidade civil. Prisão ilegal. Mandado de prisão emitido com data de validade em desconformidade com o prazo prescricional da pretensão executória do Estado. Erro Judiciário configurado. Indenização devida.

A Responsabilidade do Estado por erro judiciário é subjetiva, exigindo que o ato tenha sido praticado com culpa, dolo ou fraude. Inteligência do art. 5º., LXXV da CF.

A expedição de mandado de prisão com a data de validade errada, em desobediência ao prazo prescricional da pretensão executória do Estado, gerou a prisão ilegal do autor, já que ele foi capturado quase quatro anos após ter sido implementada a referida prescrição.

Responsabilidade configurada. Indenização devida. Sentença mantida. Apelo desprovido. (Apelação cível n. 70047323258, Comarca de Caxias do Sul, 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho, j. 21.03.2012)

Ementa – Apelação Cível – Ação de indenização por danos morais e materiais – responsabilidade objetiva do Estado – Erro judiciário – Configurado. Dano Moral. Presumido. Danos materiais. Ausência de comprovação. Recurso parcialmente provido.

A absolvição criminal por meio de ação de revisão criminal caracteriza o erro judiciário.

A responsabilidade civil do Estado por erro judiciário é objetiva. Precedentes do STF.

É presumido o dano moral causado pela condenação criminal posteriormente desconstituída em ação revisional.

Não havendo prova dos danos materiais, não há que se falar em dever de indenizar.

Recurso parcialmente provido para condenar o Estado de Mato Grosso do Sul ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais). (Apelação n. 0802699-43.2013.8.12.0008 – Corumbá, 4ª. Câmara de Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul, Rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, j. 09.12.2015)

5.1.2. Acusação privada e erro judiciário

Segundo o art. 630, § 2º. “b”, do CPP/1941, se a acusação tiver sido meramente privada, o Estado não poderá ser responsabilizado pelo erro judiciário.

Esta disposição legal é equivocada e injusta, segundo minha ótica e a de vários autores, pois não explica quem seria, na hipótese de acusação privada, o responsável pela indenização. A acusação pode ser considerada privada nas ações penais privadas típicas e nas ações penais públicas subsidiárias (CPP, art. 29).

Ora, como bem aponta Rui Stoco, pode ser que o responsável pelo erro seja o Estado-juiz ou seus auxiliares, mesmo nos casos em que a acusação seja meramente privada, pois os atos judiciais e a decisão serão sempre públicos e originados pelo Estado-juiz. Neste caso, esclarece o doutrinador, com propriedade, há a responsabilidade do Estado.³³

Desta forma, se na ação penal privada se configurar o erro judiciário, decorrente de ação ou omissão culposa do julgador, incidirá a regra geral prevista no art. 5º. LXXV da CF/1988 e, neste caso, a indenização será devida se preenchidos todos os pressupostos exigidos.

5.1.3. Erro judiciário no âmbito civil e desconstituição do julgado como condição para a ação de indenização

No que se refere às ações de âmbito civil, entendo que somente poderá ser reconhecida a existência de erro judiciário, hábil a ensejar indenização por parte do Estado, se houver ação rescisória julgada procedente, com trânsito em julgado, ou seja, desconstituição do julgado por via própria, mas tal solução só se aplica se o erro judiciário se encontrar na própria sentença. Isto porque não se pode permitir a incerteza jurídica e desestabilização da coisa julgada sem que o assunto seja discutido na demanda própria (rescisória), anteriormente à ação em que se pleiteará a indenização por danos. No mesmo sentido do posicionamento acima indicado encontram-se, a título de exemplo, os ensinamentos de Rui Stoco,³⁴ Maria Sylvia Zanella Di Pietro,³⁵ e Vitor Luís de Almeida.³⁶

Por sua vez, Luiz Antonio Soares Hentz considera que há “desnecessidade de desconstituir o julgado cível ou criminal, podendo a indenização ser postulada como ação autônoma,

³³ STOCO, 2013, p. 135.

³⁴ STOCO, 2013, p. 135.

³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade Civil do Estado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gadston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 426.

³⁶ ALMEIDA, 2013, p. 627-628.

já que a coisa julgada não opera impedimento a considerações sobre eventual desacerto do julgamento”.³⁷

Como visto acima, entendo que há necessidade de prévia ação rescisória para desconstituir a r. sentença, caso erro judiciário nela se encontre.

Por sua vez, como bem aponta Maria Silva Zanella Di Pietro:

*Diversa é a situação quando o erro não está na sentença, mas em outro ato praticado pelo magistrado ou tribunal, como por exemplo, na concessão ou denegação de medida liminar em mandado de segurança, ou mesmo na medida cautelar inominada, com danos irreparáveis a uma das partes. Tais atos, não fazendo coisa julgada, não impedem a propositura da ação de responsabilidade civil.*³⁸

Independentemente de ação rescisória, portanto.

Yussef Said Cahali cita inúmeros casos em que foi reconhecida a existência de erro judiciário na esfera cível, pelo magistrado ou pelos auxiliares da justiça, a ensejar a indenização pelo Estado, tais como, realização de depósito de valor objeto da execução em conta judicial sem juros e correção monetária, expedição de mandado de busca e apreensão consignando endereço totalmente equivocado, o que ensejou a realização de diligência na casa de pessoa que nenhuma relação tinha com o feito, execução cível promovida contra homônimo, realizando-se atos de constrição contra bens de pessoa equivocada; equívoco do magistrado na sentença que condenou alguém a pagar alimentos a pessoas que não figuravam no pedido inicial, tendo sido efetivado o desconto da pensão em folha de pagamento junto à empregadora.³⁹

5.1.4. Responsabilidade civil do Estado pelo dano decorrente da demora na prestação jurisdicional

A Emenda Constitucional n. 45/2004 (cujo texto foi promulgado em 08.12.2004), prevê o princípio da celeridade processual, no art. 5º. LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, assegurando a todos, no âmbito judicial, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Esta previsão também decorre do art. 8º., 1, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Quanto aos deveres dos magistrados, a LOMAN também contém dispositivos ligados à celeridade processual (art. 35, incisos II, III e VI).

O art. 4º. do CPC/2015, por sua vez, reproduz no plano infraconstitucional o princípio da economia e eficiência do processo, previsto no art. 5º. LXXVIII, da Constituição Federal,

³⁷ HENTZ, 1995, p. 43.

³⁸ DI PIETRO, 2011, loc. cit.

³⁹ CAHALI, 2014, p. 535-538:

TJSP – 2ª. Câmara, j. 10.11.1987, RJTJSP 112/199; 1ª. Câmara (Apelação 113.77401, j. 27.06.1989); TJSP-3ª. Câmara, Apelação 119.807.16.03.1990; TJSP – 4ª. Câmara, j. 11.05.1972, RT 446/82; TJSP-6ª. Câmara, APELAÇÃO 170805-1, j. 06.08.1992; TRF-4ª. Reg. 4ª. Turma, j. 29.06.2010, RT 902/390, TJRS, 10ª. Câmara, j. 27.10.2005, RJTJRS 254/250; TJSP 2ª. Câmara: Apelação 196.741-, j. 20.08.1993.

dispondo que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.⁴⁰

Postas estas premissas, incumbe verificar se é possível a condenação do Estado por danos materiais e morais, na hipótese de haver demora excessiva na solução do processo.

Anteriormente à Emenda Constitucional 45/2004 prevalecia o entendimento de não ser possível indenização por dano moral em virtude da demora excessiva na solução definitiva de uma demanda.⁴¹

Mais recentemente, entretanto, esta situação tem-se alterado,⁴² embora ainda haja vários julgados que afastam a possibilidade de indenização por danos sofridos quando há excessiva demora na solução de um litígio.⁴³

Por este motivo, é importante analisar em que hipóteses seria possível, em princípio, afigurar-se a responsabilidade do Estado pela demora excessiva de tramitação do processo.

Em primeiro lugar, cumpre salientar, contudo, que a Emenda Constitucional nº 45/2004 não apresenta o conceito do que vem a ser “razoável duração do processo”. O art. 4º do novo CPC também não, sendo que o CPC/1973 não contém dispositivo equivalente.

Seria interessante que houvesse parâmetros objetivos, para que se pudesse falar em responsabilização pela demora e para adotar um padrão que separe a demora justificada da que seja reputada como excessiva, uma vez que apenas esta última deveria ser inescusável e ensejar aplicação de responsabilização do Estado, na hipótese de ocasionar dano.

Augusto do Amaral Dergint sustenta que a demora no andamento dos processos pode se dar em virtude do mau aparelhamento do serviço judicial, em decorrência de desídia do magistrado, ou pela conjugação destes dois fatores.⁴⁴

José Arteiro Vieira de Mello afirma:

⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 44. Ao fazer considerações sobre o art. 4º. do novo CPC, preleciona que: “A expressa menção a atividade satisfativa é digna de destaque para evidenciar que a atividade jurisdicional não se esgota como reconhecimento (declaração) dos direitos, mas também com a sua concretização. Até porque, nos casos de título executivo extrajudicial, o que o exequente busca perante o Estado-juiz é a satisfação do seu direito e não reconhecimento de que ele existe. Cabe ao executado, nestes casos, se este for o caso, requerer o contrário, isto é, o reconhecimento de que o direito subjacente ao título executivo não existe.

E mais: é regra que permite compreender mais adequadamente o ‘processo sincrético’, indubitavelmente albergado pelo novo CPC, assim compreendido como o processo que se divide em fases (ou etapas) sem solução de continuidade, nas quais se distribuem ‘atividades cognitivas’ (de conhecimento) e ‘atividades satisfativas’ (de cumprimento ou de execução) de diversa ordem, mas sempre com a finalidade principal de verificar para quem a tutela jurisdicional deve ser prestada e também criar condições de sua efetiva prestação, isto é, a satisfação do direito tal qual reconhecido existente pelo Estado-juiz”.

⁴¹ Neste sentido, a título de exemplo: JTJ 168/178 (19ª. Câmara, j. 24.10.1994) e STF Pleno, 13.10.1971, julgado por maioria, RTJ 64/689, ambos citados por Cahali (2014, p. 531).

⁴² Cahali (2014) indica que: “entretanto, mais recentemente, se pronuncia entendimento em sentido diverso. Assim, erudita sentença da Juíza Federal Maria Ferreira dos Santos aceitou francamente a responsabilidade civil por danos morais, ainda que contra a União, em decorrência da morosidade e longa tramitação de reclamação trabalhista que teve curso perante a Justiça do Trabalho; o desempenho do Estado, na prestação jurisdicional, com a espera por cerca de 20 anos do recebimento das verbas de natureza trabalhista, teria sido causa de dano moral passível de reparação: ‘Não é difícil imaginar o que aquela demora acarretou de ansiedade, idas e vindas, consultas a advogados, inútil espera e, acima de tudo, frustração, decepção. Em suma, a própria Justiça do Trabalho deixou de dar ao trabalho a importância que ele tem. E se não se dá ao trabalho a sua real importância, tira-se do trabalhador a sua dignidade, porque o que dá dignidade ao homem, é, sem dúvida, o seu trabalho’ (Indenização por dano moral contra a União Federal, Revista do Instituto de Pesquisa e Estudos n. 18. P. 309)”.

⁴³ Cahali (2014) menciona a possibilidade de indenização e descreve as situações analisadas naqueles julgados: RT 852/372, JTJ 324/445, JTJ 354/199.

⁴⁴ DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 192-193.

*A demora no andamento dos processos sucede em virtude de mau aparelhamento do serviço judiciário ou por desídia do magistrado, senão pela não rara conjugação de ambos os fatores. Ou juiz age culposamente por desídia, ou, fazendo tudo quanto pode humanamente fazer, não vence a passividade do Estado em remover os obstáculos à pontual prestação da tutela jurisdicional.*⁴⁵

Como visto, os diplomas legais (Constituição e legislação infraconstitucional) existentes não definem o que vem a ser a “razoável duração do processo”. Incumbe, portanto, ao intérprete da lei analisar os casos concretos e verificar se houve ou não infringência ao princípio constitucional e se há ou não dano a ser indenizável.

Assim, a fixação do que pode ser considerado como prazo razoável deve ser efetivada examinando cada caso concreto, levando em conta a conduta das partes, das autoridades envolvidas, bem como a complexidade da causa, dentre outros elementos. Aliás, neste sentido se manifesta Vera Jucovsky.⁴⁶

No que se refere à conduta das partes, deve-se verificar se houve ou não condutas abusivas de alguns dos litigantes ou de seus procuradores, como por exemplo, se houve a interposição de inúmeros recursos ou não, se houve pleito de provas desnecessárias ou impertinentes.

Ademais, para analisar a complexidade da causa, deve ser levada em conta a complexidade dos fatos (natureza da situação discutida no processo e as questões relativas à questão probatória), bem como a complexidade do direito (eventuais dificuldades na interpretação das normas jurídicas que incidem sobre a questão) e a complexidade do processo (quantidade de incidentes e demandas no procedimento, existência de muitos ou poucos recursos, dificuldades na localização de testemunhas, intervenção de interessados no processo). Desta forma se manifesta Alice Gonzalez Borges.⁴⁷

Assim, não pode ser considerada demora excessiva do Estado se o lapso de tempo maior decorreu de atos que se destinam ao exercício da ampla defesa e contraditório das partes; se houve dificuldade de localização de bens do executado; demora na produção de determinada prova, considerando a complexidade da matéria; atos que dependam da parte contrária ou de terceiros.

Também deve ser efetivada a comparação daquele caso concreto com outros da mesma complexidade, para analisar se outros casos foram decididos de forma definitiva no mesmo lapso temporal ou não.

Ora, entendo que é possível a responsabilização civil do Estado pelos danos que tenham ocorrido em virtude da demora excessiva do processo, mas para que haja tal responsabilização, deve ocorrer inércia, pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo.

⁴⁵ MELLO, José Arteiro Vieira de. *A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional*. Revista da ESMape, Recife, v. 7, n. 15, jan./jun. 2002. p. 377.

⁴⁶ JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999. p. 9.

⁴⁷ BORGES, Alice Gonzalez. *Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado*. Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 23-36, jan.-jun. 2011. p. 30.

Há autores que sustentam que o excesso de trabalho não constitui justificativa plausível para a lentidão da tutela jurisdicional e não afasta a responsabilidade do Estado. Neste sentido, a título de exemplo, José Rogério Cruz e Tucci⁴⁸ e Paulo Henrique Macera,⁴⁹ este em brilhante dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 2015, sob o título de “Responsabilidade do Estado por Omissão Judicial”.

Entretanto, respeitados os nobilíssimos posicionamentos indicados no parágrafo acima, entendo que o excesso de trabalho e a falta de aparelhamento do Poder Judiciário devem ser levados em conta, para verificar se, em determinado caso concreto, foi ferido, ou não, o princípio da razoável duração do processo, pois não se pode atribuir responsabilidade civil do Estado sem que este atinja nível de desenvolvimento e aparelhamento tal (com equipamentos, funcionários e infraestrutura adequados a atender a demanda existente), que permita o funcionamento mais célere da máquina judiciária.

Se assim fosse, haveria o reconhecimento do direito de indenização a alguém que está em situação bastante semelhante a inúmeras outras partes que também tiveram o trâmite do processo em prazo semelhante, e não ingressaram com ação de indenização contra o Estado sob o argumento de que não teria sido obedecido o princípio da duração razoável do processo.

Aliás, bem pondera Ana Maria Goffi Flaquer Scartezzini, sobre a matéria.⁵⁰

⁴⁸ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69.

⁴⁹ MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão judicial*. 2015. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015. 195.

⁵⁰ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para Duração dos processos e Responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário, Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005 p. 48: “Ainda que, em tese, possa ser admissível essa responsabilização (do Estado pelos danos causados pelos atos judiciais), em face das graves situações dos órgãos jurisdicionais, provocados pelo excesso de feitos, em que no mais das vezes o Poder Público figura como parte, a solução há de ser obtida com cautela, para que não se transforme em instrumento de enriquecimento para alguns em detrimento do interesse de outros.

É preciso, portanto, estabelecer o nexo causal entre o fato, demora injustificada, e o dano provocado ao autor ou ao réu, ou mesmo a ambos, pela indefinição na solução da lide.

Se não atendida a duração razoável a que se refere o texto constitucional, impõe-se a verificação de sua real causa: (i) excesso de feitos com inadequada máquina judiciária; (ii) expedientes protelatórios utilizados por uma das partes; (iii) desídia do magistrado.

Evidentemente a terceira hipótese é a mais rara e, se concretizada, há meios de corrigi-la com a comunicação dessa conduta a órgãos superiores encarregados da correição no âmbito do Poder Judiciário. A eventual responsabilização do Estado só poderá ocorrer se caracterizada inércia na adoção de medidas disciplinares pelos órgãos competentes.

A utilização de expedientes protelatórios pelas partes também pode ser coibida pela imposição de penalidades já previstas no ordenamento. Todavia, ainda é tímida a atitude sancionatória por parte dos magistrados, quando configurado o uso de tais expedientes, especialmente pelo Poder Público.

O problema maior reside na hipótese quando a demora decorre do excessivo número de feitos, que sobrecarrega a máquina judiciária. Torna-se imprescindível a adoção por parte do Poder Executivo de medidas para solucionar a questão. Entretanto, configura-se uma situação ambígua, pois, por vezes, o próprio Poder Público se beneficia dessa morosidade e passa a não ter interesse em agilizar o Judiciário. Assim, só a mobilização da sociedade poderá provocar a adoção de medidas concretas e satisfatórias.

A omissão deverá ser identificada, bem como os danos por ela causados, com a respectiva caracterização do nexo causal, e a consequente responsabilização da autoridade. A complexidade da questão não pode, no entanto, servir de escudo para a escusa na evolução do tema”.

5.2 Responsabilidade civil pessoal do magistrado (causas previstas no art. 133 do CPC/1973, art. 143 do CPC/2015 e no art. 49 da LOMAN)

Entendo que o magistrado responde pessoalmente, na esfera civil, quando tiver agido com dolo ou fraude, ou com omissão, nas escritas hipóteses previstas no art. 133, II, do CPC/1973, 143, II, do CPC/2015 e art. 49 da LOMAN. No sentido aqui defendido, a título de exemplo, encontram-se os posicionamentos de Rui Stoco⁵¹, Carlos Roberto Gonçalves⁵² e Arnaldo Rizzardo.⁵³

Não concordo com doutrinadores que sustentam que é possível responsabilizar o magistrado pessoalmente, pela existência de culpa “lato sensu” ou culpa grave.⁵⁴ Isto porque responsabilizar o Estado por atos dos juízes que tivessem agido com “culpa” (ainda que grave), pura e simplesmente, seria contrariar sua qualidade de Poder que permeia os órgãos judiciários. Pois, obviamente, os magistrados são pessoas humanas e não são infalíveis, e a eventual interpretação equivocada de alguma norma ou a existência de interpretação diversa sobre determinado dispositivo legal não pode ensejar a responsabilidade pessoal do juiz em virtude das decisões emanadas de tal órgão do poder.

Alíás, sobre este tema, entendo adequado fazer referência ao posicionamento de Mário Guimarães, que pode ser aplicado na atualidade, com as adaptações pertinentes, para que se sustente (como esta subscritora) que a responsabilidade pessoal do juiz deve se dar apenas em situações expressamente previstas em lei e que serão tratadas mais adiante:

*Razões mais fortes, porém, aconselham a irresponsabilidade. Primeiramente, uma política social: os juízes pagam tributo inexorável à falibilidade humana. Erram porque são homens. Se obrigados a ressarcir, de seu bolso, os danos causados, ficariam tolhidos, pelo receio próprio, na sua liberdade de apreciação dos fatos e de aplicação do direito. Nem se coadunaria com a dignidade do magistrado coagi-lo a descer à arena, após a sentença, para discutir, como parte, o acerto de suas decisões.*⁵⁵

⁵¹ STOCO, 2013, p. 149-151.

⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 220.

⁵³ RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 383-384.

⁵⁴ A título de exemplo, pode-se citar o posicionamento de GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 294), para quem há responsabilidade do juiz, nos casos de dolo (ou culpa grave que a ela se equipara, segundo o autor), ou fraude, seja por ato comissivo ou omissivo. Também pode ser citado, a título de exemplo, o posicionamento das Juízas do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e professoras universitárias Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes e Marília de Ávila e Silva Sampaio (2000, p. 68). Ruy Rosado de Aguiar Júnior, observou que “é sempre direta do Estado a responsabilidade pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional”, sendo que “essa responsabilidade tem causa na ação do juiz, que age com dolo, fraude ou culpa grave (negligência manifesta ou incapacidade para a função), no erro judiciário e nos demais casos de mau funcionamento dos serviços da justiça, incluindo a falta anônima” (A responsabilidade civil do estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil, ano IX, n. 44, 2007, p. 99).

Stoco (2013, p. 149) indica que: “O Estado é responsável primário pela reparação do dano, a responsabilidade do juiz só poderá ser apurada e imposta a obrigação de reparar pela via regressiva. Ou seja, dever-se-á propor a ação de reparação contra o Estado, que – se condenado – terá direito de regresso (ação regressiva) contra o seu agente, no caso, o magistrado, impondo-se demonstrar ter agido com dolo ou fraude. Não se admite, portanto, que a ação seja proposta pela parte prejudicada diretamente contra o juiz. Mas também não aderimos nem concordamos como admirado ministro e jurista [Ruy Rosado de Aguiar Júnior] quando aventa a hipótese de responsabilização por ‘culpa grave’”.

⁵⁵ GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 239.

Entendo que a responsabilidade pessoal do magistrado somente pode ser considerada como existente nas hipóteses de proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções (como previsto no art. 133, I, do CPC/1973 e 143, I, do CPC/2015), ou nos casos de omissão que estão expressamente previstos no art. 133, II, do CPC/1973 e art. 143, II, CPC/2015.

Observe-se que, para reconhecimento dos casos de omissão, recusa ou retardo de providência que deveria ser ordenada de ofício pelo juiz ou a requerimento da parte, o Código de Processo Civil de 1973 contém regra um pouco diversa daquela prevista no art. 143 do CPC/2015.

Com efeito, para o reconhecimento de responsabilidade pessoal do juiz por perdas e danos decorrentes de conduta prevista no art. 133, II, do CPC/1973 (“recusa, omissão ou retardo, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte”), o parágrafo único deste dispositivo legal prevê que há a necessidade de a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao juiz que determine a providência e este não lhe atenda o pedido dentro de 10 dias.

No CPC/2015, por sua vez, para o reconhecimento de responsabilidade pessoal do magistrado por perdas e danos nas hipóteses previstas no art. 143, II (recusa, omissão ou retardo, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte), o parágrafo único de mencionado dispositivo legal prevê que esta somente se verificará depois que a parte requerer ao juiz que determine a providência e o requerimento não for apreciado no prazo de 10 dias.

Constata-se, assim, que a necessidade de intermediação do escrivão prevista no art. 133 do CPC de 1973 foi eliminada pelo parágrafo único do art. 143 do CPC de 2015.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao tratarem do art. 143 do CPC de 2015, sustentam que:

Responderá pessoalmente o juiz quando no exercício de suas funções proceder com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte. Faculta-se à parte acionar o Estado, em ação própria, podendo esse, acaso concorram os requisitos de lei, acionar regressivamente o órgão jurisdicional. Também se admite que se proponha ação diretamente contra o órgão jurisdicional.

Notificação do juiz. Só se configura a recusa, a omissão ou o retardamento, sem justo motivo, se o juiz, em face de requerimento da parte nos autos, não examina o pedido no prazo de 10 (dez) dias. O prévio requerimento específico é condição essencial para incidência do art. 143, II, do CPC.⁵⁶

Cumpre salientar, de qualquer forma, segundo meu posicionamento, que mesmo nas hipóteses em que for cabível a responsabilidade pessoal do juiz, incumbirá à parte ajuizar a ação contra o Estado e somente este último poderá pleitear, **em via regressiva**, o valor

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 216.

a que tiver sido condenado a reparar ao jurisdicionado que noticie a existência de danos, nas hipóteses previstas nos arts. 133 do CPC/1973 e 143 do CPC/2015.

Mesmo na vigência do CPC/1973, vários doutrinadores já indicavam que a responsabilidade pessoal dos juízes deveria ser efetivada na esfera regressiva, não havendo possibilidade de a pessoa que sustenta a existência do dano ajuizar ação diretamente contra o magistrado, mas sim contra o Estado. Alguns doutrinadores, entretanto, consideravam ser possível a responsabilização solidária do Estado e do Magistrado.

Reputo que o CPC/2015 veio dirimir as controvérsias sobre o assunto, esclarecendo que o juiz responderá “civil e regressivamente” por perdas e danos nas hipóteses do art. 143 de mencionado diploma legal, ou seja, apenas em ação regressiva.⁵⁷

Considero que se afigura mais adequada a solução dada pelo CPC/2015 em prever que a responsabilidade pessoal do juiz será, tão somente, efetivada de forma regressiva pelo Estado. Isto a fim de evitar que alguma parte que tenha ficado descontente com a solução dada a determinada causa, ingresse com ação diretamente contra o magistrado, apenas com a finalidade de que haja distribuição cível em nome daquele julgador, como vingança pelo julgamento desfavorável.

Aliás, sobre o tema, tratado no parágrafo acima, já decidiu o plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do recurso extraordinário 228.977-2, Rel. Min Néri da Silveira, que o Estado é legitimado passivo para responder por eventuais danos causados pela autoridade judicial no exercício de suas atribuições, com direito de regresso contra o magistrado, nas hipóteses previstas em lei.⁵⁸

⁵⁷ Sobre o art. 143, incisos I e II e parágrafo único, do CPC:

BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 139-140; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 463-464; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, atualizado de acordo com o novo CPC*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 428; IMHOF, Cristiano; REZENDE, Berta Steckert. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 138; DONIZETTI, Elpidio. *Novo CPC comparado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 76. Rodrigo Mazzei e Sarah Merçon-Vargas, em nota ao art. 143 do CPC/2015 (FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. *Novo CPC Anotado e Comparado para concursos*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 177) indicam que: O dispositivo em análise trata da responsabilidade civil do magistrado, em previsão assemelhada àquela que constava do art. 133 do Código revogado. O tema também é tratado no art. 49 da Lei Complementar n. 35/79 (LOMAN). A novidade, trazida pelo NCPC no dispositivo, é a alusão à natureza regressiva da responsabilidade civil do juiz. Essa característica, embora não estivesse expressa no Código revogado, decorre do art. 37, parágrafo 6º., da Constituição Federal, que responsabiliza de forma direta a pessoa jurídica de direito público a que o agente estiver vinculado (União, Estado ou Distrito Federal) e regressivamente o próprio agente, no caso, o juiz. A primeira hipótese é mais genérica e prevê a hipótese de responsabilização do magistrado sempre que proceder com dolo ou fraude no exercício de suas funções (inciso I). A previsão legal, portanto, não contempla a responsabilidade civil do magistrado por culpa, em qualquer que seja o grau. A segunda hipótese perfaz-se sempre que houver recusa, omissão ou retardamento, sem justo motivo, de providência que deva ordenar de ofício ou que a parte tenha requerido e o juiz não tenha apreciado no prazo de dez dias (inciso II e parágrafo único). Embora o dispositivo não seja expresso, para realização do juiz, como em qualquer outra hipótese de configuração do dever de reparar também deve ser demonstrada a ocorrência de dano e de nexo de causalidade”.

⁵⁸ Recurso Extraordinário 228.977-2 do plenário do STF, Min. Néri da Silveira: “Ementa. Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual – responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições – a qual terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, parágrafo 6º, da CF/88”.

Cumprir lembrar, ainda, que para se configurar a responsabilidade pessoal do juiz, devem estar presentes os requisitos do art. 133 do CPC/1973 ou do art. 143 do CPC/2015, conforme a época em que ocorra o dano, bem como devem ser provados o dano e o nexo de causalidade entre as hipóteses previstas nos dispositivos aqui indicados e mencionado dano.

O fato de não serem adotadas providências pelo magistrado no prazo de 10 dias não gera, por si só, a responsabilidade de indenizar por parte do Estado ou do magistrado. Isto porque, como visto acima, há a necessidade de a conduta omissiva ocasionar efetivo dano, incumbindo à parte que alega sua ocorrência demonstrá-lo.

Para fins de imputação do dano à omissão judicial, afigura-se necessária a existência de condições fáticas para que o magistrado profira sua decisão. Por este motivo, o requerimento deve chegar ao magistrado e este deve ter à sua disposição um lapso temporal adequado para compreender as questões fáticas e jurídicas pertinentes, a fim de proferir sua decisão. Sem este prazo, não será possível falar-se em responsabilidade civil do Estado, muito menos do juiz.

Quanto à omissão, esta pode ser parcial, como ocorre, por exemplo, quando é prolatada sentença “*citra petita*”. Entretanto, será fundamental a atuação dos procuradores das partes, a fim de demonstrar ao magistrado a existência de mencionada omissão, através de embargos de declaração. Somente a partir de então é que se poderá falar em eventual omissão Estatal na prestação jurisdicional, caso não haja apreciação do assunto, lembrando que a apreciação não necessita ser realizada no que se refere a todos os artigos de lei invocados pela parte, mas sobre as questões relevantes para a solução da demanda, segundo entendimento cristalizado da jurisprudência atual.

Considerando as regras para prolação da r. sentença e v. acórdãos no novo Código de Processo Civil (de 2015), pode ser que haja alguma interpretação diversa no que se refere à forma de apreciação dos pontos discutidos na demanda. Isto poderá ensejar, eventualmente, nova perspectiva, no que se refere ao que virá a ser considerado como omissão por parte do magistrado.

Ressalte-se que o indeferimento expresso pelo magistrado, em determinada medida solicitada pela parte, não se confunde com a inércia e não enseja o dever de indenizar.

Por sua vez, impõe-se salientar que já no CPC de 1973 havia disposição (art. 29) prevendo que as despesas dos atos adiados ou que tivessem de ser repetidos, ficariam a cargo da parte, do serventuário, do órgão do Ministério Público ou do juiz que, sem justo motivo, houvesse dado causa ao adiamento ou à repetição.

O CPC/2015 repetiu tal mandamento (constante do art. 29 do CPC de 1973), em seu artigo 93, prevendo que “as despesas de atos adiados ou cuja repetição for necessária ficarão a cargo da parte, do auxiliar da justiça, do órgão do Ministério Público ou da Defensoria Pública ou do juiz que, sem justo motivo, houver dado causa ao adiamento ou à repetição”.

O CPC/2015 prevê no art. 226 que:

O juiz proferirá:

I – os despachos no prazo de 05 (cinco) dias;

II – as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias;

III – as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.

Convém lembrar que no Código de Processo Civil/2015, os prazos são contados em dias úteis (art. 219).

Por sua vez, o art. 235, do CPC/2015 dispõe que:

Qualquer parte, o Ministério Público ou a Defensoria Pública poderá representar ao corregedor do Tribunal ou ao Conselho Nacional de Justiça contra o juiz ou relator que injustificadamente exceder os prazos previstos em lei, regulamento ou regimento interno.

§ 1º. Distribuída a representação ao órgão competente e ouvido previamente o juiz, não sendo caso de arquivamento liminar, será instaurado procedimento para apuração da responsabilidade, com intimação do representado por meio eletrônico para querendo, apresentar justificativa no prazo de 15 (quinze) dias.

§ 2º. Sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis, em até 48 (quarenta e oito) horas após a apresentação ou não da justificativa de que trata o § 1º., se for o caso, o corregedor do tribunal ou o relator no Conselho Nacional de Justiça determinará a intimação do representado por meio eletrônico para que, em 10 (dez) dias, pratique o ato.

§ 3º. Mantida a inércia, os autos serão remetidos ao substituto legal do juiz ou do relator contra o qual se representou para decisão em 10 (dez) dias.

O art. 235 do CPC/2015 contém inovações em relação ao texto legal que se encontrava nos art. 198 e 199 do CPC/1973.

Por outro lado, o art. 1744, I, do Código Civil/2002 prevê que há a responsabilidade “direta e pessoal do juiz quando não tiver nomeado tutor, ou não o houver feito oportunamente” e será subsidiária, segundo o inciso I, do mesmo diploma legal, quando não tiver exigido garantia legal do tutor, nem o removido, tanto que se tornou suspeito”.

Paulo Nader, citado por Rui Stoco, ao comentar o art. 1744 do Código Civil/2002, afirma que “sobre estas disposições do Código Civil, havemos de considerar que o legislador ordinário foi além do previsto na Lei Complementar 35, razão pela qual são manifestamente irregulares e inaplicáveis” (Responsabilidade civil dos juízes, Promotores de Justiça e advogados. Revista da Escola Nacional da Magistratura, ano III, n. 5, maio/2008, p. 59).⁵⁹

Destarte, considero que há responsabilidade pessoal do magistrado apenas nos casos previstos no art. 133 do CPC/1973, do art. 143 do CPC/2015 e do art. 49 da LOMAN.

Por outro lado, também deverá ser levado em conta o que poderá ser considerado como duração razoável do processo, tendo em vista as regras do Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105, de 16.03.2015. A respeito do tema, remeto o leitor a interessante texto de Benedito Cerezzo Pereira Filho,⁶⁰ do qual apenas transcrevo o seguinte trecho: “a luta por um tempo razoável, ideal, não pode prescindir de outro tema caro para o

⁵⁹ NADER, Paulo. Responsabilidade civil dos juízes, Promotores de Justiça e advogados. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Brasília, DF, v. 2, n. 5, p. 55-57, abr. 2008 apud STOCO, 1999, p. 149-150.

⁶⁰ PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A Duração Razoável do Processo na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil - Lei 11105, de 16.03.2015. In: *O novo Código de Processo Civil, Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.

processo, qual seja: efetividade. Processo rápido, mas não efetivo, se equivale à morosidade agravada pela desilusão do ganhar, mas não levar”.

Por fim, quanto a este tópico, aponto que Yussef Said Cahali faz referência a inúmeros julgados que tratam do tema da responsabilidade do Estado nos casos previstos no art. 133 do CPC/1973 (aplicáveis, como visto, às hipóteses previstas no art. 143 do CPC/2015).⁶¹

6. Discussão sobre a responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais lícitos

Em primeiro lugar, observo que discordo da posição de alguns doutrinadores que incluem o ato judicial na responsabilidade objetiva genérica do Estado. Isto porque considero que a atividade jurisdicional, desde que **regularmente conduzida**, não gera o dever de indenizar e não se enquadra no art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Eventual indenização não decorre apenas da análise dos requisitos: conduta/nexo/dano.

A realização de atos **lícitos** por parte do Judiciário, como decretação de prisão de acusado (seja ela cautelar, preventiva ou temporária), de decretação de falência de uma empresa ou decretação de despejo, decretação da desapropriação de um bem privado, **desde que obedecidos todos os requisitos legais**, fazem parte da ínsita atividade do Estado e não geram, por si só, o dever de indenizar, pela só prolação da decisão judicial, ainda que ocasionem dissabores.

Se assim fosse, os juízes ficariam com receio de determinar medidas ínsitas do exercício do poder jurisdicional que ocasionam muitas vezes descontentamento de, pelo menos, uma das partes envolvidas no litígio.

Ora, é neste sentido que se deve compreender que a afirmação de que os atos jurisdicionais (quando lícitos) não são atingidos pelo art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Tratam-se de atos cujo conteúdo jurídico intrínseco consiste precisa e exatamente em ingressar na esfera alheia para incidir sobre o direito de alguém, conforme esclarece Celso Antonio Bandeira de Mello.⁶²

A ideia de irreparabilidade dos danos provenientes de atos lícitos do Poder Judiciário resultaria do fato de se “tratar de um Poder soberano, que goza de imunidades que não se enquadram no regime da responsabilidade por efeitos de seus atos quando no exercício de suas funções”. Na esteira do aqui indicado encontram-se os v. acórdãos publicados nas RTJ 39/190, 56/273, 59/782, 94/423, citados por Sérgio Cavalieri Filho.⁶³

Na mesma linha de raciocínio, encontra-se o posicionamento de Yussef Said CAHALI.⁶⁴

⁶¹ CAHALI, 2014, p. 534-536: STF, 1ª. Turma, 25.03.1980, RTJ 94/423; TJRJ. 4ª; Câmara, 27.08.1991, maioria, RT 689/207.

⁶² BANDEIRA DE MELLO, 1999, p. 654 et seq.

⁶³ CAVALIERI, Sérgio Filho. Op. cit., p. 359.

⁶⁴ CAHALI, 2014, p. 499-500, grifo nosso: “Vem prevalecendo na jurisprudência, mesmo com revisão criminal absolutória, o entendimento no sentido de que o juízo da ação indenizatória de responsabilidade civil não poderá deixar de considerar as condições e circunstâncias da prisão ocorrida em qualquer fase do processo crime, e os fundamentos da sentença ou decisão penal, que teriam determinado a sua libertação. Conquanto diversos fatores e circunstâncias sejam discriminados para não ser concedida indenização em tais casos, encontramos-nos aqui fundamentalmente na presença de resquícios do princípio da irresponsabilidade do Estado pelos atos judiciais, em respeito à autonomia e soberania do julgador. Assim ‘só é possível responsabilizar-se o Estado por ato jurisdicional, quando a parte provar a existência de ofensa a uma norma preexistente ou erro de conduta e a relação de causa e efeito entre o fato e o dano: não há dever do Estado de indenizar pelo ato jurisdicional atacado, **praticado dentro dos limites legais**, sem abuso ou excesso de poder’, ao decretar prisão preventiva, fundamentada nos elementos dos autos, do réu, embora ao final absolvido pelo júri.

Ademais, o fato de haver prisão cautelar temporária, em flagrante ou preventiva, ou ainda qualquer outra medida de caráter provisório não enseja reparação apenas em razão de o indiciado ou acusado ter sido absolvido. O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados, como bem pondera Stoco.⁶⁵

Também podem ser citados, a título de exemplo, sobre a matéria aqui analisada, os seguintes julgados:

Agravo Regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Prisões cautelares determinadas no curso de regular processo criminal. Posterior absolvição do réu pelo Júri popular. Dever de indenizar. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Ato judicial regular. Indenização. Descabimento. Precedentes.

1. O Tribunal de Justiça concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que não restaram demonstrados na origem, os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado, haja vista que o processo criminal e as prisões temporária e preventiva a que foi submetido o ora agravante foram regulares e se justificaram pelas circunstâncias do caso concreto, não caracterizando erro judiciário a posterior absolvição do réu pelo júri popular. Incidência da Súmula 279/STF.

2. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que, salvo nas hipóteses de erro judiciário e de prisão além do tempo fixado na sentença – previstas no art. 5º., inciso LXXV, da Constituição Federal – bem como nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, parágrafo 6º., da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais emanados de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

3. Agravo regimental não provido. (ARE 770.931-AGR, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. 19.08.2014)

No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também há inúmeros julgados negando a pretensão de indenização por danos, considerando que não houve irregularidade na atividade desempenhada pelo Judiciário, naqueles casos concretos, citando-se, a título de exemplo, os seguintes:

APELAÇÃO CÍVEL. Responsabilidade Civil do Estado. Ação de indenização por dano moral. ERRO JUDICIÁRIO. INOCORRÊNCIA. Autor preso em flagrante delito por homicídio doloso qualificado tentado, tendo como vítima a sua esposa, assim permanecendo no curso do processo, sobrevivendo, após meses, sentença de desclassificação para o crime de lesão corporal de natureza leve, ocasião em que foi

Em resumo, entende-se, nesta linha que corretamente decretada a prisão cautelar, provisória ou preventiva, fundamentada nos elementos até então constantes dos autos, a simples absolvição posterior, do acusado por insuficiência de provas, não gera por si direito a indenização, posto que aquele ato de persecução penal, legalmente previsto, repousa em juízo provisório”.

⁶⁵ STOCO, 2013, p. 819-820.

expedido o alvará de soltura. Ao final, o réu acabou sendo absolvido da acusação de lesão corporal, com base no art. 386, VI, segunda parte, do CPP. A prisão cautelar e a determinação de sua manutenção, no curso do processo crime, não geram ao Estado obrigação de indenizar o acusado absolvido. O dano indenizável deve provir de dolo, fraude ou culpa dos agentes responsáveis por sua apuração, imputação e julgamento, inocorrentes na espécie. Prisão cautelar que ocorreu dentro da mais estrita legalidade e se mostrou necessária, até um certo momento da persecução penal, não havendo falar, no caso, em prisão indevida, abusiva ou ilegítima, que justificasse a indenização pretendida. Responsabilidade civil do Estado não caracterizada. Sentença de improcedência do pedido mantida. Recurso do autor não provido. (Apelação cível n. 0041655-70.2012.8.26.0053 – São Paulo; 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Djalma Lofrano Filho, j. 27.01.2016)

Ação indenizatória. Responsabilidade civil do Estado. Ato judicial. Prisão. Absolvição. Dano moral e material. Inocorrência de dolo ou erro grosseiro. Inexistência de responsabilidade civil. Alegação de prisão ilegal. Autor processado como incurso no art. 157, caput e § 2º, inciso I e II do Código Penal, preso por três vezes no curso da ação penal. Autor reconhecido por uma das vítimas e que já possuía antecedentes criminais. Absolvição a final. Prisão que não configura erro judiciário. Incabível indenização. Sentença mantida. Recurso não provido. (0002829-09.2014.8.26.0213, 2ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Alves Braga Júnior, j. 01.12.2015)

APELAÇÃO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – (SUPOSTO ERRO JUDICIAL – DANOS MORAIS. Pretensão inicial voltada à condenação da requerida ao pagamento de indenização por danos morais suportados em decorrência de ato judicial proferido pelo Juízo Estadual da 1ª. Vara Cível de Suzano, o qual, por concluir ser absolutamente incompetente para dar continuidade ao processamento da execução, declinou da competência e remeteu os autos para a 1ª. Vara da Justiça Federal da 33ª. Subseção Judiciária – art. 37, parágrafo 6º., da CF/88 inaplicável na hipótese – Análise da responsabilidade civil que deve se dar sob o enfoque subjetivo, tendo em vista que, em se tratando de atos legislativos e judiciais, a Fazenda Pública só responde mediante a comprovação de dolo, fraude, omissão ou retardamento injustificado de providências de ofício do magistrado, consoante posição da doutrina e do STF – Acervo fático-probatório coligido aos autos demonstra o estrito cumprimento da legalidade por parte do Poder Público, não havendo indícios de excesso nem arbitrariedade na decisão judicial do magistrado da 1ª. Vara Cível de Suzano, proferida de acordo com seu livre convencimento motivado, em total respeito às leis processuais. Inexistência de situação tenha implicado abalo moral para a autora. Sentença de improcedência mantida. Recurso da autora não provido. (AP. 1051755-96.2014.8.26.0053, Comarca de São Paulo, 4ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Paulo Barcellos Gatti, j. 22.10.2015)

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – RESPONSABILIDADE DO ESTADO – ATO ILÍCITO – PRISÃO PREVENTIVA – ABSOLVIÇÃO POSTERIOR. IMPOSSIBILIDADE.

1. A Constituição Federal de 1988, somente autoriza eventual indenização por erro judiciário, ou por excesso de prazo na permanência do réu condenado, além do prazo fixado em sentença penal condenatória (art. 5º. Inciso LXXV).

2. Tal preceito constitucional não faz alusão à prisão cautelar, referindo-se apenas e tão somente, à segregação oriunda de provimento jurisdicional definitivo.

3. Não prevalece a teoria da irresponsabilidade absoluta da autoridade judiciária, sendo que a obrigação de indenizar poderá ser eventual determinada, quando o órgão jurisdicional por ocasião da decretação ou da manutenção da custódia cautelar, age com abuso de poder ou ilegalidade.

1. Os elementos de convicção produzidos nos autos indicam que a prisão processual da parte apelante foi devidamente fundamentada pelo D. Juízo criminal, em prova de materialidade e indícios de autoria, com o escopo de garantir a ordem e a segurança pública

2. Situação fática revestida de legalidade, não ensejando qualquer reparação.

3. Precedentes da jurisprudência desta Corte de Justiça.

4. Ação de indenização por danos morais e materiais julgada improcedente.

5. Sentença mantida.

6. Recurso de apelação apresentado pela parte autora, desprovido” (Apelação Cível n. 0008201-36.2011.8.26.0053, 5ª. Câmara de Direito Público do TJSP, 5ª. Câmara de Direito Público, j. 30.09.2015).

Responsabilidade Civil do Estado – Ato judiciário – Determinação judicial para conversão de cautelar em ação ordinária. Posterior reforma da decisão em sede de julgamento de agravo de instrumento. Não é suficiente, para a configuração de ato ilícito capaz de ensejar a responsabilidade civil do Estado, desvio interpretativo em decisão judicial que venha a ser posteriormente reformada – Impossibilidade de se conceituar como erro judiciário a divergência na interpretação dos fatos e provas – A atividade jurisdicional se apoia na interpretação da lei e na valoração probatória, de modo que um mesmo texto ou fato possa ter compreensão polissêmica, quando focada por mais de um operador ou visualizada em período temporal distinto – sem ato ilícito, requisito essencial à responsabilidade civil do Estado, dado pelo descumprimento fático e concreto de dever legal e agir, inexistente nexos de imputação à ré pelos danos alegados pelo autor – Ausência de nexos de causalidade entre o suposto dano moral e o ato judicial – aborrecimento por decisão desfavorável é ínsito à advocacia profissional, não sendo causa idônea à produção de dano – Não configuração de dano moral indenizável, pois ausente lesão grave e desproporcional a direito geral de personalidade, a ser socialmente dispersa pelo instituto da responsabilidade civil do Estado – Recurso desprovido. (Ap. 3001464-33.2013.8.26.0590, Comarca de São Vicente, 2ª. Câmara de Direito Público do TJSP – Rel. Des. Luciana Almeida Prado Brescianj, j. 15.09.2015)

Responsabilidade civil. Danos morais. Responsabilidade civil do Estado. Prisão em flagrante delito do autor por se encontrar próximo a veículo produto de roubo. Prisão cautelar. Inocorrência de erro judiciário. Presença dos requisitos legais para a decretação e manutenção da prisão. Legalidade da apuração do fato e de sua autoria. Precedentes. Sentença mantida nos termos do art. 252 do Regimento Interno deste E. Tribunal de Justiça. Recurso improvido” (Apelação Cível n. 0027150-66.2004.8.26.0114, 2ª. Câmara de Direito Público do TJSP – Rel. Des. Cláudio Augusto Pedrassi, j. 28.07.2015). Indenização – Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais – art. 37, parágrafo 6º. Da constituição Federal – Não aplicável – erro judiciário não configurado. Ação improcedente. Sentença confirmada. [...]

No que pertine à responsabilidade do Estado por atos judiciais, o art. 37, parágrafo 6º., da Constituição Federal não incide, ante a existência de previsão expressa diversa da regra geral, ou seja, o art. 5º., inciso LXXV, de acordo com o qual somente o condenado por erro judiciário e o que ficar preso além do tempo fixado na sentença poderão exigir indenização.

E sem dúvida nenhuma a situação de quem condenado em primeira instância por falsidade ideológica tem a punibilidade julgada extinta pelo Tribunal em virtude da ocorrência de prescrição da pretensão punitiva não equivale às hipóteses do mencionado art. 5º., inciso LXXV (Apelação 0056075-04.2006.8.26.0114, Campinas, 4ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Ricardo Feitosa, j. 27.07.2015)

Responsabilidade civil do Estado – Pleito de indenização por dano moral. Processo Criminal para apuração de prática de denúncia caluniosa – absolvição criminal. Inexistência de ilegalidade ou abusos praticados pelos agentes públicos e pelo corréu na espécie – Alegação de dano moral não comprovado nos autos e que não pode ser presumido. Sentença mantida. Apelação desprovida” (Apelação n. 0000283-44.2012.8.26.0053 – São Paulo, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Flora Maria Nesi Tossi Silva, j. 13.05.2015). Responsabilidade civil. Cerceamento de Defesa. Inocorrência. Julgamento antecipado da causa bem realizado. Ação de reparação de danos morais e materiais. Autor preso pela prática de tentativa de homicídio e roubo qualificado. Revisão criminal que entendeu por bem desclassificar sua conduta para resistência à prisão, nos termos do art. 329 do CP. Inexistência de erro judiciário ensejador de indenização. Não comprovação de má-fé, dolo ou fraude na condução do processo criminal que levou à condenação. Decisão judicial fundamentada nas provas produzidas nos autos, obedecido o regular procedimento legal. Impossibilidade de se conceituar como erro judiciário a divergência na interpretação de fatos e provas. Acórdão proferido em sede da revisão criminal que não concluiu pela inocência do réu e, portanto, por sua indevida prisão, mas, antes, pela desclassificação da conduta para crime de menor potencial. Recurso desprovido. (Apelação Cível, n. 0012014-37.2012.8.26.0053, 2ª. Câmara de Direito Público TJSP, Rel. Des. Luis Geraldo Lanfredi, j. 25.11.2014)

Responsabilidade civil do Estado por ato judicial, com das empresas denunciantes – indenização por danos materiais e morais – iniciada investigação policial por crime de apropriação indébita de motorista que não logrou entregar a mercadoria do destino, com apontamento em perícia do instituto de criminalística de que o carimbo constante do canhoto de entrega era falso – indícios suficientes a ensejar a propositura de ação penal, ainda que posteriormente absolvido – erro judiciário não identificado – inoportunidade de responsabilidade civil do Estado, nem mesmo das empresas denunciantes – sentença de improcedência mantida. Recurso do autor não provido. (Apelação n. 0028504-04.2008.8.26.0562, 9ª. Câmara de Direito Público TJSP, Rel. Rebouças de Carvalho, j. 01.10.2014)

Responsabilidade do Estado. Prisão em flagrante. Custódia durante a marcha processual. Absolvição. Insuficiência de prova quanto ao fato criminoso.

Erro Judiciário. Controvérsia doutrinária e jurisprudencial. A regra geral anuncia a irresponsabilidade do Estado por atos de jurisdição, mas esta irresponsabilidade não se aplica aos casos de repercussão moralmente danosa ao jurisdicionado que decorrem de erro judiciário, sem que seja necessário investigar subjetivamente a conduta do magistrado.

Dever de indenizar. Não configurado. Prisão em flagrante. Imputação do crime de roubo mediante emprego de arma de fogo e em concurso de pessoas. Não houve o relaxamento do flagrante e o apelante foi mantido preso durante toda a ação penal. Não há notícias de que qualquer medida contra a prisão tenha sido manejada. Prisão em flagrante e pena privativa de liberdade não possuem igual natureza e fundamento. A manutenção do flagrante não se funda no mesmo juízo feito a respeito da pena a ser aplicada. Regularidade e licitude do ato judicial que determinou a privação da liberdade durante a marcha processual. Erro não configurado. A jurisprudência é firme quanto à inoportunidade do erro judiciário mesmo nos casos em que, após a prisão, sobrevém até mesmo a absolvição do acusado. A prisão cautelar é albergada pelo processo penal como instrumento relevante para viabilizar a persecução penal. A manutenção da prisão durante a marcha processual por período superior ao da pena aplicada pela sentença condenatória não expressa, por si só, a hipótese de erro judiciário. Reconhecer a responsabilidade do Estado significa aniquilar todo arcabouço jurídico que o sistema apresenta para assegurar a promessa constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional voltado à manutenção da ordem jurídica na esfera do direito penal. Recurso não provido. (AP. 0032268-65.2011.8.26.0053, 9ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. José Maria Câmara Júnior, j. 10.09.2014)

Danos materiais e morais. Prisão em flagrante. Denúncia e processo regular. Concessão da liberdade provisória ao autor. Absolvição fundada no art. 386, VII, do Código de Processo Penal, à falta de prova suficiente para a condenação. Atos lícitos do Estado que não geram indenização Resultado do processo penal. Indiferença. Sentença mantida. Nega-se provimento ao recurso interposto. (Ap. 0021229-08.2010.8.26.0053 – Comarca: São Paulo, 13ª. Câmara de

Direito Público, Rel. Des. Ricardo Anafe, j. 17.04.2013, registrado em 24.04.2013)

Apelação Cível. Responsabilidade Civil do Estado. Autor preso em flagrante, processado por roubo e absolvido em grau de recurso por insuficiência de provas. Pretensão de obter indenização por dano moral pelo só fato da absolvição. Ação julgada improcedente. Recurso não provido.

A responsabilidade do Estado por ato de seus juizes só nasce quando ocorra erro judiciário ou as demais hipóteses previstas na Carta Magna, tais como a prisão indevida e a prisão além do tempo fixado na sentença. O erro judicial “in genere” só assume relevância quando decorra de dolo ou fraude. Resulta dessas proposições que nem o Estado, nem o magistrado respondem por “error in judicando”, ou seja, em razão do julgamento injurídico ou equivocado ou que venha a ser modificado pela instância superior. A divergência de entendimento no campo jurídico é da essência do Direito e o alimento que satisfaz e o torna apto a acompanhar a evolução social. A atividade jurisdicional se apoia e busca fundamento e supedâneo na interpretação da lei, de modo que um mesmo texto possa ter leitura e compreensão multifária e diversa e, enfim, polissêmica, quando focada por mais de um operador ou visualidade em período temporal distinto. (Ap. Cível n. 0038589-53.2010, Rel. Des. Rui Stoco, 4º. Câmara de Direito Público, j. 10.09.2012)

Responsabilidade civil – dano moral absolvição criminal. Crime de falso testemunho – ausência de comprovação de dolo, fraude, má-fé, ilegalidade ou arbitrariedade quando do oferecimento da denúncia e seu recebimento, pelo poder judiciário – prestígio aos princípios do livre convencimento judicial e da segurança para avaliar e valorar as provas produzidas – ação improcedente. Sentença mantida – recurso desprovido”. (Apelação n. 0003415-63.2010.8.26.0091 – Rel. Des. Ferraz de Arruda: Comarca: Mogi das Cruzes, 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, j 27.06.2012)

Responsabilidade civil – indenização – danos materiais e morais – erro judiciário – inoportunidade – julgamento de improcedência – sentença mantida. Recurso improvido. O Estado só responde por erro judiciário na hipótese em que configurada a má-fé, o dolo ou a fraude do juiz, o que não se verifica no caso, uma vez que simples falha de apreciação ou interpretação não configura o erro capaz de ensejar indenização. (Apelação Cível n. 0158675-23.2007.8.26.0000, Rel. Des. Thales do Amaral, 4ª. Câmara de Direito Público, j. 09.04.2012)

Recurso de apelação. Ação de indenização por danos morais. Alegação de erro jurisdicional. Hipóteses do art. 133 do CPC não verificadas. Inexistência de responsabilidade civil do estado. 1. Não há dano indenizável quando o ato ilícito imputado pela parte decorre do exercício regular da função jurisdicional. 2. O Estado somente responde pelos danos causados pelo magistrado quando este, no exercício de suas funções, procede de acordo com as disposições do art. 133, do CPC. 3. Improcedência da ação. 4. Sentença mantida. 5. Recurso

Desprovido. (Apelação Cível n. 0155254-88.2008.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Bianco, 5ª. Câmara de Direito Público, j. 05.12.2011)

Constitucional/Civil – Responsabilidade civil do Estado – Indenização por prisão indevida – Impossibilidade. Elementos que justificavam a prisão em flagrante e mesmo a persecução penal. Homicídio qualificado – Laudos de criminalística e versão do réu conflitantes entre si. Testemunhos a indicarem comportamento estranho e agressivo do autor em situações pregressas, ademais. Irrelevância da absolvição. Precedentes superiores e desta Corte – Improcedência que se sustenta. Recurso desprovido. (Apelação n. 0001929-73.2010.8.26.0081, Comarca: Adamantina, 13ª. Câmara de Direito Público, Rel. Des. Ivan Sartori, j. 18.05.2011)

Indenização. Responsabilidade civil do Estado – Absolvição em processo criminal – insuficiência de provas – prisão temporária, preventiva e instauração de inquérito policial. Danos morais. Sentença de improcedência. A absolvição não torna a prisão anterior e a instauração do inquérito policial, realizado com as formalidades legais, fruto de excesso ou de erro judiciário, circunstâncias a serem aferidas, segundo os elementos de fato e de direito existentes no momento da prática do ato judicial, ou do ato policial mantido pelo juiz – não configuradas as hipóteses do art. 5º., inciso LXXV, da Constituição Federal – Negado Provimento ao recurso. (Apelação cível n. 424.011-5/0, Rel. Celso Bonilha, 8ª. Câmara de Direito Público TJSP, j. 28.09.2005)

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ATO JUDICIAL. PRISÃO CIVIL decretada em ação de alimentos – Não logrou o autor provar o fato constitutivo de seu direito, qual seja, a existência dos requisitos configuradores da responsabilidade civil – dano moral indevido – sentença mantida. Recurso não provido. (622.109-5/1-00), 13ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Peiretti de Godoy, J. 11.09.2009)

No mesmo sentido, ainda podem ser indicados, a título de exemplo, os seguintes julgados deste E. Tribunal de Justiça: Recurso especial em art. 543-C parágrafo 7º. do CPC n. 0018790-19.2013.8.26.0053/50000, Comarca: São Paulo, 5ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Francisco Bianco, j. 31.08.2015; Apelação n. 9163383-26.2008.8.26.0000, 8ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Rubens Rihil, j. 10.08.2011; Apelação n. 0004814-17.2011.8.26.0472, Comarca: Porto Ferreira, 8ª. Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Des. Cristina Cotrofe, j. 05.12.2012; Apelação n. 0004018-96.2008.8.26.0224, Comarca: Guarulhos, 13ª. Câmara de Direito Público, Rel. Ivan Sartori, j. 30.03.2011; Apelação n. 994.06.167664-6, Comarca: São Vicente, 8ª. Câmara de Direito Público, Rel. Des. Cristina Cotrofe, j. 26.05.2010; Apelação n. 715.826-5/6-00, Comarca: São Paulo, 9ª. Câmara de Direito Público, Rel. Des. Sérgio Gomes, j. 02.09.2009.

7. Conclusões

1. O Estado responde por atos judiciais que ocasionem danos, em virtude de atos dolosos e culposos, seja do magistrado, ou dos serventuários ou auxiliares da justiça.

2. Responde civilmente o Estado por danos causados em virtude de erro judiciário na esfera cível ou criminal. Quando se tratar de sentença criminal ou cível, há necessidade de revisão criminal ou ação rescisória para reconhecimento de falta do serviço, decorrente de sentença.

3. Há situações sem necessidade de revisão criminal prévia para embasar a ação de indenização por erro judiciário, como ocorre, por exemplo, em caso de excesso de prazo, prisão de pessoa errada por homonímia, prisão de pessoa que somente após se descobre ter sido erroneamente qualificada, atos praticados com abuso de autoridade, prisão sem formalidades legais.

4. Quando se trata de decisão proferida na esfera cível, somente é dispensado o ajuizamento de ação rescisória se se tratar de alguma decisão interlocutória que tenha inequivocamente ocasionado dano, como ocorre, por exemplo, na expedição de mandado de busca e apreensão para endereço de pessoa que não era parte da demanda.

5. O Estado responde por danos causados em virtude da demora excessiva do processo, mas devem ser levados em conta inúmeros elementos para aferir se houve ou não a razoável duração do processo e quais as causas que ensejaram esta demora.

6. O Juiz somente responde **pessoalmente** pelos atos judiciais se tiver agido com dolo ou fraude ou se omitir de apreciar determinada matéria, mesmo após ter sido solicitada a apreciação (art. 143 do CPC/1973 e 133 do CPC/2015). De qualquer forma, a responsabilidade pessoal do juiz somente pode ser efetivada através de demanda regressiva, a ser ajuizada pelo Estado.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A responsabilidade civil do Estado pelo exercício da função jurisdicional no Brasil. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 44, p. 67-99, jul. 2007.
- ALMEIDA, Vitor Luís. A Responsabilidade Civil do Estado por Erro Judiciário. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 18, n. 38, p. 579-669, jul.-dez., 2013.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade Civil do Estado por atos dos Agentes dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*. Campinas: Bookseller, 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BEDENDI, Luiz Felipe Ferrari. Responsabilidade Civil do Estado. In: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello; BENACCHIO, Marcelo (Coords.). *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2015.
- BORGES, Alice Gonzalez. Duração razoável do processo administrativo e responsabilidade do Estado. *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, p. 23-36, jan.-jun. 2011.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Novo Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- CAVALIERI, Sérgio Filho. *Programa de Responsabilidade Civil*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Responsabilidade Civil do Estado. In: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gadston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea*. São Paulo: Atlas, 2011.
- DIAS, Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- DONIZETTI, Elpidio. *Novo CPC comparado*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Coord.). *Novo CPC Anotado e Comparado para concursos*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- GUIMARÃES, Mário. *O Juiz e a função jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- HACHEM, Daniel Wunder. Responsabilidade civil do Estado por omissão: uma proposta de releitura da teoria da ‘faute du service’. In: MARQUES NETO et al. (Orgs.). *Direito e administração pública*. São Paulo: Altas, 2013.
- HENTZ, Luiz Antonio Soares. *Indenização do Erro Judiciário*. São Paulo: Leud, 1995.
- IMHOF, Cristiano; REZENDE, Berta Steckert. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- JUCOVSKY, Vera Lúcia Rocha Souza. *Responsabilidade Civil do Estado pela demora na prestação jurisdicional: Brasil-Portugal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Rio de Janeiro; São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira Lopes; SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva Sampaio. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais. *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, Brasília, DF, n. 64, p. 50-70, set.-dez. 2000.
- MACERA, Paulo Henrique. *Responsabilidade do Estado por omissão judicial*. 2015. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- _____. *Direito administrativo brasileiro*. Atualização de Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MELLO, José Arteiro Vieira de. A responsabilidade do Estado pela morosidade na atividade jurisdicional. *Revista da ESMape*, Recife, v. 7, n. 15, jan./jun. 2002.
- NADER, Paulo. Responsabilidade civil dos juizes, Promotores de Justiça e advogados. *Revista da Escola Nacional de Magistratura*, Brasília, DF, v. 2, n. 5, p. 55-57, abr. 2008 apud STOCO, 1999, p. 149-150.
- PEREIRA FILHO, Benedito Cerezzo. A Duração Razoável do Processo na Perspectiva do Novo Código de Processo Civil – Lei 11105, de 16.03.2015. In: *O novo Código de Processo Civil, Questões Controvertidas*. São Paulo: Atlas, 2015.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para Duração dos processos e Responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In:

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Reforma do Judiciário, Primeiros Ensaios Críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do Estado por atos judiciários e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder público*. São Paulo: Saraiva, 1985.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil, Doutrina e Jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, atualizado de acordo com o novo CPC*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coords.). *Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Interesse público

*José Roberto Leme Alves de Oliveira*¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

1. Introdução

A vigência ou não do chamado princípio da supremacia do interesse público sobre o particular constitui tema que divide atualmente os estudiosos do Direito Administrativo.

Este trabalho visa a precisar o papel que tal princípio desempenha na compreensão de diversos institutos jurídicos e a expor algumas das posições de administrativistas brasileiros nesse debate.

2. O interesse público

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público, categoria habitualmente contraposta à de interesse privado, individual, é o “interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social”, que não se confunde com a soma dos interesses individuais. Porém, esclarece Bandeira de Mello que, se esse conceito não for aprofundado, corre-se o risco de se acentuar

Um falso antagonismo entre o interesse da parte e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse a se stante, autônomo, desvinculado dos interesses de cada uma das partes que compõem o todo.²

Prossegue o renomado administrativista argumentando que o interesse público não é senão “a dimensão pública dos interesses individuais”. E exemplifica: muito embora um determinado indivíduo possa ter interesse em não ser desapropriado, ele não tem, individualmente, interesse em que não exista o instituto da desapropriação, ainda que esse instituto venha a ser usado em seu desfavor; cada indivíduo tem interesse pessoal na existência desse instituto, pois, enquanto membro do corpo social, tem necessidade da desapropriação de áreas para as diversas necessidades da coletividade, e essas áreas não poderiam ficar condicionadas à vontade de seus proprietários em comercializá-las.

O referido autor inclui no corpo social não só aqueles indivíduos que o integram no presente como aqueles que o integrarão no futuro. Ressalta, ainda, que nem todo interesse do Estado e das demais pessoas de Direito Público interno se confunde com o interesse público. Surge daí a distinção do jurista italiano Renato Alessi, a partir das lições de Carnelutti e Picardi, entre interesses primários e secundários do Estado. Assim, os interesses do Estado que coincidem com o interesse público – tal qual este deflui da Constituição, das leis e dos atos discricionários da Administração – são os interesses

¹ Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

² BANDEIRA DE MELLO. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 59.

primários; já aqueles interesses particulares, individuais, que o Estado possui enquanto qualquer pessoa jurídica, são interesses secundários. Exemplos de interesses secundários do Estado são o seu enriquecimento e o resguardo de seu patrimônio por meio do aumento desmesurado de tributos, do pagamento de vencimentos ínfimos aos servidores públicos, do pagamento de indenização ínfima nas desapropriações, da recusa de ressarcimento a terceiros por danos que lhes houver causado etc.

3. Posição do princípio da supremacia do interesse público na obra de consagrados administrativistas brasileiros

Diversos doutrinadores brasileiros sustentam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular no nosso Direito Administrativo, cada qual lhe atribuindo maior ou menor importância.

Para Bandeira de Mello, a supremacia do interesse público sobre o privado é “verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público”, “pressuposto de uma ordem social estável, em que todos possam sentir-se garantidos e resguardados”.³ Por conseguinte, dos quatorze princípios constitucionais expressos ou implícitos do direito administrativo brasileiro que enumera, Bandeira de Mello coloca o da supremacia do interesse público sobre o privado em primeiro lugar. Ele afirma:

*O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele.*⁴

Os atualizadores de Hely Lopes Meirelles, que enumeraram dez princípios básicos da administração, colocaram em último lugar o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ressaltando a estreita relação desse princípio com o da finalidade e afirmando que dele decorre o princípio da indisponibilidade do interesse público. Eles observam, ainda, que tal princípio foi colocado pela Lei nº 9.784/1999 como de observância obrigatória pela Administração Pública.⁵

Edmir Netto de Araújo, seguindo as lições de José Cretella Júnior, estabelece uma hierarquia entre os princípios. No ápice, estão os princípios monovalentes ou informativos, que condicionam e legitimam os princípios setoriais, os quais podem ser gerais ou específicos. Pois bem, para Araújo:

dois são os princípios mais importantes, informativos da atividade administrativa, um deles especialmente mencionado na Constituição

³ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 69.

⁴ BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 96.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 110. Convém observar que os atualizadores mencionam, sob o título de “princípios básicos”, ao todo, 12 regras; mas, ao expô-las, agrupam em um subtítulo a ampla defesa e o contraditório, e em outro, a razoabilidade e a proporcionalidade. Daí a referência a dez princípios feita no corpo do texto.

(art. 5º, II), que é o da legalidade; o outro, tão ou mais importante, é o da supremacia do interesse público.⁶

Maria Sylvania Zanella Di Pietro, também fiel à classificação dos princípios ensinada por José Cretella Júnior, afirma:

Os dois princípios fundamentais, e que decorrem da assinalada bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular, que não são específicos do Direito Administrativo porque informam todos os ramos do Direito Público; no entanto, são essenciais, porque, a partir deles, constroem-se todos os demais.⁷

4. Autores brasileiros que negam a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular

No entanto, mais recentemente, diversos autores vêm questionando a existência do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular.

Em 2001, Humberto Ávila publicou na revista *Diálogo Jurídico* o artigo “Repensando o ‘princípio da supremacia do interesse público sobre o particular’”. Segundo Ávila, o problema do princípio da supremacia do interesse público é que este não se identifica com o bem comum, definido como “a própria composição harmônica do bem de cada um com o de todos”, mas, antes, estabelece uma regra de preferência.⁸

Em 2005, Daniel Sarmento, Alexandre Santos de Aragão, Gustavo Binenbojn, Humberto Ávila e Paulo Ricardo Schier publicaram *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*, com prefácio de Luís Roberto Barroso.⁹

Em 2008, por sua vez, sob a coordenação de Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto, foi publicado *Direito administrativo e seus novos paradigmas*, livro em que diversos doutrinadores, entre eles Marçal Justen Filho, sustentaram que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não tem mais lugar no Direito Administrativo contemporâneo.

No reduzido espaço deste trabalho seria impossível expor as posições de todos esses autores, razão pela qual nos limitaremos às de Humberto Ávila, Luís Roberto Barroso, Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmento e Marçal Justen Filho.

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 70-71.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015. p. 97.

⁸ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, p. 3, out. 2011.

⁹ SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

4.1. A tese de Humberto Ávila

De acordo com Humberto Ávila, o termo “princípio” vem sendo utilizado indistintamente na ciência do direito nas acepções de axioma, de postulado e de norma. Axioma é “uma proposição cuja veracidade é aceita por todos, dado que não é nem possível nem necessário prová-la”; é, na literatura jurídica, o raciocínio não sujeito a debate, porque autoevidente. Postulado, por sua vez, é uma condição “de possibilidade do conhecimento do fenômeno jurídico”; é o que explica como pode ser obtido o conhecimento do Direito. E norma “é o conteúdo de sentido de determinada prescrição normativa, em função do qual é delimitado o que um dado ordenamento jurídico determina, proíbe ou permite”.¹⁰

A partir dessas distinções, Ávila argumenta que a supremacia do interesse público não pode ser considerada uma norma-princípio, na medida em que:

Sua descrição abstrata não permite uma concretização em princípio gradual, pois a prevalência é a única possibilidade (ou grau) normal de sua aplicação, e todas as outras possibilidades de concretização somente consistiriam em exceções e, não, graus.

A “prevalência”, estabelecida *a priori* e não *ex post* em favor do interesse público, e dissociada das possibilidades fáticas e normativas, ao atribuir maior peso a ele que aos interesses privados, exclui a necessidade de ponderação entre as diferentes opções de solução do conflito de interesses.¹¹

Além disso, acrescenta Ávila, não há fundamentos jurídico-positivos de validade para que a supremacia do interesse público seja considerada uma norma-princípio, na medida em que, de uma análise sistemática da Constituição, depreende-se que ela instituiu normas-princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17º) e normas-princípios gerais (arts. 145, 150 e 170, *v. g.*) a partir da dignidade da pessoa humana. Dada a insistência com que a Lei Maior protege a esfera individual, se houvesse uma norma abstrata de prevalência – que não há –, essa seria em favor dos interesses privados. Ademais, o interesse público não pode ser objetivamente descrito nem completamente dissociado do interesse privado.¹²

Por outro lado, Ávila observa que uma norma-princípio de supremacia do interesse público não poderia coexistir com os postulados normativos da proporcionalidade e da concordância prática. A proporcionalidade – exigência de que o meio e o fim estejam em uma relação de proporção – “consubstancia uma condição mesma da realização do Direito”. E a concordância prática, ao direcionar a ponderação para a “máxima realização dos direitos envolvidos”, exclui qualquer solução pré-concebida.¹³

A posição privilegiada de que os órgãos públicos, algumas vezes, gozam em relação aos particulares, como, por exemplo, nos casos de prazos processuais maiores em juízo ou de certas características do ato administrativo, de acordo com Ávila, não tem qualquer relação com a existência de uma norma-princípio de supremacia, mas decorre

¹⁰ ÁVILA, 2011, p. 4-6.

¹¹ ÁVILA, 2011, p. 9-10.

¹² *Ibid.*, p. 10-14.

¹³ *Ibid.*, p. 14-16.

de regras jurídicas que estabelecem instrumentos técnicos para otimizar o exercício de função pública.¹⁴

Assim refutada a caracterização da supremacia do interesse público como norma-princípio, Ávila aduz que ela também não pode ser caracterizada como postulado-princípio, uma vez que uma regra de prevalência do interesse público sobre o privado, mesmo que apenas abstrata e relativa, não pode ser um postulado explicativo do Direito Administrativo, na medida em que, para que isso ocorresse, o interesse público deveria ser dissociável do interesse privado, ou seja, teria que ser explicável separadamente e determinável, objetiva e normativamente, em relação a este.¹⁵

Ávila conclui sua exposição esclarecendo que seu objetivo não é negar a importância jurídica do interesse público, mas sim pôr em evidência que, “mesmo nos casos em que ele legitima uma atuação estatal restritiva específica, deve haver uma ponderação relativamente aos interesses privados e à medida de sua restrição”.¹⁶

4.2. A tese de Luís Roberto Barroso

Luís Roberto Barroso, atualmente Ministro do Supremo Tribunal Federal, situando-se entre o que chama de geração clássica e geração contestadora, busca uma síntese entre a tradição e a modernidade, ou seja, entre os que afirmam e o os que negam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, convicto de que “melhor que vencer é unir, conquistando aliados para a causa” (*sic*).¹⁷

Para Barroso, o Estado brasileiro, no início do século XX, era *liberal*, isto é, com funções mínimas, era o momento histórico da afirmação dos direitos políticos e individuais. Após o primeiro quarto desse século, esse Estado tornou-se *social*, ou seja, assumiu o encargo de superar desigualdades e promover direitos sociais. E, ao final desse século, tornou-se *neoliberal*, quer dizer, concentrou-se na atividade de regulação, abdicou da intervenção direta na economia e desjuridicizou determinadas conquistas sociais.¹⁸

Quanto ao plano doutrinário, segundo Barroso, vivemos o período do *pós-positivismo* ou *principlismo*, conjunto de ideias que se caracteriza por uma rejeição tanto ao legalismo estrito do positivismo normativista quanto às categorias metafísicas do jusnaturalismo.¹⁹

Barroso reconhece como marco inicial do pós-positivismo no Brasil a promulgação da Constituição da República, de 1988, asseverando que a normatividade conferida aos princípios nela expressos ou implícitos propiciou uma valoração material e axiológica à supremacia apenas formal que a ela até então se atribuía. Trata-se de importação de ensinamento do Tribunal Constitucional Federal Alemão que, no julgamento do caso Lüth, enunciou a “ideia da Constituição como ordem objetiva de valores, que condiciona a leitura e interpretação de todos os ramos do direito”, isto é, “a Constituição transforma-se no

¹⁴ ÁVILA, 2011, p. 19-20.

¹⁵ *Ibid.*, p. 22-24.

¹⁶ *Ibid.*, p. 29.

¹⁷ BARROSO, Luís 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 da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. ix.

¹⁸ BARROSO, 2007, p. ix.

¹⁹ *Ibid.*, p. x.

filtro através do qual deve ser lido todo o direito infraconstitucional”; todos os institutos de todos os ramos do direito devem ser reinterpretados, de modo que toda e qualquer norma só será aplicável se for compatível com os princípios e regras constitucionais e, na aplicação de toda e qualquer norma, seu sentido e alcance serão orientados à realização dos fins constitucionais.²⁰

Partindo da distinção de Renato Alessi, divulgada no Brasil por Celso Antonio Bandeira de Mello, como acima registramos, entre interesses públicos primários e secundários, Barroso propõe que o interesse público secundário jamais deverá desfrutar de supremacia perante o interesse de um particular; porém, o interesse público primário deve, sim, ter supremacia, porque “consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover”. E, no “confronto entre o interesse público primário consubstanciado em uma meta coletiva e o interesse público primário que se realiza mediante a garantia de um direito fundamental”, serão utilizados dois parâmetros: a dignidade humana e a razão pública. Dignidade humana segundo a concepção kantiana de que “cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo”, não se admitindo que um “ser humano seja reduzido à condição de meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais”. E razão pública enquanto utilização “de argumentos que sejam reconhecidos como legítimos por todos os grupos sociais dispostos a um debate franco, ainda que não concordem quanto ao resultado obtido em concreto”, o que pressupõe afastamento em relação a todo e qualquer dogma religioso ou ideológico, ainda que de grupos ao momento hegemônicos.²¹

4.3. A tese de Alexandre Santos de Aragão

Para Alexandre Santos de Aragão, a invocação de uma supremacia do interesse público “remete a paradigmas oitocentistas já felizmente superados”. Segundo ele, sob a égide de uma Constituição pluralista, o Direito Público não pode ser garantidor do interesse público titularizado pelo Estado, mas sim “instrumento da garantia, pelo Estado, dos direitos fundamentais positivos ou negativos”.

Sustenta Aragão que, enquanto na Europa continental o interesse público era considerado superior e mais perene que a simples somatória dos interesses individuais, a concepção anglo-saxônica sempre tendeu a igualar a satisfação dos indivíduos à satisfação do interesse público. Porém, atualmente, a evolução liberalizante, aliada à noção de que o Estado é garantidor e não limitador de direitos fundamentais, vem fazendo com que a concepção predominante no Reino Unido e nos Estados Unidos da América prevaleça cada vez mais também nos países de tradição romano-germânica. Assim, trilhando os ensinamentos do jurista francês Jacques Amar, Aragão conclui que interesses outrora vistos como antagônicos hoje “passam a ser vistos como reciprocamente identificáveis”.²²

²⁰ Ibid., p. x-xiii.

²¹ BARROSO, 2007, p. xiii-xvii.

²² ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 1-4.

Para Aragão, é inaceitável que o interesse público, nele compreendidas suas subespécies, ou seja, a ordem pública, a moral pública, a saúde pública, o bem-estar da coletividade etc., seja invocado enquanto princípio para solucionar conflitos para os quais existem normas legais, nas quais o legislador já realizou uma pré-ponderação à luz dos valores constitucionais. E, caso o intérprete se depare com situações para as quais não existe norma abstrata que tenha pré-ponderado os interesses em conflito, não há razão para se pressupor uma necessária supremacia do interesse público, devendo a solução ser buscada nos valores constitucionais envolvidos, que tanto podem pender para os interesses públicos como para os interesses privados. Assim, não se propõe que o Poder Judiciário ou a Administração desconsiderem o interesse público; ele deve ser considerado para efeito de ponderação, mas sem que haja a pressuposição de que deva prevalecer em um conflito com interesses privados quando não houver regra constitucional assim determinando.²³

4.4. A tese de Daniel Sarmento

Sustenta Daniel Sarmento que “a cosmovisão subjacente ao princípio” da supremacia do interesse público “apresenta indisfarçáveis traços autoritários, que não encontram respaldo numa ordem constitucional como a brasileira, em cujo epicentro axiológico figura o princípio da dignidade da pessoa humana”.²⁴

Para Sarmento, em uma sociedade como a contemporânea, fragmentária e pluralista, é impossível extrair uma noção homogênea de bem comum ou de vontade geral, o que torna o conceito de interesse público absolutamente indeterminado, permitindo às autoridades que o manipulem para “as mais perigosas malversações”, erigindo razões de Estado como obstáculos intransponíveis ao exercício de direitos fundamentais.²⁵

A Constituição da República de 1988, segundo explica Sarmento, visa a conciliar aspectos divergentes do comunitarismo e do liberalismo, não admitindo nem o perfeccionismo em que acabam por resvalar as teorias comunitaristas, nem a “visão desenraizada de pessoa” professada pelo liberalismo. Para ele, a Lei Maior consagrou o personalismo, afirmando a primazia da pessoa humana sobre o Estado e sobre qualquer entidade intermediária e reconhecendo no indivíduo a

*capacidade moral de escolher seus projetos e planos de vida, sem, contudo, adotar uma leitura abstrata e metafísica da pessoa humana. Assim, para o personalismo, é absurdo falar em supremacia do interesse público sobre o particular, mas também não é correto atribuir-se “primazia incondicionada aos direitos individuais em detrimento dos interesses da coletividade.”*²⁶

Sarmiento anota que, em regra, não existe um real conflito entre o interesse público e o interesse privado, pois em geral eles tendem a convergir, mas uma incorreta

²³ ARAGÃO, 2007, p. 4-5.

²⁴ SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: _____. (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 27.

²⁵ *Ibid.*, p. 27.

²⁶ *Ibid.*, p. 78-79.

intelecção do que seja interesse público. E exemplifica: se um grupo que pretendesse fazer uma manifestação bloqueando o trânsito de importantes vias de uma metrópole e a Administração, com o apoio da maioria das pessoas daquela comunidade, pretendesse impedir essa manifestação, invocando a supremacia do interesse público, a leitura mais correta seria a de que o interesse público não consiste nas conveniências do trânsito de veículos, mas na relevância do exercício da liberdade de reunião para o bom funcionamento de uma sociedade democrática. Assim, na imensa maioria dos casos, a coletividade se beneficia com a efetiva proteção dos interesses dos seus membros.²⁷

Porém, excepcionalmente, há situações em que o interesse público pode se achar em conflito com direitos fundamentais, como, por exemplo, nos casos de autênticos interesses públicos cuja proteção não corresponde a nenhum direito fundamental, como a melhoria do trânsito ou do controle da dívida pública. Nessa hipótese, dissentindo das posições liberais de John Rawls e Ronald Dworkin, para os quais as liberdades básicas sempre prevalecem sobre interesses coletivos, Sarmento sustenta que em países como o Brasil, que adotaram uma Constituição social, a restrição a direitos fundamentais parece possível, o que não significa que os direitos fundamentais devam sempre ceder aos interesses da coletividade. O critério para definir qual deve prevalecer seria aquele preconizado pelo juiz Diez Picazo, da Corte Constitucional da Espanha, na sentença nº 22/1984:

Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en si mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia CE.

Evitar-se-iam, desta forma, as “valorações altamente subjetivas” feitas pelos aplicadores do direito em nome do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado.²⁸

Por fim, Sarmento esclarece:

Nem todo interesse particular pode ser qualificado como direito fundamental. Direitos fundamentais são apenas alguns interesses especialmente relevantes, relacionados à proteção e promoção da dignidade humana, que, pela sua elevada significação, foram postos pela Constituição acima das instâncias ordinárias.²⁹

4.5. A tese de Marçal Justen Filho

Marçal Justen Filho, inspirado no jurista italiano Fabio Merusi, o qual teve a influência do pensador marxista Guy Debord, sustenta que a “sociedade de espetáculo” (expressão de Debord) produziu o surgimento de um “Estado de espetáculo”, cuja finalidade não consiste em alterar a realidade propriamente dita, mas em desenvolver “atividades destinadas a gerar imagens, sonhos e manter a audiência entretida”. A Nação, nesse contexto, é transformada em plateia, com os indivíduos que a compõem reduzidos à condição formal de não-protagonistas, de observadores passivos; enquanto os governantes, valendo-se

²⁷ SARMENTO, 2007, p. 81-83.

²⁸ Ibid., p. 84-89.

²⁹ SARMENTO, 2007, p. 109-110.

intensamente dos meios de comunicação, transformam-se em artistas, cujos atos estão voltados para o entretenimento da população. As eleições são o modo pelo qual os agentes políticos, enquanto atores, são julgados por seu desempenho em “produzir a imagem de bom governante”.³⁰

A partir de tais premissas, Justen Filho desenvolve sua noção de Direito Administrativo de Espetáculo, o qual forneceria ao Estado o instrumental adequado a manter a população (plateia) ocupada em acompanhar a proliferação de notícias jurídicas, com seu senso crítico neutralizado e com a ilusão de que as decisões do governante são as mais corretas e perfeitas.³¹

Justen Filho apresenta quatro pressupostos epistemológicos desse Direito Administrativo de Espetáculo:³²

- 1) Nesse sistema, o ser humano não é protagonista da História, nem dos processos políticos, nem do Direito. Ele é qualificado como o “particular”, o “administrado” (com minúsculas), cujos interesses são sempre secundários e devem ceder passo ao Bem Comum, à Ordem Pública, ao Interesse Público, estes definidos como tais pelo Estado, pela Administração Pública (com maiúsculas). Enfim, o Direito Administrativo de Espetáculo se destina a dar “a aparência de regularidade, o que é suficiente para a legitimação dos atos do governante”.
- 2) Esse Direito Administrativo tem preferência pelos princípios em detrimento das regras, considerando a concepção pela qual os princípios “veiculam orientações axiológicas a serem adaptadas em face do caso concreto, comportando soluções variáveis” conforme as circunstâncias; e as regras, por sua vez, contêm comandos com conteúdo mais preciso e determinado.
- 3) Tais princípios, nesse Direito Administrativo, seriam destituídos de conteúdo material, permitindo ao mesmo tempo ao governante uma ampla criatividade e uma apenas aparente imagem de que sua atividade se submete ao direito e à fiscalização.
- 4) Por fim, o quarto pressuposto desse Direito Administrativo seria uma rígida organização administrativa, destinada a impedir a crítica ou a divergência interna, cabendo as decisões aos agentes de posição hierárquica mais elevada, desempenhando os outros agentes estatais funções de mera coadjuvância.

Ao rejeitar esse estado de coisas, Justen Filho preconiza a “reconstrução” do Direito Administrativo a partir das seguintes propostas:³³

- 1) Efetiva redução da concentração de poder político em mãos de seus titulares ou partidos. Para o autor, é uma ilusão “a concepção de que o problema reside na identidade da pessoa do governante ou do partido político exercente do poder”; na verdade, “o problema está na concentração de poder político”.

³⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 65-72.

³¹ *Ibid.*, p. 72-73.

³² JUSTEN FILHO, 2008, p. 73-75.

³³ *Ibid.*, p. 77-85.

- 2) Afirmção da primazia do ser humano como protagonista do Direito Administrativo, com a conseqüente eliminação de todas as formas de privilégio e imunidades. Justen Filho sustenta que tal afirmação consiste numa “inversão epistemológica essencial” (*sic*), pois nem o agente estatal é sujeito de primeira categoria, nem o ser humano é sujeito de segunda categoria, não cabendo diferenciá-los conforme estejam ou não investidos em cargos e funções públicas.
- 3) Afirmção da inexistência de interesses próprios, autnomos e isolados de titularidade do Estado. Haveria apenas interesses humanos a serem realizados e o processo de escolha dos interesses que devam prevalecer não pode conduzir a que prevaleçam os interesses dos que ocupam cargos e funções públicas.
- 4) Superação do princípio da supremacia do interesse público. A afirmação de que o conflito entre o Estado e o particular se resolve pela prevalência do interesse público é tida por “inconsistente com a ordem jurídica”. Para Justen Filho, “a supremacia do interesse público somente  contemplada em Estados totalitários, que eliminam do ser humano a condição de sujeito de direito”.
- 5) Afirmção da supremacia dos direitos fundamentais. A atual Constituição da República, que por um lado impõe limites ao poder estatal e por outro estabelece garantias em favor do particular, ao eleger como finalidade essencial do Estado a promoção dos direitos fundamentais, teria tornado superada a supremacia do interesse público e erigido, como critério para a regularidade de uma ação estatal perante a ordem jurídica, a sua conformidade com a realização dos direitos fundamentais.
- 6) Proteção das minorias e de seus interesses. Para Justen Filho, “adotar a concordância popular como o critério de validade das decisões governamentais é um passo fundamental em direção  instauração de uma ordem política fascista” (*sic*). Portanto, o critério de legitimação do ato administrativo consistiria na preservação dos direitos fundamentais, inclusive das minorias.
- 7) Eliminação de todos os instrumentos puramente retóricos ou formais, destinados a transformar a validade dos atos administrativos numa discussão sobre a aparência. O exame da validade dos atos administrativos deve ultrapassar sua dimensão externa e alcançar, em seu conteúdo, sua compatibilidade com a promoção dos direitos fundamentais.
- 8) Procedimentalizaço da atividade administrativa de modo a incluir a participação de todos os interessados, para que o ato administrativo resulte da participação conjunta de agentes estatais e sujeitos privados (exercio democrático do poder político).
- 9) A organização administrativa deve compreender órgãos integrados por indivíduos indicados por partidos políticos minoritários e entidades da sociedade civil (mecanismos de efetiva participação popular), assegurando-se o dissenso e a divergência como meio de produzir decisões mais satisfatórias.
- 10) Preservação, entretanto, da competência decisória dos exercentes da função pública, desde que tanto o processo formativo da vontade do governante quanto a adequação da decisão aos valores fundamentais sejam explicitados.
- 11) Constitucionalização do Direito Administrativo, de modo que a atividade administrativa seja impregnada dos valores constitucionais, com a rejeição de fórmulas tradicionais como “discricionariedade administrativa”, “conveniência e oportunidade” e “interesse público”, as quais não devem ser definitivamente suprimidas, mas “restringidas  dimensão constitucional e democrática” (*sic*).

5. A refutação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e outros aos autores que negam o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado

Como era de se esperar, as teses acima referidas suscitaram calorosas controvérsias. Então, em 2010, sob a coordenação de Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinicius Alves Ribeiro foi publicado o livro *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*, com a refutação às teses que propuseram desde a diminuição da importância até a supressão do princípio da supremacia do interesse público ao particular.

Di Pietro começa pela afirmação de que o direito administrativo no Brasil sempre sofreu influência do direito continental europeu, seja o italiano, alemão, português e espanhol, mas, principalmente, o francês. Porém, atualmente, tais países fazem parte da União Europeia e vêm sofrendo transformações profundas decorrentes do encontro de seus sistemas jurídicos de base romanística com o sistema da *common law*, o qual apenas muito tardiamente aceitou a existência do direito administrativo como ramo autônomo do direito. Por conseguinte, parte da doutrina brasileira, acostumada ao estudo do direito comparado, está se deixando influenciar pelas recentes lições de autores estrangeiros, sem se dar conta de que, em muitos casos, o ordenamento jurídico brasileiro não é compatível, ao menos por ora, com as mudanças que estão se verificando no direito europeu.³⁴

Para Di Pietro, combatendo-se a aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, entrariam em crise outros institutos que nele se apoiam, tais como “o serviço público, o contrato administrativo, os atributos dos atos administrativos, especialmente a autoexecutoriedade”.³⁵

Assim, a posição declarada da Corte de Justiça da União Europeia, para quem “a existência de serviços públicos exclusivos do Estado contraria a liberdade de iniciativa e prejudica a liberdade de competição”, tem encontrado eco em grande parte da doutrina que vem criticando o princípio da supremacia do interesse público, mais preocupada em defender os interesses econômicos representados pela liberdade de iniciativa, liberdade de competição e liberdade de indústria e comércio, do que em defender direitos individuais, na medida em que é olvidado o fato de que somente o Estado tem condições de prestar determinadas atividades essenciais à coletividade e garantir um mínimo de vida digna aos cidadãos.³⁶

5.1. A tese de Emerson Gabardo

Emerson Gabardo refuta a tese de Marçal Justen Filho sobre o suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo, afirmando que as especulações de Guy Debord se fundam no ultrapassado conceito de ideologia como falsa consciência. Para Gabardo, as possíveis origens autoritárias da aplicação do direito brasileiro não estão na França ou na Itália, mas na própria história do Brasil. Logo, seria falsa uma visão da história que visse na teoria do interesse público “antes uma forma de reprodução e sobrevivência das práticas do Antigo Regime”. Tal visão não passaria de

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1-2.

³⁵ *Ibid.*, p. 7.

³⁶ DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 8.

simples recusa de importância aos aspectos reais e simbólicos da legislação originada da Revolução Francesa e do pensamento liberal francês, em função de uma exagerada valorização da tradição utilitarista anglo-americana. E mais, essa visão ignora a forte influência que a Ilustração, enquanto corrente político-cultural, teve na construção do direito moderno. Por outro lado, igualar práticas autoritárias do Antigo Regime a práticas autoritárias do período pós-revolucionário é promover um anacronismo.³⁷

Assim, Gabardo reafirma que a origem do que atualmente se conhece por Direito Público se encontra no século XVIII, no contexto das revoluções que derrubaram o Estado Absolutista; na medida em que, anteriormente, seus institutos não estavam sistematizados de modo a constituir um ramo autônomo do Direito, mas se encontravam dispersos em outros campos, como o Direito Civil. Dessa origem resulta a afirmação do Estado de Direito, caracterizado pela submissão do poder estatal à ordem jurídica. A Revolução Francesa, cujo ideário político encontra-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, teve influência muito maior no mundo contemporâneo do que a Gloriosa ou a Americana; seus ideais de liberdade, que exigiam uma administração pública inovadora, “impedindo a ingerência do Estado na esfera jurídica individual dos particulares, como forma de garantir a autonomia privada e a plena liberdade econômica”. Nesse contexto, a vontade geral expressava o interesse público ao elaborar a lei; somente pelo respeito à legalidade – expressão do interesse público – garantia-se a proteção das liberdades individuais.³⁸

Porém, sustenta Gabardo, não há identidade entre as concepções oitocentista e contemporânea de interesse público. Na visão oitocentista, o interesse público se identifica com a proteção das liberdades individuais contra as arbitrariedades da Administração, com a inexistência de obstáculo postos pelo Poder Público ao exercício das liberdades, especialmente as econômicas. Assim, em um Estado Liberal, ele se restringe à defesa nacional, às relações internacionais, à manutenção da ordem, à Justiça, à criação e manutenção de condições gerais para o desenvolvimento da economia, como a moeda, as vias de comunicação etc. As relações entre o homem e a sociedade política são concebidas sob o prisma do individualismo, ou seja, da compreensão do homem “como um ser ilhado e desconectado dos demais, cuja existência se esgota em si mesmo”. Porém, em oposição a essa concepção de interesse público do Estado liberal que, segundo seus críticos, enseja profunda desigualdade social, surgiu posteriormente a noção de Estado Social, no qual o interesse público se volta “à realização dos fins coletivos ligados ao bem-estar geral” (Rafael Bielsa e Héctor Jorge Escola), “à satisfação dos direitos fundamentais, em especial os direitos econômicos e sociais” (Jaime Rodríguez-Arana Muñoz).³⁹

Portanto, afirma Gabardo, equivocam-se os autores que identificam na visão contemporânea de interesse público – a do Estado Social – traços de autoritarismo; o interesse público hodierno deve ser compreendido “como produto da solidariedade social”, como “resultado dos anseios de uma coletividade ou mesmo de um cidadão enquanto membro do corpo social (e não apenas individualmente considerado)”.⁴⁰

³⁷ GABARDO. *O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo*. In: DI PIETRO; RIBEIRO, 2010, p. 13-17.

³⁸ GABARDO, 2010, p. 18-27.

³⁹ *Ibid.*, p. 32-41.

⁴⁰ GABARDO, 2010, p. 41.

Para Gabardo, se os administrativistas, cuja produção teórica se desenvolveu após a Constituição de 1988, passaram a tratar dos direitos fundamentais como objeto do Direito Administrativo, isso parece ótimo, porém não constitui uma novidade do ponto de vista cognoscitivo; trata-se de mudança de sistematização de caráter metodológico e, evidentemente, simbólico, mas que, enquanto pretensão de novidade, acompanhada de crítica ontológica ao conhecimento precedente, carece de respaldo lógico e histórico. Ora, todos os autores que defendem o cumprimento dos dispositivos constitucionais, e fazem isso aqueles que entendem que o significado do interesse público é determinado pelo ordenamento jurídico brasileiro, particularmente na ordem de valores, fins, objetivos e bens protegidos pela Constituição, defendem o regime de direitos fundamentais nela estabelecido, ainda que não tratem expressamente do assunto.⁴¹

Conclui Gabardo que a tentativa de rejeitar a ideia de supremacia do interesse público e de imputar às origens do Direito Administrativo uma pecha autoritária “não passa muitas vezes de manobra voltada à fuga do regime jurídico próprio de Direito Público, que confere à Administração determinadas prerrogativas (e impõe-lhe sujeições) imprescindíveis à consecução dos interesses sociais. Compreendido adequadamente, tal como explicitado por Bandeira de Mello, Di Pietro e outros, o interesse público não corre qualquer perigo de ser confundido com interesses secundários da Administração, nem de em seu nome ocorrer qualquer restrição inconstitucional de direitos subjetivos, “situações estas que revelariam, aí sim, uma concepção autoritária dessa categoria”. Embora ocorram anomalias a todo momento na prática administrativa brasileira, elas não se prestam à rejeição dessa noção, pois “as irregularidades no plano do ser não são capazes de desconstituir o regime jurídico nele incidente; pelo contrário, devem servir de mote para sua constante defesa e reafirmação”.⁴²

6. Conclusão

A exposição dos argumentos de ambos os lados nesse debate propicia reflexões essenciais à compreensão do atual momento, por muitos designado como de “crise do direito administrativo”.

De fato, o questionamento sobre o papel que o princípio da supremacia do interesse público desempenha no modo pelo qual todo o Direito Público vem sendo estudado desde a sua sistematização, à época da Revolução Francesa, traz a lume todas as correntes filosóficas que o informaram ou em algum momento nele imprimiram sua influência. E é nessas correntes e em suas consequências históricas que devemos procurar a resposta sobre os rumos que a doutrina trilhará a partir de agora.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “supremacia do interesse público” no advento do estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁴¹ Ibid., p. 42.

⁴² GABARDO, 2010, p. 60-61.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v. 1, n. 7, out. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARROSO, Luís 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 da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 28. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. O direito administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SARMENTO, Daniel (Org.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

O combate à corrupção e o Direito Administrativo

*Luís Francisco Aguilar Cortez*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

A corrupção das elites pode tornar inócua a melhor das Constituições democráticas, anulando as liberdades civis e políticas das pessoas.

Ronald Inglehart e Christian Welzel

Sumário: 1. Introdução; 2. O combate à corrupção no Direito brasileiro: aspectos gerais; 3. Os controles da administração; 4. Problemas identificados na atividade pública; 5. A contribuição do Direito Administrativo; 6. Considerações finais.

1. Introdução

Os desafios impostos pelos sucessivos e crescentes casos de corrupção envolvendo a Administração Pública exigem esforço conjugado de todas as áreas do conhecimento e dos setores comprometidos com a ética e as práticas da boa administração.

A corrupção, termo relacionado à ideia de “podridão interna”, é um fenômeno complexo, com registros de ocorrências há três mil anos.

No âmbito privado o seu controle encontra respaldo normativo,² especialmente no direito penal, societário e trabalhista, mas a efetividade da sua repressão está principalmente relacionada ao controle das atividades empresariais, participação na gestão pelos controladores, auditorias e, mais recentemente, às novas práticas de *compliance*.³

Embora, no caso brasileiro, a corrupção venha se manifestando conjuntamente nos setores público e privado, até mesmo por conta do peso do elevado controle do Estado na economia, a corrupção no setor público, ao envolver recursos que pertencem a todos, geridos pelos representantes eleitos, produz maior impacto na opinião pública.

As normas jurídicas que procuram enfrentar o problema são aqui referidas, em linhas gerais, mas, em especial, o que se pretende é apontar a necessidade de reforçar a contribuição do Direito Administrativo como uma das estratégias de controle e redução da corrupção na Administração Pública.

Além de regular as relações jurídicas que nascem da atividade administrativa e descrever a estrutura dos órgãos, serviços e procedimentos públicos, devem ser apresentadas propostas, no campo do Direito Administrativo, que tenham por objetivo o combate à corrupção.

¹ Doutor em Direito do Estado pela USP. Vice-diretor da Escola Paulista da Magistratura.

² A respeito <https://www.ibccrim.org.br/revista-liberdae-es-artigo/193-Artigos>.

³ Medidas para assegurar observância das normas e afastar desvios, a fim de manter as boas práticas negociais (controle interno corporativo).

2. O combate à corrupção no Direito brasileiro: aspectos gerais

O tema “corrupção” atrai grande repercussão e causa justa indignação, todavia, apenas nos últimos anos seu tratamento normativo tem merecido maior atenção.

A Constituição Federal de 1988 cuidou da corrupção eleitoral, focada na questão do abuso do poder econômico (art. 14, §§ 9 e 10); inovou a respeito da repressão à improbidade administrativa (art. 37, § 4º) e a imprescritibilidade dos danos causados ao erário (art. 37, § 5º),⁴ com previsão a respeito da probidade como dever do Presidente da República, sob pena de configuração de crime de responsabilidade (art. 85, V).

A legislação infraconstitucional tem tipificação de algumas condutas relacionadas à corrupção no Código Penal (peculato, concussão, corrupção passiva, prevaricação), convivendo com leis especiais (destacando-se a Lei nº 1.079/1990 – crimes de responsabilidade do Presidente da República e Ministros; Dec. Lei nº 201/1967 – prefeitos e vereadores).

Interessante anotar que a ditadura militar, em seu início, apresentava como uma das suas justificativas o combate à corrupção, porém, o uso de medidas de exceção não deixou um legado normativo eficaz para o combate a corrupção.

Restabelecido o regime democrático, com maior possibilidade de informação e controle dos atos governamentais, algumas leis começaram a ser editadas, respondendo, contudo, a situações pontuais de crises política e fiscal, sem maior coordenação.

Podemos destacar, então, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992, editada logo após o *impeachment* do Presidente Collor), a “Lei da Ficha Limpa” (Lei Complementar nº 135/2010, que ampliou as hipóteses de inelegibilidades previstas na Lei Complementar 64/1990) e a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000, para evitar novas crises fiscais de Estados e Municípios).

A Lei Federal nº 8.730/1993 impôs a obrigatoriedade de apresentação das declarações de bens para os agentes públicos (o que inclui os cargos eletivos); os denominados crimes de “colarinho branco” e a “lavagem de dinheiro” mereceram a atenção legislativa (Leis nº 7.492/1986, 9.613/1998 e 8.137/1990) e, posteriormente, um novo ciclo de escândalos gerou recente produção legislativa, com a introdução dos relevantes mecanismos de delação ou colaboração premiada e acordos de leniência (Leis nº 9.807/1999, 12.529/2011 e 12.683/2012) como parte do esforço de combate às organizações criminosas (Lei nº 12.850/2013) e responsabilização das pessoas jurídicas por atos de corrupção (Lei nº 12.846/2013).

Algumas modificações ocorreram no Código Penal, além de normas que trataram da conduta de servidores (Leis nº 8.027/1990 e 8.112/1990, e o Código de Conduta da Alta Administração), disciplinaram o processo administrativo (Lei nº 8.987/1999) e regulamentaram direitos do usuários dos serviços públicos (Lei Federal nº 8.987/1995 e, no Estado de São Paulo, Lei nº 10.294/1999), igualmente contribuem para o aperfeiçoamento do controle da Administração Pública.

Embora ainda não integralmente implementada, a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 15.257/11) é, sem dúvida, um poderoso instrumento nesta luta, embora careça

⁴ Mantida em recente decisão do STF para os casos de improbidade administrativa (RExtr. 669.069).

de maior atenção da sociedade civil a fim de exigir e garantir transparência e o acesso a todas as atividades envolvendo recursos públicos.

Ao lado do aperfeiçoamento normativo, inegável a importância de julgamentos recentes como a famosa Ação Penal 470 (caso do “mensalão”) e das atuais medidas que vêm sendo adotadas como reflexos da operação “Lava-Jato”, inclusive a decisão relativa a restrições no financiamento de campanhas eleitorais por pessoas jurídicas (Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650).

A atual campanha pela aprovação de novas normas,⁵ indica, contudo, que, embora imprescindível o aperfeiçoamento normativo, a via legislativa, com ênfase nos aspectos sancionadores e disciplinares, mostra-se insuficiente.

Embora de difícil aprovação, mantêm-se as reivindicações pelas reformas política e tributária, a confirmar a necessidade de providências em diversas áreas para enfrentar problema com tal complexidade.

3. Os controles da administração

A atividade pública deve submeter-se a controles, os quais, entre outras classificações, podem ser divididos em controles internos e externos ou, ainda, denominados como controles vertical (*accountability*⁶ vertical) e horizontal (*accountability* horizontal).

Os denominados controles internos (autotutela ou controle administrativo) são instituídos nos respectivos órgãos públicos, com atividades fiscalizatórias, correcionais, auditorias, comissões processantes, controles hierárquicos, processos administrativos, direito de petição, recursos etc.

A efetividade dos controles internos depende da existência de quadros de servidores públicos independentes, competentes, estáveis, enfim, de uma burocracia⁷ qualificada, com carreiras que estimulem o autocontrole, a autonomia, a lisura e o mérito no provimento dos cargos, o que nem sempre corresponde à regra nas carreiras públicas, nas diversas esferas do Poder estatal.

Os controles externos são aqueles exercidos por órgãos externos ao Executivo, especialmente o Legislativo (no que é auxiliado pelos Tribunais de Contas) e o Judiciário, além da possibilidade de controle direto (social ou informal), a ser exercido pela sociedade (nas eleições, por meio de associações civis e profissionais, imprensa, partidos etc.).

⁵ O Ministério Público Federal vem defendendo alterações legislativas, buscando apoio popular, com propostas que, resumidamente, buscam: a possibilidade de introdução dos denominados “teste de integridade”, simulando situações para avaliar a conduta moral de servidores e predisposição para prática de crimes contra a Administração; transparência, com ênfase na propaganda institucional contra a corrupção; proteção à fonte de informação; criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; aumento de penas e configuração como crime hediondo nos casos de corrupção envolvendo altos valores; aumento da eficiência e alteração no sistema de recursos no processo penal; celeridade no processamento das ações de improbidade; reforma no sistema de prescrição penal; ajuste das nulidades penais no Código de Processo Penal; responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2; prisão preventiva para evitar dissipação do dinheiro desviado; recuperação do lucro desviado por meio e crimes (www.combateacorrupcao.mpf.mp.br)

⁶ Resumidamente, o termo pode ser traduzido como o dever de prestar contas e a possibilidade de responsabilização dos agentes públicos.

⁷ No sentido weberiano do termo.

Os problemas no sistema político e eleitoral, o enfraquecimento e a ausência de comprometimento do Legislativo,⁸ o deficiente funcionamento do sistema judicial, os exemplos históricos de cooptação de todas as funções estatais, às vezes, da própria imprensa local, por um mesmo grupo de interesse, são circunstâncias que indicam fragilidades no controle externo, sem transparência e sem autonomia da sociedade para exigir a correção dos rumos da gestão pública.

A *accountability* vertical também expressa a possibilidade de controle da sociedade em relação ao Estado; a sua principal expressão são as eleições, mas podemos incluir outras formas referidas como “democracia participativa”, tais como plebiscito, *referendum*, orçamento participativo, iniciativa popular, consultas, audiências públicas etc.

Os controles exercidos por meio dos diversos setores e funções estatais, o que inclui os anteriormente referidos como controles internos e externos, além de agências e instituições, correspondem a *accountability* horizontal.

Se sucessivos e crescentes problemas com a corrupção no setor público são detectados, é certo que tais sistemas de controle não têm funcionado a contento,⁹ uma vez que deveriam atuar sobretudo preventivamente, evitando os custos inerentes às crises políticas e econômicas, agora novamente impostos à sociedade.

Os problemas na legislação eleitoral e partidária, como o enfraquecimento dos seus quadros eleitos, a produção legislativa em grande parte originada no próprio Executivo (Medidas Provisórias), o controle da agenda legislativa e as práticas do denominado Presidencialismo de coalizão, são apontados, entre outros, como fatores para o descrédito da função legislativa perante a opinião pública e para o seu esvaziamento.

De outra parte, reduzido o espaço político de debate e controle, as funções do Legislativo, em grande parte, são transferidas para o âmbito jurisdicional, daí o crescente protagonismo assumido pelo sistema judicial. Todavia, a atuação pontual do Judiciário, ainda que essencial, não elimina as causas dos problemas atuais.

Parece certo, portanto, que o problema deve ser enfrentado em várias frentes e que não basta a edição de normas punitivas; ausente adequada estruturação das instituições para a sua implementação, torna-se incerta a aplicação daquelas leis, o que contribui para a descrença nos meios democráticos para correção dos desajustes institucionais.

4. Problemas identificados na atividade pública

No exercício da atividade jurisdicional e notícias divulgadas pela imprensa, são frequentes questionamentos relacionados à corrupção na Administração, destacando-se:

- a contratação irregular de servidores;
- a utilização indevida de bens/serviços públicos para fins particulares;
- aposentadorias ou benefícios especiais (especialmente aos parlamentares);

⁸ Sem desconsiderar que parte dos escândalos recentes têm origem nas condutas dos próprios parlamentares.

⁹ Para relembrar, a apuração conclusiva do “Caso Collor”, que resultou no seu impeachment, teve origem numa desavença familiar; o denominado escândalo do orçamento, com desvios de dotações e subvenções, no início dos anos 90, teve início em uma investigação policial envolvendo suspeita de crime contra a esposa de um servidor do Senado. Apurações, portanto, não baseadas nos sistemas de controle direto daquelas atividades administrativas.

- vantagens indevidas a agentes públicos;
- desvios de finalidade e abuso de poder;
- despesas superfaturadas;
- despesas desnecessárias;
- empréstimos de dinheiro público sem garantias;
- concessão de serviço público sem concorrência;
- fraudes na licitação, com destaque para os casos de direcionamento e superfaturamento;
- facilidades em troca de presentes, vantagens ou propinas;
- fraudes nas “campanhas publicitárias institucionais”;
- enriquecimento ilícito de agentes públicos;
- favorecimentos em obras, serviços e empréstimos públicos;
- fornecimento de informações “privilegiadas”;
- conivência com fraudes tributárias;
- edição de normas para favorecimento de setores específicos.

O ambiente deteriorado pela corrupção é um problema sistêmico, autoriza práticas nocivas desde o baixo escalão (alvarás, tramitações administrativas dificultadas, fiscalizações desvirtuadas etc.) – denominada pequena corrupção – até as grandes obras e contratações, como práticas ao alcance do alto escalão – a grande corrupção – (esta, até recentemente, com poucas chances de efetiva punição).

Além dos custos diretos e do enfraquecimento da confiança nas instituições democráticas, em geral são apontados como custos da corrupção a insegurança para os investimentos e contratos, redução da competitividade e da produtividade, diante da ineficiência na alocação dos recursos, comprometendo o funcionamento da economia e o desenvolvimento.

Organismos internacionais e alguns estudos publicados sugerem como mecanismos necessários para a redução da corrupção:

- legislação reguladora simples e clara;
- burocracia qualificada;
- leis anticorrupção: ampliar a possibilidade de punição para quem recebe e para quem paga;
- proteção aos denunciantes contra retaliações;
- organismos reguladores dos setores privatizados, apolíticos, com processos abertos e transparentes;
- judiciário independente;
- maior controle nos sistemas de compras e contratos da Administração, observando, especialmente: escolha de fornecedores sérios, não personalização das compras; abertura para concorrência; rodízio do pessoal de compras e contratos;
- evitar sistema de pessoal baseado no clientelismo e na lealdade política. Pessoal técnico qualificado, o que implica escolha de pessoal sem critérios partidários ou ideológicos, com estabilidade no emprego, com salários decentes (sem depender de “bicos”), contratação e promoção por mérito (menos cargos de confiança), sem vínculos com negócios ou interesses ligados à sua função;
- redução da evasão fiscal mediante simplificação da carga tributária.

Já no I Fórum Global para o combate à corrupção (1999), eram elencados alguns princípios orientadores para enfrentar o problema, ressaltando especial atenção para:

- sistemas de contratação;
- sistemas de gerenciamento administrativo;
- códigos de ética;
- legislação penal;
- mecanismos de prestação de contas e auditoria;
- poder e independência dos órgãos de investigação e acusação;
- sanções civis e penais;
- acesso do público e da mídia às informações sobre corrupção;
- cooperação internacional;
- pesquisa;
- órgãos de cooperação regional.

São medidas que, em grande parte, se inserem na disciplina das relações jurídicas de direito público, na organização e funcionamento dos organismos públicos, cuja estrutura, disciplina e ordenação, enquadram-se no objeto de atuação do Direito Administrativo.

5. A contribuição do Direito Administrativo no combate à corrupção

O Direito Administrativo, de criação recente e aplicação historicamente secundária em relação ao direito privado, expressou a preocupação da submissão do Estado e da autoridade pública à lei, porém, ora assegurando poderes “especiais” ao Estado, ora reconhecendo a supremacia do interesse público, que poderia ser expresso pela própria vontade estatal,¹⁰ bem como diante dos próprios limites existentes no processo de edição das leis, inegáveis os limites decorrentes na sua aplicação como instrumento de controle da Administração.

Atualmente, destaca-se a preocupação em colocar o Direito Administrativo a serviço dos direitos fundamentais, todavia a generalidade desta noção e sua predominante vinculação à violação de direitos subjetivos demonstra sua insuficiência diante das novas exigências de funcionamento e legitimação do Estado democrático.

A doutrina indica a emergência de novos paradigmas do Direito Administrativo: a noção de juridicidade, como vinculação à Constituição, seus princípios e valores; a definição do interesse público sem inteiro arbítrio da Administração; a redução do espaço de discricionariedade do gestor público.

O exercício da atividade administrativa vem sendo confrontado, ainda, com a crescente provocação ao Judiciário para efetivação de políticas públicas, notadamente, nas áreas de saúde (ações para fornecimento de medicamentos e atendimento médico), educação (vagas nas escolas), acessibilidade, meio ambiente, urbanismo etc., a confirmar que a formulação clássica,¹¹ predominantemente garantista ou voltada à proteção da Administração, tem sido superada.

¹⁰ Sem distinguir o interesse público primário do secundário.

¹¹ Os denominados paradigmas clássicos são: a supremacia do interesse público, a legalidade administrativa, a intangibilidade do mérito administrativo e o Poder Executivo Unitário.

A atividade administrativa gera, atualmente, incontáveis questionamentos judiciais, causando maiores dificuldades para os cidadãos, ao submeter-se ao formalismo típico da atividade administrativa e, ainda, àquele da atividade jurisdicional, dificuldades que possibilitam o surgimento das “facilidades” que podem ser “negociadas” diante das falhas dos sistemas.

Essas são condições indicativas da busca por respostas à nova configuração da sociedade e do Poder Estatal, a justificar uma maior integração entre as funções estatais, para o cumprimento dos princípios e valores constitucionais.

A convivência entre novos e velhos paradigmas, a organização geral do Estado, de suas instituições e agentes e a atribuição constitucional exigem edição de normas infra-constitucionais na área destinada ao Direito Administrativo a fim de assegurar efetividade aos princípios e valores constitucionais, fortalecendo a Democracia e reconfigurando o Poder Estatal, resgatando sua legitimidade perante a sociedade. Providências que assegurem melhor estruturação, direcionamento e funcionamento da atividade pública são exigências atuais.

Tal contribuição deve reconhecer a importância dos modelos institucionais para o correto direcionamento da atividade pública e privada. O exercício dos serviços públicos, executados pelo setor público ou privado, precisa ser coordenado.¹²

A simplificação e a clareza das “regras do jogo” democrático e econômico, no qual o Estado brasileiro tem, historicamente, exacerbado peso, pode favorecer a cooperação, motivar os cidadãos e agentes econômicos, com a percepção de convivência com regras justas, igualitárias e que introduzam incentivos corretos para as boas práticas nas atividades pública e privadas, criando condições para a captação legítima de negócios.

A autonomia administrativa dos entes públicos, centralizados ou não, aliada, em alguns casos, à suposição de que práticas formalmente “democráticas”, tais como eleições de representantes, bastam para a boa gestão, deve submeter-se aos princípios e valores expressos na Constituição, adequando-se a novos conceitos de gestão decorrentes das inovações trazidas pela informática, reduzindo o modelo linear, verticalizado, de comando e controle, pelos vínculos em rede, com maior autonomia a participação da sociedade.

O excessivo aparato normativo e burocrático, sinônimos de Estado no Brasil, afasta o poder público da sua finalidade: a promoção do bem comum. Ao concentrar recursos e poder decisório o Estado atrai e vincula-se a grupos de interesse específicos, como forma de manter o seu poder, o que, à evidência, não se confunde com o bem comum.

Nesse sentido, inserem-se entre aqueles providências que podem ser objeto de normas administrativas, medidas como:

- prévia delimitação dos objetivos e programas de ação da Administração;
- melhor organização, simplificação e redução da estrutura administrativa;
- maior qualificação na prestação dos serviços;
- desenvolvimento do “governo eletrônico” (e-government) e governo digital, a fim de ampliar a transparência e a acessibilidade aos serviços;
- melhor estruturação dos sistemas de contratação de obras e serviços públicos;

¹² A área da saúde, por exemplo, tem inúmeras ações judiciais contra o Poder Público e igual questionamento contra os serviços privados, a demonstrar deficiência no funcionamento de ambos.

- promoção da ética e da meritocracia no serviço público, seja no controle do acesso (concursos públicos) seja na evolução funcional;
- limites objetivos para contratações de cargos em comissão, pagamento de benefícios, gratificações ou outras formas de remuneração;
- aperfeiçoamento e integração dos sistemas de controle horizontal (controle internos), com banco de dados envolvendo as esferas administrativas de controle (Tribunais de Contas e Corregedorias) e jurisdicional;
- prevalência da composição técnica nos Tribunais de Contas;
- integral cumprimento da Lei de Acesso à Informação, dando total transparência e acessibilidade às atividades administrativas, tais como: contratações, pagamentos, empréstimos, remuneração etc.
- simplificação e redução do número de normas;
- aperfeiçoamento das agências reguladoras.

O uso da base normativa, do direito administrativo, assegura maior transparência e continuidade aos avanços obtidos; nesse momento, a elevada centralização da produção normativa e a dependência econômica de Municípios e Estados podem atuar favoravelmente para a implementação de medidas gerais.

Não se trata, destaco, apenas de editar normas¹³ ou de acreditar somente em mudanças gerenciais ou nova “engenharia institucional” para transformação do Estado, mas sim de reconhecer que a promoção de valores que propiciem as mudanças necessárias, depende do correto incentivo normativo e institucional, considerando as características da formação da nossa Nação. Mais Direito não significa necessariamente mais normas, no sentido quantitativo.

6. Considerações finais

O Direito Administrativo brasileiro formou-se, como não poderia deixar de ser, no quadro histórico de excessiva centralização e concentração de Poder na cúpula da Administração e desigualdade social, resultando em excessiva contenção na edição de normas para controle do Poder estatal pela sociedade.

Seu papel descritivo e regulador do funcionamento do Estado deve avançar para proposições que qualifiquem a gestão em função dos interesses da sociedade, de forma simples e transparente, a fim de possibilitar seu conhecimento e maior participação da sociedade.

Além dos instrumentos frequentemente destacados como relevantes para ampliação daquela participação, englobados em expressões genéricas como democracia participativa ou direta, com os inegáveis limites para deliberações conjuntas em áreas predominantemente técnicas, que exijam respostas imediatas ou mesmo que não devam sempre submeter-se a uma vontade majoritária, são necessárias outras formas de atuação que assegurem o controle do Estado pela sociedade.

¹³ Os princípios constitucionais, especialmente aqueles expressos no art. 37 das Constituição Federal, autorizam algumas mudanças, como ocorreu, por exemplo, com a Resolução nº 07/2005 do Conselho Nacional de Justiça, ao enfrentar a questão do nepotismo.

Por isso, o direito administrativo, atuando nas áreas de prestação do serviço público, recrutamento e gestão de pessoal, contratações de obras e serviços, processos administrativos, entre outras, pode avançar no combate à corrupção.

O que se procurou ressaltar, portanto, é a possibilidade de o Direito Administrativo e a sua nova interpretação enfrentarem os desafios, a exigir, evidentemente, a mobilização de toda a sociedade para sua implementação.

Referências

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Porque as nações fracassam: as origens do poder, da prosperidade e da pobreza*. Tradução Cristiana Serra. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloisa Maria Murgel (Orgs.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2008.
- AVRITZER, Leonardo; FILGUEIRAS, Fernando (Orgs.). *Corrupção e sistema político no Brasil*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CARTIER-BRESSON, Jean. *Économie Politique de la Corruption et de la Gouvernance*. Paris: L'Harmattan, 2008.
- INGLEHART, Ronald; WELZEL, Christian. *Modernização, mudança cultural e democracia: a sequência do desenvolvimento humano*. Tradução Hilda Maria Lemos Pantoja Coelho. São Paulo: Francis, 2009.
- LIVIANU, Roberto. *Corrupção e direito penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- LOUREIRO, Maria Rita; ABRUCIO, Fernando Luiz; PACHECO, Regina Silvia (Orgs.). *Burocracia e Política no Brasil: desafios para o estado democrático no século XXI*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.
- MARTINS, José Antônio. *Corrupção*. São Paulo: Globo, 2008.
- MATHIEU, Bertrand; VERPEAUX, Michel (Coords.). *Transparence et vie publique*. Paris: Dalloz, 2015.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MOREIRA, José Manuel; JALALI, Carlos; ALVES, André Azevedo (Coord.). *Estado, sociedade civil e administração pública: para um novo paradigma do serviço público*. Coimbra: Almedina, 2008.
- NORTH, Douglas C. *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*. Traducción de Agustín Barcena. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- O'DONNELL, Guillermo. *Disonancias: críticas democráticas a la democracia*. Buenos Aires: Prometeo, 2007.
- PAULA, Ana Paula Paes de. *Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.
- PILAGALLO, Oscar. *Corrupção: entrave ao desenvolvimento do Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PINHO, José Antonio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva. Já podemos traduzir para o português Accountability? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 6, nov./dez. 2009.

RENAUT, Marie-Hélène. *Histoire du droit administratif*. Paris: Ellipses, 2007.

RESENDE, André Lara. *Devagar e Simples: economia, Estado e vida contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *Corrupção e governo*. Tradução A. Mata. Lisboa: Prefácio, 2002.

SEÑA, Jorge F. Malem. *La corrupción: aspectos éticos, económicos, políticos y jurídicos*. Barcelona: Gedisa, 2002.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. *A economia política da corrupção no Brasil*. São Paulo: Ed. SENAC, 2001.

SCHERZBERG, Arno. *Para onde e de que forma vai o direito público?* Tradução Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.

SPECK, Bruno Wilhelm (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. da Unicamp, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014.

ZILVETI, Fernando Aurélio; LOPES, Silvia (Coords.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

Consultas:

www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corrupção/index.html

www.oecd.org

www.oecd.org/gov/public-innovation/Recomendation-digital-government-strategies.pdf

www.combateacorrupção.mpf.mp.brwww.ibccrim.org.br/revista-liberdade-es-artigo/193

Controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária

*Luis Manuel Fonseca Pires*¹

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. As políticas; 3. As políticas públicas; 4. O controle judicial das políticas públicas; 4.1. A legitimidade do controle; 4.2. O procedimento de ponderação como mecanismo de aferição da racionalidade das decisões judiciais no controle judicial das políticas públicas; 5. O controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária. Referências.

1. Introdução

O meu propósito é tratar do controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária.² Mas é claro que antes de dele cuidar preciso esclarecer – ou melhor, estabelecer – o significado de algumas premissas conceituais, até porque seria lúdico que se me inquirissem, caso afortunadamente ingressasse no tema principal, como defino “política pública”? Ou ainda: como é possível o controle judicial de um âmbito tão amplamente discricionário das competências da Administração Pública, a administração penitenciária?

Por isto é que antes de enfrentar o objeto nuclear deste artigo – o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária (5) – pretendo antes expor a definição que acolho sobre “política pública” (2 e 3), e em seguida pretendo pontuar os argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial das políticas públicas, replicar os primeiros, e propor parâmetros, baseados no procedimento de ponderação da teoria dos princípios, que permitam a solução dos casos concretos – isto é, arquétipos de equacionamento para a solução da colisão concreta de princípios jurídicos (4).

Apenas então é que conseguirei ingressar no tema políticas públicas de administração penitenciária (5).

Apresentados estes esclarecimentos sobre o plano de estudo, inicio-o.

¹ Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo na graduação e na pós-graduação *lato sensu* da PUC-SP. Autor, dentre outras, das obras: *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas* (finalista do Prêmio Jabuti 2009 pela editora Campus-Elsevier), *Moradia e propriedade: um breve ensaio sobre conflitos humanos, O Estado social e democrático e o serviço público: um breve ensaio sobre liberdade, igualdade e fraternidade*, editora Fórum; *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade, Regime jurídico das licenças, Loteamentos urbanos*, editora Quartier Latin. É um dos autores de *Um diálogo sobre a justiça: a justiça arquetípica e a justiça deontica*, editora Fórum.

² De modo mais amplo – do controle judicial das políticas públicas – cuidei em obra específica: *Controle judicial da discricionariedade administrativa. Dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*, editora Fórum.

2. As políticas

A palavra “política” é de uma polissemia incontrastável, e o é de épocas priscas, pois na filosofia, na sociologia, no direito e em tantas outras áreas do saber humano a palavra “política” sempre foi invocada sob significados os mais diversos. Acepções e empregos os mais variegados, a etimologia encontra-se tanto no latim, *politicus*, quanto no grego, *pólis*.

Aristóteles anuncia que o Estado é uma criação da natureza e o homem, por conseguinte, é um “animal político”,³ e Jean-Jaques Rousseau, ainda na introdução à clássica obra *Do Contrato social*, afirma que se sente à vontade para escrever sobre “política” justamente porque não é príncipe ou legislador.⁴ De que “política” falam estes pensadores? Aristóteles, por exemplo, usa a palavra “política” ora como a ciência que cuida da atividade moral dos homens vistos como cidadãos, ora como teoria do Estado⁵ – as dimensões significativas, portanto, são imensas.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,⁶ em páginas lapidares, enfatiza as divergências encontradas na delimitação do objeto da política. Para uns, diz ele, cuida-se do estudo sobre os meios de realizar os fins do Estado, enquanto outros a tratam também como os próprios fins, e ainda há os que entendem que se trata de compreender o próprio Estado; de tal sorte, alguns a veem como verdadeira ciência, outros como simples arte, como há quem lhe atribua dupla natureza.

Dentre as diversas acepções possíveis, Miguel Reale⁷ define, em sentido amplo, a política enquanto a ciência do Estado, verdadeira “ciência superior ou de síntese” que integra os variados e complexos elementos envolvidos, isto é, trata-se da ciência conhecida por teoria geral do Estado; e em sentido estrito utiliza a palavra política para definir uma parte da teoria geral do Estado, a ciência prática dos fins e da arte de alcançá-los.

Nota-se, pois, que infintos são os empregos e as definições da palavra “política”. A depender do campo do conhecimento humano – filosofia, sociologia, direito etc., a depender da época, e mesmo quando se converge a uma mesma área e a um mesmo átimo – o que é o caso presente: o estudo jurídico dos problemas contemporâneos do controle judicial das políticas públicas –, ainda assim se proliferam os significados possíveis, as intelecções que podem ser adotadas.

Por esta realidade é que urge, para tratar-se do tema central deste estudo, explicitar a definição que acolho, e a tenho como pressuposto, de política pública. É o que faço a seguir.

3. As políticas públicas

Em lição de Fábio Konder Comparato, a política pública é antes de tudo uma “atividade”, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”, é dizer, unificados por uma “finalidade”.⁸

³ *Política*, livro I.

⁴ *Do contrato social ou princípios do direito político*, livro primeiro.

⁵ Conforme Giovanni Reale, *Introdução a Aristóteles*, p. 83.

⁶ *Princípios gerais de direito administrativo*, v. I, p. 100 e seguintes; p. 120.

⁷ *Teoria do direito e do Estado*, p. 126-127.

⁸ *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Revista dos Tribunais, n. 737, p. 353. De modo semelhante, Américo Bedê Freire Júnior diz que é “um conjunto ou medida isolada praticada pelo Estado com o desiderato de dar efetividade

Acolho, portanto, a identificação feita por Marília Lourido dos Santos dos três elementos que compõem a noção de política pública: a) as metas; b) os instrumentos legais; c) a temporalidade, isto é, “o prolongamento no tempo, que implica a realização de uma atividade e não de um simples ato”.⁹

As políticas públicas, diz Maria Paula Dallari Bucci, “devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”, e por isto, como “processo de formação do interesse público”, o tema inexoravelmente relaciona-se com a discricionariedade administrativa.¹⁰

Sem dúvida alguma, então, o temário *políticas públicas* encontra-se entre as *competências discricionárias* da Administração Pública – o que enseja, como se verá logo adiante, as acerbas críticas e teorizações extremadas com o afã de tentar excluir, em absoluto, qualquer possibilidade de controle judicial das políticas públicas.

Ao que para este tópico, no entanto, devo-me ater são as definições acima anunciadas que, em um epítome, fazem-me asseverar que as políticas públicas são programas traçados de modo cogente, imperativo, pela Constituição e por leis ordinárias, de execução *a priori* atribuída ao Poder Executivo do ente federal competente à sua realização material que deve realizá-los (os programas) por si ou transferi-los à execução – mas mantê-los em fiscalização – por terceiros.

4. O controle judicial das políticas públicas

Opositores ao controle judicial das políticas públicas relacionam os seus fundamentos jurídicos; os que vislumbram – ao menos em alguma medida – a possibilidade de intervenção judicial contrapõem com outros argumentos.

O que farei a partir do próximo tópico é relacionar os argumentos contrários ao controle, rebatê-los de pronto ao menos para esclarecer a impropriedade de concebê-los como razões suficientes, como motivos absolutos, e em seguida acrescentar mais alguns fundamentos jurídicos que legitimam a possibilidade de tutelas judiciais determinarem ao Executivo a condução de políticas públicas.

Ao final talvez pareça que a exposição empreendida assemelha-se a verdadeiro catálogo de *topoi*.¹¹ Se esta sensação causar, então devo considerar, inicialmente, que a tópica é mesmo orientada aos problemas, o que portanto a torna pertinente a estas reflexões, pois de acordo com Theodor Viehweg,¹² para a solução dos problemas, deve-se oferecer uma “combinação de pontos de vista (*topoi*)” a serem discutidos, e o agrupamento dos *topoi* em relação aos problemas torna-se o sistema básico do direito que permanece em

aos direitos fundamentais ou ao Estado Democrático de Direito” (*O controle judicial das políticas públicas*, p. 47). E ainda Maria Paula Dallari Bucci: “Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são ‘metas coletivas conscientes’ e, como tais, um problema de direito público, em sentido lato” (*Direito administrativo e políticas públicas*, p. 241. A expressão “metas coletivas conscientes” é de Hugo Assman, citado pela autora).

⁹ *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*, p. 80.

¹⁰ Op. cit., p. 264-265.

¹¹ Theodor Viehweg, com a obra *Tópica y filosofía del derecho*, foi o principal expoente e precursor do pensamento tópico junto à ciência jurídica.

¹² Op. cit., p. 127 et seq.

constante movimento – o que o caracteriza como um sistema *aberto* na medida em que o método de argumentação não procede dedutivamente, mas sim *dialogicamente*.

Mas não pretendo me deter na sugestão de uma relação de argumentos, e sim avançar um pouco mais, apoiado no procedimento de ponderação da teoria dos princípios (4.2), para formular alguns critérios que sirvam de balizas ao julgador, que sirvam, por conseguinte, como mecanismos de aferição da racionalidade das decisões judiciais que definem os casos concretos – o que, em última análise, serve à constrição da liberdade do julgador, à inibição de um tentame de arbitrariedade judicial, mas isto sem conduzir o Judiciário ao outro extremo, à inadmissível renúncia de seu papel constitucional de julgar e resolver conflitos.

A escusa que desde logo me compete adiantar é em relação à brevidade e máxima objetividade que conferi aos próximos tópicos, pois a natural limitação a qual um artigo está sujeito exige-me a devida concisão na exposição dos temas preliminares sob pena de não haver espaço ao desfecho do objeto central do estudo – o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária.

Feitas essas anotações, prossigo.

4.1 A legitimidade do controle

De modo geral, as refutações ao controle judicial podem ser sintetizadas sob o título de *teoria das reservas do possível*. Teoria esta que se desmembra em *aspectos fáticos* e *aspectos jurídicos*.

Sob os *aspectos fáticos* diz-se que não há como o Judiciário exigir a implementação de políticas públicas porque há limites materiais aos recursos do Estado, como a falta de dinheiro, de profissionais nos quadros da Administração Pública, a ausência de equipamentos etc.

No entanto, a impropriedade deste argumento como motivo bastante é a própria constatação - igualmente fática - da contradição entre este discurso e o empenho de exorbitantes recursos públicos - financeiros, de pessoal e de material - em campanhas de propaganda das realizações do governo, em novas obras, na criação de centenas de novos cargos para novéis Ministérios, na criação de televisão pública, no patrocínio de eventos esportivos e outros tantos projetos que, mesmo de relevância reconhecida, são de discutível prioridade quando se deixa ao largo o atendimento mínimo à saúde, educação, segurança pública e outros bens mais prementes e estreitamente relacionados à manutenção e desenvolvimento do ser humano.

Quanto aos *aspectos jurídicos*, são formuladas as seguintes objeções: a) a necessidade de prévia disposição orçamentária; b) a teoria da separação dos Poderes; e c) que apenas os Poderes Executivo e Legislativo têm os seus respectivos representantes eleitos pelo povo.

Mas estas teses igualmente não servem, por si sós, para abstratamente impedir o controle judicial. Quanto à primeira (a), certo é que o orçamento público deve ser previsto em leis,¹³ no entanto, como anota Ana Paula de Barcellos, estes orçamentos apenas aprovam uma verba geral para as despesas.¹⁴ Não há, em outras palavras, rubricas minimamente detalhadas, e sim uma significativa margem de discricionariedade administrativa a ser exercida pelo Poder Público – e cuja omissão ou desvio ensejam o controle judicial. No que se refere à segunda objeção (b), nunca a teoria da separação dos Poderes foi

¹³ Art. 165 et seq. da Constituição Federal.

¹⁴ *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*, p. 25.

formulada ou concebida no direito posto dos países que a acolheram como uma separação absolutamente hermética, e é mesmo o caso da nossa Constituição, que prevê inúmeras situações de interação e controle entre os Poderes, além de expressamente assegurar, sem ressalvas em relação aos Poderes, o direito fundamental de apreciação pelo Judiciário de qualquer lesão ou ameaça a direito.¹⁵ Por fim, a terceira objeção (c) não se sustenta porque a legitimidade do Judiciário – apesar de não ter os seus integrantes eleitos pelo povo – decorre do reconhecimento que a própria Constituição lhe atribui como um dos Poderes que compõem os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil.¹⁶

Se é insuficiente a teoria das reservas do possível como argumento bastante a afastar o controle judicial das políticas públicas, de outro lado há ao menos dois relevantes fundamentos a juridicamente justificar a intervenção. Refiro-me: a) à *teoria do núcleo essencial do direito fundamental*; e b) ao *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*.

De acordo com o primeiro (a), porque é posição pacífica – ao menos para a teoria constitucional das últimas décadas – que as normas constitucionais não são simples recomendações políticas, mas antes são comandos imperativos que servem de fundamento de validade para toda a ordem jurídica posta, então a despeito da vagueza das palavras que são usadas no texto constitucional, apesar do cunho programático que se revestem muitos dispositivos constitucionais, ainda assim se deve reconhecer a necessidade de que *algo e em alguma medida mínima* seja exigível judicialmente contra o próprio Estado quando as normas constitucionais são completamente descumpridas. Sobretudo se cuida de algum *direito fundamental*, não há como deixá-lo ao arbítrio do Executivo cumpri-lo, realizá-lo parcialmente ou simplesmente ignorá-lo, pois como ensina J. J. Gomes Canotilho, “os direitos fundamentais são-no, enquanto tais, na medida em que encontram reconhecimento nas constituições e deste reconhecimento se derivem conseqüências jurídicas”.¹⁷

Muitos destes *direitos fundamentais* – previstos na Constituição Federal – não se realizam apenas enquanto *direitos individuais*, mas ainda – principalmente em um Estado Social e Democrático de Direito – como *direitos a prestações*,¹⁸ como é o caso da saúde,¹⁹ da educação²⁰ e tantos outros – e dentre estes, como oportunamente se verá (IV), da *administração penitenciária*.

Ora, se assim o é – se a Constituição prescreve *direitos fundamentais*, se muitos destes direitos dependem de uma prestação do Estado e por isso se definem como *direitos a prestações* –, então um *mínimo* é necessário ser oferecido pelo Poder Público sob pena de violação do *núcleo essencial* do direito fundamental anunciado. Se o Estado promete assegurar a educação, não há como não haver escolas; se se compromete em oferecer a saúde, não há como inexistirem hospitais e os seus profissionais; se reconhece o dever de promover o saneamento básico, não pode deixar de estruturar o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e outros serviços congêneres.

¹⁵ Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

¹⁶ Art. 2º e art. 92 e seguintes da Constituição Federal.

¹⁷ *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 377 et seq.

¹⁸ São direitos sociais que exigem prestações positivas (Marília Lourido dos Santos, *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*, p. 73-74), e dependem, portanto, de um comportamento positivo do Poder Público (Marco Maselli Gouvêa, *Balizamentos da discricionariedade administrativa na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais*. In: *Discricionariedade administrativa*, p. 311).

¹⁹ Art. 196 da Constituição Federal.

²⁰ Art. 205 da Constituição Federal.

Algo, um *mínimo*, deve ser feito. Não há discricionariedade administrativa ao Poder Público em desatender o mínimo, o *núcleo essencial* do direito fundamental – seja um direito individual, seja um *direito à prestação*. Não pode a Administração Pública, não pode o Legislativo, e é claro que não pode o Judiciário recusarem-se ou se omitirem de realizar o *mínimo* que qualifique o próprio bem da vida agasalhado pela norma constitucional; cada qual em sua função, o Legislativo ao discipliná-lo por uma formulação abstrata, o Executivo ao materializá-lo, e o Judiciário ao coibir eventuais omissões e desvios dos demais Poderes, o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais deve ser sempre e incondicionalmente efetivado.

Só assim é que se cumpre o princípio constitucional que constitui o segundo argumento favorável ao controle judicial (b), pois apenas há que se admitir o atendimento ao *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais* se ao menos o *núcleo essencial do direito à prestação* é observado. Trata-se, em última análise, de verdadeiro reforço ao primeiro argumento: se é reconhecida, na hermenêutica constitucional, o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais como o axioma que orienta a interpretação dos dispositivos constitucionais de modo a que seja eleita a interpretação que mais potencialize os efeitos ideados pela Constituição, então, ao se tratar dos *direitos fundamentais* é imperioso que no mínimo seja atendido o *núcleo essencial* – sem o qual não há sequer sentido ao bem da vida que se pretende tutelar.

Mas do que formulo até então é necessário acrescentar um método que permita, diante de *casos concretos*, equacionar todos estes argumentos – contrários e favoráveis –, um método que contribua para identificar o que qualifica o *núcleo essencial* – o que depende sempre e sempre do *caso concreto*. É preciso um método que assegure aferir se há que ocorrer a intervenção do Judiciário junto ao Executivo – e em qual medida –, ou se se deve reconhecer que o núcleo essencial do direito fundamental tem sido cumprido e, por isto, encontra-se a Administração Pública em seu legítimo espaço de discricionariedade administrativa. E o método que escolho é o procedimento de ponderação da teoria dos princípios, como a seguir esclareço.

4.2. O procedimento de ponderação como mecanismo de aferição da racionalidade das decisões judiciais no controle judicial das políticas públicas

Se o estágio atual da ciência jurídica definitivamente já superou a leitura estritamente positivista do direito, se hodiernamente é comum a preocupação em identificar os valores eleitos e assegurados pela ordem jurídica, se indiscutivelmente é reconhecido que os *princípios jurídicos* compõem a estrutura e o cerne do ordenamento positivo, e se é constatado que os enunciados dos princípios normalmente se valem de conceitos indeterminados, vagos, fluidos, então é natural que igualmente se intensifique a preocupação com o controle da racionalidade das decisões judiciais.

Pois, se a pretexto de efetivar a “isonomia”, a “segurança jurídica”, o “interesse público” e outros tantos bens jurídicos não é admissível que o Poder Público aja como bem queira, mas sim que haja real pertinência entre o comportamento ou a declaração eleita e o bem jurídico alegado, da mesma forma é necessário que o Judiciário, provocado a resolver um conflito, decida com racionalidade, isto é, que as decisões judiciais apresentem claramente os critérios e a linha de raciocínio palmilhada a coerentemente esclarecer o entendimento externado na decisão.

Nesse sentido Cláudio Pereira de Souza Neto²¹ apresenta, sinteticamente, algumas propostas doutrinárias que se propõem a oferecer estes critérios de controle da racionalidade das decisões judiciais. Refere-se ele: a) à ponderação e coerência: com a referência, entre outros, a Dworkin, e com a menção aos postulados de “unidade da constituição”, “harmonização” e “concordância prática”, tudo a – resumidamente – encarecer a necessidade de que “o sistema de princípios, abstratamente considerado, seja interpretado de modo a se conformar uma unidade coerente”;²² b) à ponderação e razão pública: que se preocupa em atribuir conteúdo aos princípios de acordo com a “razão pública”, sobretudo conforme a doutrina de John Rawls que a compreende como o campo do consensual, do que conta com o comum às variadas “doutrinas abrangentes razoáveis” junto às sociedades, principalmente no que concerne à democracia, aos direitos humanos e às “teorias científicas incontroversas”; c) à decomposição analítica dos elementos envolvidos na ponderação: por um sistema de prioridades que se inicia *prima facie*, conforme a doutrina de Robert Alexy; e d) aos parâmetros ou *standards* de ponderação: são relações de “precedência condicionada” que não obrigam os magistrados, mas impõem um “ônus argumentativo” mais intenso às decisões que se afastam destes parâmetros.

Enfim, essas referências são mera exemplificação da preocupação que toma conta da ciência jurídica de buscar métodos e meios de controle da racionalidade das decisões judiciais, mormente em época como a que vivemos na qual a dialética jurídica realiza-se com a invocação de termos vagos e indeterminados. E, ao considerar que neste estudo pretendo formular critérios que permitam o controle judicial das políticas públicas, notadamente das políticas públicas de administração penitenciária, é fundamental definir uma técnica clara e coerente que permita laborar com os argumentos vistos anteriormente, os favoráveis e os contrários ao controle judicial das políticas públicas (4.1), de modo a tornar evidente qual solução deve prevalecer perante o caso concreto, quando é necessário admitir que há uma *reserva do possível* que impede a intervenção judicial, quando é premente a intervenção judicial para assegurar o *núcleo essencial* de um direito fundamental e, por conseguinte, realizar o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais*.

Em vista desse propósito, refiro-me à teoria dos princípios, de Robert Alexy, com o *procedimento de ponderação* como forma de alcançar o que o próprio jurista referido denomina de uma *pretensão de correção*, isto é, a intenção de o direito ser corretamente aplicado. A *fundamentação* deve ser articulada por um *procedimento de argumentação* fundada em *princípios*, e de tal modo que almeje a realização de cada princípio na melhor medida das possibilidades fáticas e jurídicas – o que se denomina de *mandamento de otimização*. Com este compromisso – de realização dos princípios como *mandamentos de otimização* – é necessário um *procedimento de ponderação* com o fim de resolver as colisões que naturalmente surgem, nos casos concretos, entre os princípios jurídicos.²³

Com este intento, propõe Robert Alexy²⁴ o *procedimento de ponderação* em três passos: inicialmente, deve ser avaliado o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio (*se leve, médio ou grave*), em seguida, deve haver a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário, e, por último,

²¹ Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e ‘standards’ de ponderação In: *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, passim.

²² Op. cit., p. 2.

²³ *Constitucionalismo discursivo*, p. 37.

²⁴ Op. cit., 133.

deve-se comprovar que o cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o não-cumprimento do outro princípio.

São esses “passos” que adoto em busca da solução do controle judicial das políticas públicas. Passo a um exemplo:

Se certo Município possui uma tímida verba para investir na proteção da criança e do adolescente, e se deixa de edificar e estruturar uma Casa de Abrigo para acolher menores órfãos e em outras situações de risco, isso quando não há no Município nenhum local público que cumpra esta finalidade, e ao mesmo tempo existe ou o contingenciamento desta verba pública, sem qualquer aplicação, ou o emprego na construção de um parque público, então é possível aferir, por meio do *procedimento de ponderação* da teoria dos princípios, que a Administração Pública exerce mal a discricionariedade administrativa que lhe é atribuída na definição das políticas públicas. Isso porque os *princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente*²⁵ apresentam-se em *severo grau de não-cumprimento*, e apesar da construção do parque justificar-se como meio de promoção do *princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente* ao “lazer”,²⁶ não há a comprovação da importância do cumprimento deste último princípio em sentido contrário em prejuízo do não-cumprimento dos demais princípios (dignidade da pessoa humana e absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente). Sem dúvida alguma, nessa colisão em concreto, são os dois primeiros princípios mencionados que asseguram a melhor e mais efetiva proteção das crianças e dos adolescentes.

Compreenda-se bem o exemplo: é *gravíssimo* (e não “leve”, nem “médio”) o grau de não-cumprimento, por parte do Poder Público, dos princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente, e, embora seja comprovada a importância do cumprimento do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente ao lazer, e que este princípio seria atendido com a construção de um parque, é consensualmente perceptível (isto é, de acordo com um sentimento comum extraível da sociedade, e não conforme alguma impressão pessoalíssima do julgador), é consensualmente perceptível que não se justifica o cumprimento do princípio em sentido contrário (promoção do lazer às crianças e aos adolescentes) em detrimento dos demais princípios (vida e dignidade das crianças e dos adolescentes).

O procedimento de ponderação permite aferir e concluir que, neste caso, o Poder Público elegeu mal a política pública. E, se assim o fez, não há argumento, calcado na teoria das reservas do possível, que justifique a não implementação de uma política pública que resulte na construção de uma Casa de Abrigo no Município. A expectativa de uma, ao menos uma Casa de Abrigo, atende ao *núcleo essencial* do direito fundamental à vida, o que representa, por consequência, a própria manifestação do *princípio da máxima efetividade* dos artigos 1º, III, e 227, *caput*, ambos da Constituição Federal.

Perceba-se, portanto, a contribuição significativa do procedimento de ponderação da teoria dos princípios na solução da equação que apresenta argumentos contrários e favoráveis ao controle judicial das políticas públicas. Pois se fosse outra a realidade concreta, se fosse acrescido a este exemplo que já existem, no referido Município, três Casas de Abrigo, e que todas trabalham em sua adequada capacidade de atendimento, então o

²⁵ Arts. 1º, III, e 227, *caput*, da Constituição Federal.

²⁶ Art. 227 da Constituição Federal.

procedimento de ponderação conduziria à conclusão bem diversa: não haveria um grave grau de não-cumprimento dos princípios da dignidade da pessoa humana e da absoluta prioridade do direito à vida e à dignidade da criança e do adolescente (no máximo, um grau “leve”), e além de manter-se comprovada a importância do cumprimento do princípio da absoluta prioridade da criança e do adolescente ao lazer, assim o seria para justificar o não cumprimento dos outros princípios. Neste novo contexto, uma vez que não haveria comprometimento do núcleo essencial do direito fundamental à vida das crianças e dos adolescentes, seriam legítimas as objeções que o Poder Público porventura formulasse no sentido de que não pode expandir o número de Casas de Abrigo porque há *reservas do possível* – fossem os fundamentos alegados sob o aspecto fático ou sob o jurídico (III. 1).

Ao desfecho, e em síntese necessária a ser aplicada no tópico seguinte, concluo que o *núcleo essencial* de todo e qualquer direito fundamental, principalmente ao se apresentar como um *direito à prestação* do Estado (pois não basta a simples abstenção, mas é fundamental que o Estado *aja*), deve ser sempre oferecido sob pena de o controle judicial intervir para recompor a ordem jurídica e assegurar, ao menos pelo *mínimo* dos valores consagrados no sistema jurídico, algum significado à *máxima* efetividade que deveriam concretamente contemplar.

5. As políticas públicas de administração penitenciária

De onde se deve partir, da Constituição Federal: o art. 5º, núcleo dos direitos fundamentais, em seu inciso XLVIII, em relação às *políticas públicas de administração penitenciária*, prescreve, na qualidade de *direito fundamental*, que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado”, e o inciso XLIX complementa o que seria suficiente concluir da noção de *dignidade da pessoa humana*, mas para distinções inusitadas não se elaborarem, de fato é conveniente a norma explícita afirmar ser “assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

União e Estados, concorrentemente, devem legislar sobre direito penitenciário, assegura-se no art. 24, I, da Constituição Federal, para concretizar as diretrizes traçadas entre os direitos fundamentais acima referidos.

O que é feito – ao menos no plano normativo. Pois o art. 40 da Lei Federal nº 7.214/84, Lei de Execução Penal, impõe a todas as autoridades “o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”. Especifica-se mais adiante:

Art. 85. O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade.

Parágrafo único. O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária determinará o limite máximo de capacidade do estabelecimento, atendendo a sua natureza e peculiaridades.
[...]

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Art. 89. Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

Art. 90. A penitenciária de homens será construída, em local afastado do centro urbano, à distância que não restrinja a visitação.

Até prazo à efetivação destas obrigações jurídicas do Estado – contado da edição da lei, nos idos de 1984 – foi assinalado:

Art. 203. No prazo de 6 (seis) meses, a contar da publicação desta Lei, serão editadas as normas complementares ou regulamentares, necessárias à eficácia dos dispositivos não autoaplicáveis.

§ 1º Dentro do mesmo prazo deverão as Unidades Federativas, em convênio com o Ministério da Justiça, projetar a adaptação, construção e equipamento de estabelecimentos e serviços penais previstos nesta Lei.

§ 2º Também, no mesmo prazo, deverá ser providenciada a aquisição ou desapropriação de prédios para instalação de casas de albergados.

§ 3º O prazo a que se refere o caput deste artigo poderá ser ampliado, por ato do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, mediante justificada solicitação, instruída com os projetos de reforma ou de construção de estabelecimentos.

§ 4º O descumprimento injustificado dos deveres estabelecidos para as Unidades Federativas implicará na suspensão de qualquer ajuda financeira a elas destinada pela União, para atender às despesas de execução das penas e medidas de segurança.

O Código Penal, em seu art. 38, repete a necessidade – comando imperativo – de que em relação ao preso haja o respeito à sua integridade física e moral, o que é reiterado e detalhado pela Resolução nº 14 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNP/CP/MJ):

Art. 3º. É assegurado ao preso o respeito à sua individualidade, integridade física e dignidade pessoal.

Art. 7º. Presos pertencentes a categorias diversas devem ser alojados em diferentes estabelecimentos prisionais ou em suas seções, observadas características pessoais tais como: sexo, idade, situação judicial e legal, quantidade de pena a que foi condenado, regime de execução, natureza da prisão e o tratamento específico que lhe corresponda, atendendo ao princípio da individualização da pena.

§ 1º. As mulheres cumprirão pena em estabelecimentos próprios.

§ 2º. *Serão asseguradas condições para que a presa possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação dos mesmos.*

Art. 8º. *Salvo razões especiais, os presos deverão ser alojados individualmente.*

§ 1º. *Quando da utilização de dormitórios coletivos, estes deverão ser ocupados por presos cuidadosamente selecionados e reconhecidos como aptos a serem alojados nessas condições.*

§ 2º. *O preso disporá de cama individual provida de roupas, mantidas e mudadas correta e regularmente, a fim de assegurar condições básicas de limpeza e conforto.*

Art. 9º. *Os locais destinados aos presos deverão satisfazer as exigências de higiene, de acordo com o clima, particularmente no que se refere à superfície mínima, volume de ar, calefação e ventilação.*

Art. 10º. *O local onde os presos desenvolvam suas atividades deverá apresentar:*

I – janelas amplas, dispostas de maneira a possibilitar circulação de ar fresco, haja ou não ventilação artificial, para que o preso possa ler e trabalhar com luz natural;

II – quando necessário, luz artificial suficiente, para que o preso possa trabalhar sem prejuízo da sua visão;

III – instalações sanitárias adequadas, para que o preso possa satisfazer suas necessidades naturais de forma higiênica e decente, preservada a sua privacidade.

IV – instalações condizentes, para que o preso possa tomar banho à temperatura adequada ao clima e com a frequência que exigem os princípios básicos de higiene.

Art. 13. *A administração do estabelecimento fornecerá água potável e alimentação aos presos.*

Parágrafo Único – A alimentação será preparada de acordo com as normas de higiene e de dieta, controlada por nutricionista, devendo apresentar valor nutritivo suficiente para manutenção da saúde e do vigor físico do preso.

A Lei Complementar nº 79/1994 (Fundo Penitenciário Nacional – Funpen) determina que os seus recursos sejam aplicados na “construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais” (I), “aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento dos estabelecimentos penais” (IV).

Especificamente no Estado de São Paulo, a Constituição estadual reforça o compromisso com os direitos fundamentais dos presos:

Artigo 105 – O Poder Executivo manterá, no sistema prisional e nos distritos policiais, instalações destinadas ao contato privado do advogado com o cliente preso.

Artigo 143 – A legislação penitenciária estadual assegurará o respeito às regras mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento

de reclusos, a defesa técnica nas infrações disciplinares e definirá a composição e competência do Conselho Estadual de Política Penitenciária.

Artigo 286 – Fica assegurada a criação de creches nos presídios femininos e, às mães presidiárias, a adequada assistência aos seus filhos durante o período de amamentação.

Mas do plano normativo – *ideal* – às práticas administrativas – *realidade* – a distância não é pouca. O Conselho Nacional de Justiça apresenta dados que contradizem em absoluto os comandos jurídicos:²⁷

Quadro 1: Nacional – Número de presos

Presos em regime fechado	Presos em regime semiaberto	Presos em regime aberto	Presos provisórios	Presos em prisão domiciliar	Total	Internos em M.S.
267.407	94.285	8.726	241.318	156.220	767.956	3.621

Quadro 2: Nacional – Quantitativo

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
2.771	382.562	618.164	235.602

Quadro 3: Estado de São Paulo – Número de presos

Presos em regime fechado	Presos em regime semiaberto	Presos em regime aberto	Presos provisórios	Presos em prisão domiciliar	Total	Internos em M.S.
117.324	36.544	7	71.635	21.210	246.720	1.381

Quadro 4: Estado de São Paulo – Quantitativo

Estabelecimentos	Vagas	Presos	Déficit de vagas
281	130.586	225.084	94.498

O Ministério da Justiça confirma a dramática situação em política pública de administração penitenciária. Do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – Ministério da Justiça – junho/2014:

Quadro 5: Número de unidades prisionais por taxa de ocupação

Menor que 100%	451 (32%)
Entre 101 e 150%	364 (26%)
Entre 151 e 200%	244 (17%)
Entre 201 e 300%	219 (15%)
Entre 301 e 400%	62 (4%)
Maior que 401%	63 (5%)
Sem informação	17 (1%)

²⁷ CNJ, 2014. Disponível em: <www.cnj.jus.br/geopresidios>. Acesso em: 14 dez. 2018.

Quadro 6: Número de pessoas privadas de liberdade por situação de lotação da unidade

	Até 1 pessoa/ vaga	Mais de 1 e até 2 pessoas/vaga	Mais de 2 e até 3 pessoas/vaga	Mais de 3 e até 4 pessoas/vaga	Mais de 4 pessoas/vaga
Brasil	72.153	258.823	139.869	36.236	19.731
SP	14.697	77.001	71.446	5.317	-

Diante deste estado falimentar das políticas públicas de administração penitenciária o Supremo Tribunal Federal, em RE 592.581/RS, reconheceu a repercussão geral da possibilidade de controle judicial deste âmbito da função administrativa. A ementa:

CONSTITUCIONAL. INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS. DETERMINAÇÃO AO PODER EXECUTIVO DE REALIZAÇÃO DE OBRAS EM PRESÍDIO. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. RELEVÂNCIA JURÍDICA, ECONÔMICA E SOCIAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 592581 RG, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, julgado em 22/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009 EMENT VOL-02383-06 PP-01173 RDDP n. 84, 2010, p. 125-128)

O julgamento do RE 592.581/RS ocorreu em 13 de agosto de 2015, precedente recente que deve sinalizar novo rumo – necessário – do controle judicial da Administração Pública. A certidão de julgamento apresenta a seguinte decisão:

O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: “É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. Ausente, justificadamente, o Ministro Teori Zavascki. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros, Procurador-Geral da República; pelo Estado do Rio Grande do Sul, o Dr. Luís Carlos Kothe Hagemann, e, pela União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 13.08.2015.

Do voto do Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, destaca-se:

O fato é que a sujeição dos presos às condições até aqui descritas mostra, com clareza meridiana, que o Estado os está sujeitando a uma pena que ultrapassa a mera privação de liberdade prevista na sentença, porquanto acresce a ela um sofrimento físico, psicológico

e moral, o qual, além de atentar contra toda a noção que se possa ter de respeito à dignidade humana, retira da sanção qualquer potencial de ressocialização. Outro aspecto a sublinhar é que os juízes são dotados do poder geral de cautela consistente em uma competência, mediante o qual lhes é permitido conceder medidas cautelares atípicas, que não estão explicitadas em lei, sempre que estas se mostrarem necessárias para assegurar, nos casos concretos submetidos à jurisdição, a efetividade do direito buscado.

No caso dos autos, está-se diante de clara violação a direitos fundamentais, praticada pelo próprio Estado contra pessoas sob sua guarda, cumprindo ao Judiciário, por dever constitucional, oferecer-lhes a devida proteção.

[...] a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações nele pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo.

[...] existe todo um complexo normativo de índole interna e internacional, que exige a pronta ação do Judiciário para recompor a ordem jurídica violada, em especial para fazer valer os direitos fundamentais – de eficácia plena e aplicabilidade imediata – daqueles que se encontram, temporariamente, repita-se, sob custódia do Estado.

Em maio de 2015 foi proposta a ADPF 347 que tem por objetivo o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Pede-se a elaboração de um Plano Nacional, e posteriormente planos estaduais e distrital, com propostas e metas específicas para a superação das graves violações aos direitos fundamentais dos presos em todo o país. Pretende-se que o Plano contenha propostas para promover a redução da superlotação dos presídios, adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes no que tange a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança, efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como sexo, idade, situação processual e natureza do delito, e outros planos estratégicos à administração penitenciária. O pedido liminar foi parcialmente deferido – destaca-se a alínea ‘h’ do pedido – em 9 de setembro de 2015:

h) Imponha o imediato descontingenciamento das verbas existentes no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, e vede à União Federal a realização de novos contingenciamentos, até que se reconheça a superação do estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro. Decisão: deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.

Com esta exposição dos paradoxos entre as normas jurídicas e a realidade fenomênica pode-se perceber que as *políticas públicas de administração penitenciária* são

programas imperativamente traçados pela Constituição Federal e normas inferiores que a detalham, de execução *a priori* atribuída ao Poder Executivo da União, dos Estados e do Distrito Federal, cuja sistemática frustração de sua eficiência²⁸ enseja a necessidade – um dever, não faculdade – de o Judiciário intervir de modo a exigir a realização dos comandos constitucionais.

Do quanto foi visto acima, após se definir a noção jurídica de políticas públicas (II), depois de reconhecer-se a possibilidade de controle judicial das políticas públicas (III e III. 1), sobretudo com a utilização do procedimento de ponderação da teoria dos princípios como meio apto a equacionar os argumentos contrários e favoráveis ao controle e determinar, para o *caso concreto*, sobre a possibilidade (e a sua dimensão), ou não, da intervenção judicial a impor à Administração Pública a realização de políticas públicas (III. 2), e depois de igualmente se definirem as políticas públicas de administração penitenciária nos parágrafos precedentes, resta-me alinhar estas considerações de modo a permitir algumas conclusões sobre o controle judicial das políticas públicas de administração penitenciária.

As políticas públicas de administração penitenciária são programas imperativos – de cumprimento obrigatório – impostos pela Constituição Federal (enquanto *direito fundamental* do preso) e por leis editadas pela União, Estados e Distrito Federal, e que, a despeito da competência discricionária que reside na definição concreta destes planos de ação, a teoria das reservas do possível (reservas fática e jurídica) não é suficiente, por si só, para impedir o controle judicial. Ao contrário, o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais deve sempre ser atendido porque além de representar o *mínimo* a ser feito para realizar os respectivos bens acolhidos pela Constituição como dignos de proteção jurídica, é ainda o mínimo a ser feito para que se possa reconhecer alguma eficácia ao *princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais*.

Portanto, todo *direito à prestação* que veicule direitos fundamentais – tal como o *direito à adequada administração penitenciária* – deve ser cumprido em seu *núcleo essencial*, sob pena de a Administração Pública ser coagida a prestá-lo por ordem judicial.

Acolhido o procedimento de ponderação da teoria dos princípios (4.2) é inevitável a percepção de que a precária condição existente nos presídios representa um elevadíssimo grau de não cumprimento do *direito à adequada administração penitenciária*, o que diretamente atinge o *núcleo essencial* deste direito e, inclusive, torna sem efeito o *princípio da máxima efetividade das normas constitucionais* – pois se compromete integralmente a eficácia do art. 5º, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal. Logo, não há como sobrepor em comprovação de importância qualquer outro princípio em sentido contrário, não há como, sob a teoria das reservas do possível, a Administração Pública escusar-se ao cumprimento do *direito à adequada administração penitenciária* sob a genérica alegação de que não tem recursos financeiros, que investe seus recursos em outros programas de governo etc. Não há, em última análise, qualquer discricionariedade administrativa se o *núcleo essencial* de direitos fundamentais não é atendido.

Sem a ilusória pretensão de exaustão do tema, até mesmo porque a solução depende da análise de cada caso concreto, com todos os informes e peculiaridades que particularizam cada conflito, a proposta deste estudo consistiu, primeiro, em formular os contornos

²⁸ A eficiência é princípio constitucional da Administração Pública – art. 37, caput.

possíveis do controle judicial das políticas públicas sem desprezar os argumentos contrários (a teoria das reservas do possível), mas com o devido esclarecimento e destaque aos argumentos favoráveis (o núcleo essencial do direito fundamental e ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais); segundo, oferecer critérios de ponderação destes argumentos que permitam, diante do caso concreto, e especificamente em relação ao *direito à adequada administração penitenciária*, resolver-se pela intervenção judicial na hipótese – como é recorrente – de aferir-se que o grau de não-cumprimento dos *direitos fundamentais* do preso atinge o seu *núcleo essencial*.

O que não mais é possível admitir é a simplista assertiva – e absolutamente desconectada da pertinente interpretação tópico-sistemática da Constituição Federal – de que não há legitimidade ao controle judicial das políticas públicas. O labor do intérprete é ingente, mas é possível – fundamental – proceder de modo a buscar, em cada caso concreto, os contornos e o alcance legítimos da intervenção judicial quando há a necessidade de efetivar o núcleo essencial do *direito à adequada administração penitenciária* por intermédio de políticas públicas eficientes.

Referências

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- BARCELOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-105, abr. 2005.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, p. 11-22, mar. 1997.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 2 v.
- PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. 2007. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.
- PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- REALE, Giovanni. *Introdução a Aristóteles*. 10. ed. Lisboa: Edições 70, 1997.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação constitucional no controle judicial das políticas públicas*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e ‘standards’ de ponderação. *Revista Virtual de Filosofia Jurídica e Teoria Constitucional*, [S.l.], n. 1, mar.-maio, 2007.

Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa

Luiza Barros Rozas¹

Juíza de Direito no Estado de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito *versus* termo; 3. Indeterminação e discricionariedade; 3.1. Direito germânico; 3.2. Direito francês; 3.3. Direito espanhol; 3.4. Direito brasileiro; 4. Conclusão; 5. Referências.

1. Introdução

A escolha de um tema representa a tomada de posição do jurista diante de determinada problemática. A abordagem do tema em tela tem por escopo traçar um panorama das principais teorias desenvolvidas a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados, bem como analisar a relação destes com a questão da discricionariedade.

O direito positivo está vertido numa linguagem que constitui seu modo de expressão. Essa camada de linguagem, como construção do homem, destina-se à disciplina do comportamento humano. As regras jurídicas, assim, têm por objetivo organizar a conduta das pessoas. Para tanto, o legislador se vale de uma linguagem técnica, o que significa dizer que se assenta no discurso natural, mas aproveita em quantidade considerável palavras e expressões de cunho determinado, pertinentes ao domínio das comunicações científicas.²

Vale lembrar que as linguagens consubstanciam sistemas ou conjuntos de símbolos convencionais, ou seja, os significados das palavras ou expressões linguísticas dependem sempre de uma convenção.³

Em outras palavras, linguagem é um sistema de signos que possibilita uma relação dialógica, interpretativa e de comunicação.

Ocorre que não raramente o legislador utiliza conceitos vagos, ambíguos ou incertos.⁴ A imprecisão e equivocidade dos conceitos, encontrados na linguagem cotidiana, transportam-se para a linguagem jurídica. Ao contrário das ciências exatas, caracterizadas por conceitos rigorosos, a linguagem jurídica é marcada por metáforas, metonímias, sinédoques e outras figuras de linguagem, em que se destacam os graus de

¹ Mestre e doutoranda em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professora Assistente da Escola Paulista da Magistratura.

² CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 2-4.

³ GRAU, Eros. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 58.

⁴ Um símbolo é *vago* quando seu possível campo de referência é indefinido; um símbolo é *ambíguo* quando é possível usá-lo para um campo de referência com diferente intenção, isto é, manifestando qualidades diversas (FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução do estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 258).

sentimento e de interesse no discurso, tornando-o vivo e retórico. Daí a presença de inúmeros conceitos jurídicos indeterminados.⁵

A ambiguidade não deve ser confundida com a vagueza. A primeira resulta de aspectos lexicais, particularmente da polissemia e da homonímia. Polissêmica é uma palavra ou frase que possui mais de um significado ou significados diversos. Homônimas, por sua vez, são duas ou mais palavras idênticas, seja quanto ao som, seja quanto à grafia. Já a vagueza se relaciona com a indecisão e a dúvida.

Os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos, ou seja, não são dotados de um sentido preciso e objetivo. Do ponto de vista estrutural, possuem uma zona de certeza quanto ao seu significado, habitualmente chamada de *núcleo conceitual*. Essa zona qualifica o campo dentro do conceito em que se tem uma noção clara e precisa do seu significado.

De um lado, há a *zona de certeza positiva*, representada pelo campo em que ninguém duvida da efetiva aplicação do conceito. De outro, há a *zona de certeza negativa*, qualificada pelo campo em que ninguém duvida da impossibilidade de aplicação do conceito.

Contudo, entre as zonas de certeza positiva e negativa, vigora um espaço de dúvidas quanto à aplicação ou não do conceito. Tal espaço é chamado de *zona de incerteza* ou *halo conceitual*.

Segundo José Eduardo Martins Cardozo, “apenas quando essa zona conceitual tiver grande amplitude é que o conceito jurídico poderá ser qualificado de indeterminado”.⁶

2. Conceito *versus* termo

Vigora na doutrina um aceso debate a respeito da atribuição do adjetivo *indeterminado*. Para uns, indeterminado é o conceito, para outros, indeterminado é o termo que expressa o conceito.

O conceito é a forma intelectual que exprime o objeto de conhecimento, é a representação intelectual de um ser ou de uma coisa.⁷

Segundo Eros Grau, a peculiaridade dos conceitos jurídicos é que eles não são referidos a objetos, mas a significações. Ou seja: o *objeto* do conceito jurídico não existe *em si*, isto é, dele não há representação concreta, nem mesmo gráfica. Os conceitos jurídicos são signos de significações (signos de primeiro grau) atribuíveis a coisas, estados ou situações. Portanto, são *signos de segundo grau*, pois têm como objeto uma significação atribuível à coisa, estado ou situação. Por essa razão, sustenta o autor ser mais adequada a expressão *termos indeterminados de conceitos*, uma vez que o conceito é uma abstração, uma soma de ideias e, como tal, deve ser, no mínimo, determinado.⁸

Já Celso Antônio Bandeira de Mello posiciona-se no sentido contrário, afirmando que indeterminados são os conceitos, e não os termos. Afirma:

⁵ ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação: elementos para o discurso jurídico*. Bauru: Edipro, 2000. p. 170.

⁶ GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 67.

⁷ ALVES, 2000, p. 170.

⁸ GRAU, 1988, p. 61-67.

A imprecisão, fluidez, indeterminação, a que se tem aludido residem no próprio conceito e não na palavra que os rotula [...]. Se a palavra fosse imprecisa – e não o conceito – bastaria substituí-la por outra ou cunhar uma nova para que desaparecesse a fluidez do que se quis comunicar.⁹

Entendemos ser mais correta a adoção da expressão *conceitos jurídicos indeterminados*, já consagrada pelo direito pátrio e estrangeiro. Irene Patrícia Nohara, seguindo os ensinamentos de Sainz Moreno, aduz que a discussão teórica sobre a diferença entre conceito e termo é típica de uma visão referencialista da linguagem e de uma análise empírico-positivista da realidade. Para ela, a relação entre conceito e termo é de vinculação essencial, pois a escolha dos termos influi no significado do conceito. Em suas palavras: “não é possível desvincular totalmente os conceitos dos termos, pois estes últimos constituem, em muitas hipóteses, os primeiros”.¹⁰ Termos não são meros instrumentos que nos conduzem ao conceito. Pelo contrário: a escolha dos termos na explicação da realidade é feita em função de determinantes históricas, sociais, culturais, etc. A atitude platônica do jurista que procura se afastar da realidade e intenta lapidar a linguagem para alcançar o que acredita ser a essência de um conceito, entendendo-o como algo absolutamente jurídico, jamais será neutra.

Feitas as devidas advertências, fiquemos, então, com a expressão *conceitos jurídicos indeterminados*.

3. Indeterminação e discricionariedade

Embora a existência de conceitos jurídicos indeterminados seja bastante comum em vários ramos do direito, é no direito administrativo que ela ganha especial relevância, uma vez que se relaciona com o tema da discricionariedade.

O conceito jurídico indeterminado sempre gera discricionariedade? Qual a relação lógico-jurídica que necessariamente existe entre essas duas espécies conceituais?

A resposta a tal indagação depende do modo de encarar as funções estatais, ora alargando-se, ora restringindo-se a posição da Administração Pública diante dos direitos individuais.

Primeiramente, é importante lembrar que a discricionariedade é:

A margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal”.¹¹

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 21.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002. p. 69-70.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, op. cit., p. 48.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o *poder discricionário* é, antes de tudo, um *dever discricionário*, uma vez que os poderes são meros veículos instrumentais para propiciar ao obrigado cumprir o seu dever. Ora, a atividade administrativa tem um caráter funcional, cabendo ao administrado perseguir a finalidade legal.¹²

A discricionariedade pode residir na *hipótese* da norma, quando a lei descreve a situação fática (motivo) de modo impreciso; no *comando* da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, mais de uma alternativa de conduta; ou na *finalidade* da norma.

A doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu na Áustria em meados do século XIX, como consequência da necessidade de saber se tais conceitos eram ou não suscetíveis de controle pelos tribunais administrativos. Mas foram a doutrina e a jurisprudência germânicas que relacionaram, pela primeira vez, a discricionariedade aos conceitos jurídicos indeterminados.¹³

Bernatzik, em obra publicada em 1886, sustentava, em síntese, que os conceitos legais indeterminados atribuem discricionariedade à autoridade administrativa. Tezner, ao seu turno, entendia que na interpretação e aplicação desses conceitos só existe uma única solução correta.

Hans Kelsen foi um dos autores que identificou a atividade interpretativa com a atividade discricionária, pois sempre há uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação. Ensina ele:

*O resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem. Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções.*¹⁴

Passemos agora a analisar o presente tema no direito estrangeiro e no direito brasileiro.

3.1. Direito germânico

Inicialmente, vigorou na Alemanha a doutrina que defendia a análise da atribuição de competência legal para a averiguação da discricionariedade, independentemente de se tratar ou não de conceitos indeterminados.

Entretanto, a mais recente doutrina alemã sustenta que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é questão totalmente distinta da discricionariedade. Superado o regime totalitário adotado de 1933 a 1945, instaurou-se o Estado de Direito, com a preocupação de impor limites à Administração Pública e ao Governo. Deste modo, procurou-se

¹² Ibid., p. 15.

¹³ NOHARA, 2002, p. 73.

¹⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 390.

limitar a discricionariedade, submetendo a Administração inteiramente à lei.¹⁵ O emprego de conceitos imprecisos pelo legislador não significa outorga de liberdade de escolha à Administração, pois somente o juiz, com sua imparcialidade e seus conhecimentos técnicos, tem condições de encontrar a solução mais adequada para o caso concreto. A discricionariedade somente existe quando a lei deixa ao administrador a possibilidade de optar por uma dentre várias soluções. O conceito jurídico indeterminado permite interpretação, e não discricionariedade. Contudo, nos últimos dez anos, percebeu-se certo abrandamento deste rigor para ampliar um pouco o conceito de discricionariedade. Neste sentido, passou-se a reconhecer a necessidade de a lei, na impossibilidade de prever e disciplinar todas as situações, deixar um espaço de maior flexibilidade para a Administração Pública decidir segundo seus próprios critérios.¹⁶

3.2. Direito francês

Não houve na França uma doutrina substancial a respeito dos conceitos jurídicos indeterminados. O que se constata é uma tendência da jurisprudência em ampliar o controle da Administração quando se trata de conceito legal indeterminado, o que é feito com relação ao exame dos motivos e mediante aplicação da teoria do erro manifesto e do princípio da proporcionalidade dos meios aos fins.¹⁷

3.3. Direito espanhol

O direito espanhol sofreu forte influência da doutrina alemã, que tende a separar a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados da discricionariedade. Um de seus maiores expoentes foi García de Enterría, segundo o qual a discricionariedade é a liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, enquanto a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de interpretação da lei. Para ele:

*La aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales solo permiten una unidad de solución justa en cada caso.*¹⁸

Aduz o jurista espanhol que a discricionariedade é uma liberdade de escolha entre indiferentes jurídicos, pois a decisão se funda em critérios extrajurídicos. Ao contrário, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação e interpretação da lei.¹⁹ Sainz Moreno, discípulo de García de Enterría, afirma que “los conceptos jurídicos indeterminados son expresión de criterios jurídicos y, por tanto, constituyen

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 107.

¹⁶ *Ibid.*, 2001, p. 108.

¹⁷ *Ibid.*, p. 110.

¹⁸ GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1997. p. 449.

¹⁹ *Ibid.*, p. 450

la expresión de ideas rectoras de las decisiones administrativas, en ningún caso fuente de discricionariedad”.²⁰ Ademais, sustenta que a discricionariedade pura somente existe quando o critério de decisão deixa de ser jurídico para se converter em político.²¹

3.4. Direito brasileiro

Embora muito debatido na doutrina e jurisprudência alienígenas, o tema dos conceitos jurídicos indeterminados foi pouco desenvolvido no direito brasileiro.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro identifica duas posturas básicas no tocante aos conceitos jurídicos indeterminados: 1) a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração porque, diante deles, ela tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução possível; e 2) a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração desde que se trate de conceito de valor.²² Para Eros Grau, seguidor do entendimento da moderna doutrina alemã, a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados nada tem a ver com a técnica da discricionariedade. A primeira enseja interpretação e é baseada em juízos de legalidade. A segunda, por sua vez, enseja liberdade de escolha e é baseada em juízos de oportunidade. A discricionariedade só pode resultar de expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber qualificações diversas.²³

Contudo, o autor critica o critério de García de Enterría, segundo o qual a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados enseja uma única solução justa. Segundo Eros Grau, interpretação não é ciência, mas prudência. A prudência, por sua vez, é razão intuitiva, que não discerne o exato, mas o correto. Deste modo, a interpretação supõe a faculdade de escolher uma entre as várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada. A interpretação é a atividade que se presta a transformar textos em normas jurídicas. A lógica jurídica é a lógica da decisão e escolha entre várias possibilidades, ou seja, é a lógica da preferência, e não da consequência. A interpretação, portanto, “supõe a faculdade do intérprete de escolher uma, entre várias interpretações possíveis, em cada caso, de modo que essa escolha seja apresentada como adequada – sempre, em cada caso, inexistente uma interpretação verdadeira”.²⁴

Tércio Sampaio Ferraz, com precisão, ensina:

*A determinação do sentido das normas, o correto entendimento do significado dos seus textos e intenções, tendo em vista a decidibilidade de conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica [...]. O propósito básico do jurista não é simplesmente compreender um texto, mas também determinar-lhe a força e o alcance.*²⁵

²⁰ MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa*. Madri: Civitas, 1976. p. 312.

²¹ *Ibid.*, p. 307.

²² DI PIETRO, 2001, p. 116-119.

²³ GRAU, Eros. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 192.

²⁴ *Ibid.*, p. 211-212.

²⁵ FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 256.

Para Lucia Valle Figueiredo, “diante de determinado conceito, há, inicialmente, problema de interpretação. Interpretado o conceito, teremos subsunção. Só depois é que se vai colocar alguma discricionariedade”.²⁶ Interpretar é demonstrar o sentido da norma; subsumir é enquadrar o caso concreto no sentido da norma.

Já Celso Antonio Bandeira de Mello sustenta que os conceitos jurídicos indeterminados podem constituir uma fonte de discricionariedade. Para ele, “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”.²⁷ Ressalta:

*É excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicação ou não do conceito por elas recoberto.*²⁸

Isso porque, segundo o citado autor, há diversas situações em que mais de uma inteligência é razoavelmente admissível. Conclui, portanto, que “a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos”.²⁹

Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que tanto na discricionariedade quanto na interpretação há um trabalho intelectual prévio à aplicação da lei aos casos concretos.³⁰ Porém, a aparente liberdade do juiz para aplicar a lei ao caso concreto não se confunde com a liberdade da Administração de decidir discricionariamente.

Regina Helena Costa, em seu trabalho *Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa*, traz uma posição intermediária, ensinando que a menção a conceitos indeterminados pela lei pode ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária à Administração Pública, ou seja, a solução à questão não pode ser fornecida aprioristicamente, mas apenas diante do caso concreto.³¹

A autora classifica os conceitos jurídicos indeterminados em *conceitos de experiência* e *conceitos de valor*. Nos primeiros, o administrador, após a interpretação, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de escolha de seu significado. Nos segundos, ao revés, terminada a interpretação, cabe ao administrador definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade.

Segue, desta forma, o pensamento de Ernst Forsthoff, segundo o qual a determinação dos conceitos puramente empíricos não é exercício de poder discricionário, mas de interpretação. Já nos conceitos de valor não há como eliminar completamente a discricionariedade.³²

²⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 122.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 23.

²⁸ *Ibid.*, p. 22.

²⁹ *Ibid.*, p. 27-28.

³⁰ DI PIETRO, 2001, p. 119.

³¹ COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.

³² FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 126 e 132.

Ressalta, todavia, que tanto a interpretação quanto a valoração envolvem uma apreciação do agente. O que as distingue são os critérios que utilizam para proceder a essa apreciação: aquela emprega critérios objetivos e externos; esta se vale de critérios subjetivos, próprios do agente.

Destarte, no caso de conceitos de experiência, o controle judicial é amplo, exatamente porque cabe ao Judiciário, como função típica, interpretar o alcance e o sentido das normas jurídicas para sua justa aplicação. Por outro lado, diante de conceitos de valor, e, portanto, diante de discricionariedade, o controle judicial é apenas um controle de contornos, de limites, ou seja, cabe ao Judiciário apenas verificar se a escolha feita pela Administração se manteve nos lindes do razoável.

Conjuga deste mesmo entendimento José Eduardo Martins Cardoso. Para ele “é rigorosamente equivocado imaginar-se que os conceitos jurídicos indeterminados geram necessariamente um poder discricionário ou que jamais podem gerar esse poder ao administrador público”.³³ O fato é que às vezes podem gerar poderes discricionários, às vezes não. Ora, nem sempre a atividade de interpretação consegue indicar um único sentido objetivo, plausível, razoável e adequado ao ordenamento jurídico para a fixação de seu sentido e alcance.

Por conseguinte, se a situação fática tiver enquadramento indubitado no âmbito da zona de certeza ou do núcleo conceitual, apenas uma alternativa possível se apresentará para ser seguida *in casu* pelo administrador público. Ao contrário, se os fatos se situarem na *zona de incerteza* ou no *halo conceitual*, há possibilidade de outorga de poder discricionário. Nas palavras de José Eduardo Martins Cardozo:

A inteligência humana é finita. Não possui poderes de racionalidade insuperáveis e transcendentais capazes de apontar sempre, e em qualquer caso, dentre os sentidos interpretativos de uma norma legal, qual é comprovadamente o objetivamente melhor”.³⁴

Contudo, é imprescindível ressaltar a observação de Celso Antônio Bandeira de Mello: “mesmo que vagos, fluidos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma ou na finalidade têm algum conteúdo mínimo indiscutível”.³⁵ Esse conteúdo mínimo, por sua vez, só pode ser determinado em dado momento e lugar, pois o Direito é um fenômeno cultural.

Portanto, quando os conceitos jurídicos indeterminados gerarem discricionariedade, as alternativas válidas identificadas pelo ato de exegese integrarão o mérito do ato, e o controle judicial jamais poderá revê-las. Quando não gerarem, estaremos diante do exercício de um poder vinculado passível de revisão, em caso de invalidade da decisão tomada.³⁶

Para Irene Patrícia Nohara:

³³ GARCIA, 2005, p. 75.

³⁴ *Ibid.*, p. 74.

³⁵ BANDEIRA DE MELLO, 1993, p. 29.

³⁶ GARCIA, 2005, p. 75.

*O conceito jurídico indeterminado pode ou não conferir discricionariedade, e o critério para essa verificação não se pauta na natureza do conceito, mas na sua disciplina legal concretizada, ou seja, aliada à aptidão que os fatos possuem para comprovar a realidade normatizada.*³⁷

Assim, tanto a averiguação do conteúdo da norma como a constatação e qualificação dos fatos e sua conexão com o Direito são operações típicas da função jurisdicional.

Comungamos do entendimento de que os conceitos jurídicos indeterminados ora podem gerar discricionariedade, ora podem outorgar poder vinculado. A verificação só pode ser feita diante do caso concreto.

Primeiramente, é forçoso esclarecer que a dicotomia entre discricionariedade e interpretação é, em parte, falaciosa, uma vez que toda norma jurídica é resultado de um processo interpretativo. Já foi dito que a interpretação é, fundamentalmente, a atividade de transformar textos em normas jurídicas. E a interpretação não permite uma única solução verdadeira. Destarte, mesmo nas hipóteses de atribuição de poder discricionário, há que se realizar o trabalho de busca do sentido da norma jurídica. A discricionariedade começa onde termina a interpretação.

Ademais, a distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor não é dotada de elevado rigor científico, pois há conceitos de experiência indeterminados e conceitos de valor determinados e passíveis de controle judicial. É possível afirmar, inclusive, que, do ponto de vista estrutural, tais conceitos são idênticos, pois ambos têm um núcleo essencial e um halo que os rodeia.

Ressalte-se que para Miguel Reale o direito é composto de *fato*, *norma* e *valor* (teoria tridimensional). O fato é a condição da conduta, a base empírica da ligação intersubjetiva; o valor é a intenção primordial; e a norma, por fim, é medida de concreção do valioso no plano da conduta social. Tais elementos encontram-se presentes onde quer que se encontre a experiência jurídica. O citado autor menciona que “o valor envolve uma orientação e, como tal, postula uma quarta nota, que é a *preferibilidade*. É por essa razão que toda teoria do valor tem como consequência, não causal, mas lógica, uma teleologia ou teoria dos fins”.³⁸ Portanto, mesmo nos conceitos de experiência há um componente valorativo, pois este é inerente ao fenômeno jurídico. Onde há direito, há valor. Como identificar então os casos em que os conceitos jurídicos indeterminados geram discricionariedade? Nas hipóteses em que os fatos se subsumem à zona de certeza positiva ou negativa de um conceito jurídico indeterminado não há que se falar em poder discricionário. Tomemos, por exemplo, a expressão “estado de pobreza”. Trata-se de um conceito impreciso. Será inegável, todavia, que uma pessoa que não tenha renda mínima para sobreviver viva indubitavelmente em “estado de pobreza”. Por outro lado, uma pessoa que receba mensalmente milhões de dólares não poderá ser tida como “pobre”. No entanto, há casos em que os fatos se situam na zona de incerteza ou no halo conceitual do conceito jurídico indeterminado. Consequentemente, a interpretação do conceito poderá resultar em mais de uma opção válida para o administrador público. Usando o exemplo anterior, em dadas situações não será possível afirmar indubitavelmente que alguém é rico ou pobre, mesmo

³⁷ NOHARA, 2002, p. 78.

³⁸ REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 144.

que o administrador se valha de todos os meios para delimitar o âmbito de uma expressão vaga ou ambígua. São nessas hipóteses que entendemos haver discricionariedade. Contudo, esse poder discricionário não implica livre apreciação. A autoridade administrativa deve utilizar todos os métodos possíveis de exegese para alcançar o interesse público que o legislador quis proteger ao conferir-lhe discricionariedade.³⁹ Por fim, é importante frisar que, havendo dúvida sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, incumbirá ao Poder Judiciário conferir se a Administração se manteve no campo significativo da aplicação da regra ou não.

Conforme bem salienta José Eduardo Martins Cardozo, “fala-se da discricionariedade ou do mérito do ato administrativo como se fossem verdadeiros mantos sagrados que, uma vez estendidos, protegem as realidades que encobrem, por mais arbitrárias e ilegais que sejam”.⁴⁰

O Judiciário é sempre a instância mais apta para aferir se o agente público agiu em conformidade com o Direito. O art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988, estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Somente por meio do controle judicial, ainda que seja um controle de contornos, é possível submeter a Administração Pública ao princípio da legalidade e aos princípios do Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão

Conforme vimos, a relação dos conceitos jurídicos indeterminados com a discricionariedade suscita acesos debates na doutrina e jurisprudência, sendo tema de grande atualidade.

De um lado, há os adeptos da *teoria da univocidade*, que sustentam que na interpretação e aplicação dos conceitos indeterminados há uma única solução correta. De outro, há os adeptos da *teoria da multivalência*, que defendem a existência de uma pluralidade de soluções justas diante de um conceito vago ou ambíguo.

Após analisar os inúmeros argumentos sustentados pelas teorias supracitadas, concluímos que a solução para esta controvérsia não pode ser dada de maneira apriorística, mas apenas diante do caso concreto.

Deste modo, há situações em que a existência de conceitos jurídicos indeterminados outorga um poder vinculado; há outras em que a presença deles possibilita ao administrador público a escolha de mais de uma opção válida. Neste último caso haverá discricionariedade.

Por fim, diante de um litígio a respeito da correta aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, será o Poder Judiciário a instância mais apta a resolvê-lo.

5. Referências

ALVES, Alaôr Caffé. *Lógica: pensamento formal e argumentação*: elementos para o discurso jurídico. Bauru: Edipro, 2000.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed, São Paulo, Atlas, 2001. p. 121.

⁴⁰ GARCIA, 2005, p. 76.

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, São Paulo, v. 29, p. 79-108, jun. 1988.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução do estudo do direito: técnica, decisão e dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo; FERNANDEZ, Tomas Ramon. *Curso de Derecho Administrativo*. Madri: Civitas, 1997.
- GRAU, Eros. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- _____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos jurídicos, interpretación y discricionariedad administrativa*. Madri: Civitas, 1976.
- NOHARA, Irene Patrícia. *O motivo no ato administrativo*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Interesse público e proteção aos seres vivos

Marcos Pimentel Tamassia

Juiz substituto em segundo grau no TJSP

A ideia de escrever sobre este tema adveio do segundo encontro do Núcleo de Estudos de Direito Administrativo da Escola Paulista da Magistratura do ano de 2016, para o qual foi convidado o Professor Doutor Sérgio Ferraz, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Discorrendo sobre o conceito de interesse público e sua supremacia em face do interesse particular, observou o professor que, para a delimitação do que expressaria o que estaria contido na noção de interesse público, necessário é debruçar-se sobre o objetivo final perseguido pela atuação da Administração. Em outras palavras, o interesse público estaria sempre condicionado àquilo que deve buscar a atuação do Poder Público, nos termos do previsto pela Carta Magna, diploma maior a que está curvado. Examinando os primeiros artigos da Constituição Federal, lembrou-se de que, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, está o de promover o bem de todos (artigo 3º, IV), sendo certo que ela se fundamenta na preservação da dignidade humana (artigo 1º, III).

Confidenciou o palestrante que, a seu ver, a previsão constitucional estaria um tanto defasada, porquanto deveria incluir, dentre os seus princípios, o da defesa não somente dos interesses dos seres humanos, mas, sim, a preservação dos direitos dos seres vivos de modo geral.

Tal observação me deixou bastante impressionado, uma vez que nunca tinha ouvido falar em semelhante ousado e avançado pensamento. Pensei, então, se para a definição do que seria interesse público, a Administração Pública deveria pensar não somente no bem-estar da coletividade de seus administrados seres humanos, mas, também, nos interesses de que seriam de certo modo titulares os demais seres vivos, em especial os animais, por nós tidos e definidos como seres irracionais.

Antes de mais nada, devemos ir aos mestres e deles extrair algumas definições do que seja interesse público, posto que, se há dele primazia sobre o interesse particular, não há como fugir de delinear bem esse conceito.

Evidentemente, a complexidade do assunto que tanto aflige os doutrinadores ensinará algumas nuances, as quais até poderiam ser objeto de uma síntese.

Celso Antonio Bandeira de Mello escreveu:

O interesse público, o interesse do todo, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo, enquanto partícipe da Sociedade (entificada juridicamente no Estado), nisto se abrigo também o depósito intertemporal destes mesmos interesses, vale dizer, já agora encarados eles em sua continuidade histórica, tendo em vista a sucessividade das gerações de seus nacionais.¹

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 60.

Entende o eminente doutrinador que não pode haver interesse público que seja contrário aos interesses dos membros da sociedade, na medida em que a organização do Estado tem como meta a oferta de condições de vida satisfatória ao bem-estar de cada um. Termina conceituando o interesse público “como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem*” (Ibid., p. 61, grifo do autor). Adverte o administrativista do equívoco “de supor que, sendo os interesses públicos interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado (e demais pessoas de Direito Público) seria ipso facto um interesse público” (Ibid., p. 62).

Não discrepa o saudoso Hely Lopes Meirelles que, em rápida pincelada, lembra:

*A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado. Esse interesse público prevalente é extraído da ordem jurídica em cada caso concreto; daí a dificuldade que os autores enfrentam para a sua definição.*²

Encerrando a pesquisa por estes dois doutrinadores, conclui-se que o interesse público que deve dirigir a atuação do administrador necessita de espelhar a soma dos interesses de cada integrante da sociedade, e não se confunde com o interesse do Estado, enquanto entidade que trabalha para busca do bem-estar da coletividade.

Propõe Luis Manuel Fonseca Pires:

A melhor forma de realizar o interesse público na contemporaneidade é assumi-lo líquido, e não por uma noção ultrapassada. Enfrentá-lo então em sua incerteza, com toda a sua indeterminação, o que, longe de relegá-lo, exige da Administração Pública o dever, primeiro, de assumir seu papel de intérprete da sociedade, e por esta perspectiva entender que as plurais aspirações sociais que tornam o interesse público tão escorado apenas confirmam ser indispensável redobrar o ônus de motivar as práticas administrativas.” (PIRES, Luis Manuel Fonseca. A discricionariedade administrativa e o interesse público líquido. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ROCHA, Sílvio Luis Ferreira; SAAD, Amauri Feres. Direito administrativo e liberdade: estudos em homenagem a Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 486-500)

Essa digressão foi feita para examinarmos a extensão que alcançaria o objeto do interesse público, conforme o proposto pelo Professor Sergio Ferraz, incluindo todos os seres vivos como titulares do direito ao bem-estar. Sendo certo que a Administração Pública, guiada pela missão de atingir o interesse público, deve atuar em prol da coletividade, bem como inserir, no conceito desta, não somente os seres humanos, mas também todos os seres vivos, não restariam dúvidas de que esse interesse, líquido, no dizer de Luis Manuel Fonseca Pires, sofreria menos restrita interpretação.

² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 113.

A jurisprudência aponta que há cotidianos conflitos entre o interesse dito da Administração e o que seria o direito ao bem-estar de um ser vivo, não pertencente à espécie humana.

O caso concreto que ilustra o que se propõe a ser discutido data do ano de 2011, quando eu ainda julgava na 4ª Vara da Fazenda Pública da Capital, e envolvia o Estado de São Paulo e o proprietário de uma égua manga-larga marchadora.

O equino fraturou um dos membros e, ao ser encaminhado para cirurgia, foi submetido aos exames de praxe que antecedem a operação, ocasião em que foi diagnosticado soropositivo para a Anemia Infecciosa Equina (AEI), doença de notificação obrigatória que, no Estado de São Paulo, conduz ao sacrifício compulsório.

O proprietário do animal não se conformou e impetrou mandado de segurança, propondo que o equino fosse transportado para um imóvel rural situado no estado de Mato Grosso, região em que a doença é endêmica e na qual se permite a permanência de animais infectados. Na inicial, foi exposta a logística que envolveria a mudança do animal sem o perigo de qualquer contágio da AEI para outro animal da mesma espécie, uma vez que já se encontrava isolado no Jockey Club de São Paulo, de onde poderia ser levado, em veículo lacrado, ao seu destino final.

A liminar proibindo a eutanásia e permitindo a viagem da égua até Mato Grosso foi por mim concedida e confirmada pela E. Segunda Instância. A segurança foi concedida por outro magistrado e mereceu chancela por parte da Egrégia 7ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, em venerando acórdão da lavra do desembargador Luiz Sérgio Fernandes de Souza.

Para o que interessa ao tema ora tratado, entendeu a Colenda Câmara que não havia interesse público a ser preservado na conduta da administração, em contrapartida à alternativa que ao animal seria vital. Decidiu-se que:

A perseguição movida pela Fazenda do Estado de São Paulo contra o animal doente, que busca a todo custo sacrificar, efetivamente cessou, porque levado para outro Estado da Federação, fora do campo de atuação da Secretaria de Defesa Agropecuária do Estado de São Paulo, tudo sob a proteção de decisões judiciais.” (Apelação/ Reexame Necessário nº 0027913-12.2011.8.26.0053)

Se buscarmos novamente a visão do Professor Sérgio Ferraz, podemos dizer que estamos diante de um caso típico em que o dever da Administração era o de preservar o bem-estar do cavalo, o qual, em vez de sofrer açodada eutanásia, pôde viver confinado em outro local, para onde foi levado com segurança, sem ameaça ao rebanho paulista, viabilizando o uso de seu material genético para obtenção de potros nascidos soronegativos, conforme pesquisa relatada no teor do próprio acórdão. O suposto interesse público de exterminar o animal infectado sucumbiu ao direito do animal de continuar vivo, embora em isolamento. Talvez um olhar menos avisado sobre o caso pudesse prestigiar somente as normas sanitárias vigentes no Estado, sem buscar outra solução que não significasse o desprezo pelo interesse de se manter o animal vivo.

Outra situação em que o Poder Judiciário conduziu e solidificou o interesse público na direção da proteção aos direitos dos seres vivos, pode ser verificada em um verdadeiro movimento protagonizado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, na região do

Vale do Ribeira. A instituição ajuizou ações civis públicas contra as diversas Prefeituras Municipais, para obter uma prestação jurisdicional no sentido de obrigar os entes públicos a instalar e operar centros ou núcleos para os serviços de recolhimento, reabilitação, cuidados e abrigo de animais domésticos dos seus territórios.

Citam-se, nessa esteira, dois exemplos, para ilustrar essa tendência que nada mais representa que o alargamento da noção do interesse público, abarcando a proteção animal e a adoção desses seres vivos como integrantes da sociedade em prol da qual deve a Administração atuar.

No primeiro caso, o Município de Pedro de Toledo foi condenado a operar o abrigo de animais, assentando o relator desembargador Edson Ferreira da Silva:

O sistema normativo de proteção aos animais não se coaduna com o controle demográfico de animais por meio de seu extermínio, o que só pode ocorrer quando nocivos à saúde e à segurança humanas ou quando em fase terminal.” (Apelação 0001385-02.2012.8.26.0280)

Dessa forma, uma eventual ação da Administração no sentido da captura e morte de animais sob o pretenso interesse público em manter a cidade asséptica não pode ser tolerada, já que colidente com a liquidez do conceito de interesse público, o qual pode incluir a manutenção dos seres vivos na liberdade que lhes é inata, desde que sempre monitorada a inexistência de reflexos negativos na saúde coletiva.

No segundo caso, foi a vez do Município de Iguape ser condenado a manter um abrigo congêneres, observando o relator desembargador Maurício Fiorito:

A gravidade da questão é de tamanha importância, que nos mais de vinte municípios do Vale do Ribeira não há um sequer centro público de controle de zoonoses ou de proteção de animais. Nesse sentido, como bem constou da sentença, o Ministério Público vem atuando de maneira uniforme em toda aquela região, ajuizando ações com idêntico teor. [...] Dentro desse contexto, constatado o descumprimento das normas legais pelo Município – pois se passou mais de uma década da promulgação do citado Código Estadual de Proteção aos Animais, sem que o Município de Iguape tenha implementada as medidas previstas – de rigor a imposição das obrigações legais pelo Poder Judiciário, sem que isso represente imissão indevida em âmbito discricionário da Administração ou desrespeito à independência dos Poderes.” (Apelação/Reexame Necessário 0003396-15.2012.8.26.0244).

Mais uma vertente do interesse público convergente com o interesse dos animais pode ser visualizada nas inúmeras contendidas envolvendo Prefeituras Municipais que pretendem a realização de rodeios e outras festas do gênero que, sem dúvidas, atraem o público, elevando as receitas do município, gerando empregos e impulsionando a circulação de bens. Contudo, no mais das vezes, não há preocupação da Administração em preservar o bem-estar dos animais, obrigando os legitimados, sejam ONGs de proteção ou o Ministério Público, a ajuizar ações civis públicas para impedir a tortura em que se consubstanciam muitas vezes esses tipos de competição.

A respeito do sofrimento causado aos animais utilizados nas diversas provas envolvidas nesse tipo de eventos públicos, muitas vezes promovidos pelas administrações municipais, vale conhecer o que diz Erika Bechara:

Proteger os animais da violência e maus-tratos se faz imprescindível por conta de sua senciência, ou seja, de sua capacidade de experimentar, de forma consciente, diversas sensações e sentimentos, como prazer, alegria, excitação, mas também dor, medo, estresse e angústia. Não há que se negar que os animais dotados de sistema nervoso central podem sofrer quando submetidos a agressões físicas e psíquicas. Com efeito, eles não conseguem expor a sua dor em palavras, como nós, humanos, fazemos. Mas eles conseguem expô-la com gritos, choro, lágrimas, olhares apreensivos ou desesperados, contrações, movimentos corporais de fuga e outras atitudes “que falam”. Se não duvidamos que um bebê está sofrendo dor ou incômodo porque ele chora, não podemos duvidar dos animais que se manifestam de modo semelhante ou, muitas vezes, até mais contundente. Ora, se os animais podem sofrer com ações que lhe são impingidas, porque o ordenamento jurídico deveria ignorar este sofrimento? Porque a dor de seres irracionais não deveria ter relevância para o Direito? (BECHARA, Erika. A crueldade contra os animais em manifestações culturais e esportivas. Revista do Advogado, São Paulo, ano 37, n. 133, p. 67-73, mar. 2017, p. 68)

Sabido é que a Constituição Federal atentou para esse aspecto de nossa convivência com os chamados seres irracionais, proibindo, em seu artigo 225, parágrafo primeiro, inciso VII, a prática de maus-tratos aos animais.

Mesmo assim, à revelia deste cânone constitucional, diversos municípios insistem em realizar e incentivar eventos em que ocorre a participação de animais, com utilização de instrumentos e adoção de práticas que provocam maus-tratos.

Contrariamente ao que deveria acontecer, ao invés de tomar as medidas efetivas para evitar a realização das práticas de verdadeira tortura contra os seres vivos, sob o pálio do falso interesse público consistente na atração de divisas e na preservação de manifestações culturais, não raro a administração municipal autoriza, permite e, até mesmo, organiza esse tipo de evento.

A jurisprudência tem se mostrado firme ao adestrar os administradores para que observem qual o verdadeiro interesse público a ser buscado: o conagraçamento, a realização de atividades lúdicas, a atração de rendas e o incremento do comércio e serviços, e sobretudo a proteção ao bem-estar dos animais que eventualmente possam ser usados.

No Estado de São Paulo, uma pesquisa rápida na jurisprudência sobre o assunto, de competência recursal das Câmaras Reservadas ao Meio Ambiente, confirma a tendência protecionista.

Na Apelação 1001941-64.2014.8.26.0070, de relatoria do desembargador Paulo Ayrosa, a Prefeitura Municipal de Batatais foi autorizada a realizar sua “Festa do Leite”, desde que fossem:

Observadas as restrições especificadas nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 4º da Lei nº 10.519/02, como meio de evitar injúrias ou ferimentos

aos animais, conforme ressaltado pela r. sentença, devendo as atividades ser fiscalizadas caso a caso, tanto pelos órgãos e agentes públicos, como também pelos gestores e empreendedores envolvidos no certame, além de entidades de proteção aos animais que assim o desejarem, dentre as quais, inclusive, a autora.

No mesmo sentido, o v. acórdão do desembargador Marcelo Berthe, na Apelação 0002025-25.2015.8.26.0498, que à Prefeitura Municipal de Trabiçu fez restrições à realização de rodeio, que deveria observar a abstenção tanto dos maus-tratos contra animais, como a utilização de instrumentos que os submetam a sofrimento.

Resumindo a atuação do Tribunal de Justiça de São Paulo nessa seara, decidiu-se o seguinte:

A questão dos maus-tratos está sedimentada nesta Câmara Reservada ao Meio Ambiente, como acima apontado, cabendo à municipalidade se abster de permitir, autorizar ou realizar os rodeios que impliquem em sofrimentos aos animais, tendo ainda que adotar medidas para coibir essas práticas de maus-tratos. (Agravo de Instrumento 2189478-37.2016.8.26.0000, Comarca de Cordeirópolis, relator desembargador Moreira Viegas)

Emblemática e paradigmática do assunto foi a decisão tomada na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983, ajuizada pelo procurador-geral da República, tendo como alvo a Lei do Estado do Ceará nº 15.299/2013, que regulamenta a realização da *vaquejada* naquele estado nordestino.

Essa competição consiste em soltar um espécime bovino em uma arena, para que uma dupla de competidores, montados em cavalos, persiga, domine e derrube ao chão o indefeso animal, puxando-o pelo rabo para que ele caia com as quatro patas para o alto. Impossibilitado de fugir ou se defender, torna-se evidente que a mera perseguição já significa enorme estresse para o ser vivo. Não raro, a brutalidade com que é disputada a prova, com violência física, acaba provocando o destacamento não intencional da cauda do animal, além das frequentes paralisias, fraturas nas costelas e outras lesões que decorrem da queda e que podem levar à morte. Não há outra finalidade desse sofrimento imposto a não ser o deleite dos que têm o gosto de presenciar o espetáculo.

Em apertada votação, acabou o Egrégio Supremo Tribunal Federal por declarar inconstitucional a *vaquejada*. Vale transcrever trecho do voto do Ministro Luís Barroso que, a talho de foice, vem crescer o conteúdo deste escrito:

Reconheço que a vaquejada é uma atividade esportiva e cultural com importante repercussão econômica em muitos Estados, sobretudo os da região Nordeste do país. Não me é indiferente este fato e lastimo sinceramente o impacto que minha posição produz sobre pessoas e entidades dedicadas a essa atividade. No entanto, tal sentimento não é superior ao que sentiria em permitir a continuação de uma prática que submete animais a crueldade. Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer. Embora ainda não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais, como seres sencientes, têm eles pelo menos o direito

moral de não serem submetidos a crueldade. Mesmo que os animais ainda sejam utilizados por nós em outras situações, o constituinte brasileiro fez a inegável opção ética de reconhecer o seu interesse mais primordial: o interesse de não sofrer quando esse sofrimento pode ser evitado.

Não é errado bradar que um Ministro da mais alta corte do país já está avistando um avanço próximo na defesa dos direitos dos animais. Ao dizer que “embora *ainda* não se reconheça a titularidade de direitos jurídicos aos animais”, está aventando a possibilidade de que *de lege ferenda* isso venha a ocorrer.

Assim sendo, parece que há vozes no Supremo Tribunal Federal a se juntar ao coro do Professor Sergio Ferraz, que divisa a necessidade de incluírem-se todos os seres vivos na noção de coletividade em prol da qual o interesse público deve gravitar, conforme foi mencionado no início deste trabalho.

Tomar uma corrente contrária, significaria, para Erika Bechara:

Um inadmissível especismo, que consiste no preconceito de uma espécie (no caso, a humana) com relação a outra (a animal). O especismo veicula a ideia de que os animais são seres inferiores e, por esta razão, não merecem que seus interesses sejam levados em consideração pelos seres superiores. Ao contrário, devem servir aos interesses dos seres superiores, já que esses sim é que importam.” (BECHARA, 2017, p. 68)

Este, portanto, o objetivo deste breve trabalho: iniciar uma discussão que teve sua alavanca na aula do Professor Sergio Ferraz no segundo encontro do Núcleo de Direito Administrativo da Escola Paulista da Magistratura. Devemos caminhar para conceituar o interesse público como a soma dos interesses de todos os seres vivos? Fica a reflexão.

Utilização de bens públicos e remuneração pelo uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviço público: nuances jurídicas

Mônica de Almeida Magalhães Serrano

Desembargadora do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução; 2. Bens públicos: delimitação conceitual; 3. Classificação bens públicos; 4. Domínio público: dimensão; 5. A utilização de bens públicos por particulares e instrumentos viabilizadores; 6. Concessão de serviços públicos: características; 7. Da inviabilidade de cobrança de uso de bens públicos em face de concessionária que executa serviços de interesse público: energia elétrica e outros; 8. Da possibilidade de cobrança de taxa de fiscalização e funcionamento em face de concessionárias quando da utilização de faixas de domínio para instalação de postes e torres e usurpação de competência da União; 9. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

É possível afirmar que desde a segunda metade do século XX a gestão do serviço público passou por substanciais transformações, tanto no plano político, como no social e econômico, provocando o Estado a buscar uma maior eficiência e presteza em sua atuação, com reduzida ingerência na área econômica, sem, contudo, desprezar seus objetivos primordiais, tais como insculpidos na Constituição Federal: sociedade justa, livre e igualitária, erradicação da pobreza, redução das desigualdades sociais, desenvolvimento nacional e, claro, o bem de todos.

Odete Medauar bem retrata o direito administrativo em tal contexto, esclarecendo que “o direito administrativo não flutua num espaço vazio, mas liga-se ao quadro social, político, econômico, institucional do País”, e coloca o Estado como interessante figura enquanto “espécie de centralizador político” ante o surgimento de uma “verdadeira constelação de entes estatais, políticos e administrativos, e de entidades da sociedade civil, como sindicatos, ordens profissionais, associações diversas, compondo uma rede de poderes”.¹

As relações jurídicas no cenário do direito administrativo brasileiro se tornam, a cada ano, mais complexas. A prestação de serviços, que era realizada basicamente de forma direta, se altera ante o movimento da desestatização que se torna cada vez mais intenso com a retirada gradual do Estado do papel econômico nacional. As mais diferentes modalidades contratuais surgiram a confirmar essa ideia. Como exemplo, as inovações das modalidades de concessão de serviços controlados pelo estado, tais como TV a cabo e o implemento das parcerias público-privadas, além do surgimento de franquias e arrendamentos.

¹ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.

Essas transformações provocam verdadeira revolução no direito administrativo, requerendo outras perspectivas no âmbito de atuação do Estado.

Nesse sentido, pondera Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Inegavelmente, aí está evidenciado um primacial e quicá mais importante efeito da globalização sobre o Direito Administrativo, pois desse texto se depreende que é a sua própria essência científica que necessariamente se altera e se transfigura, para adequar-se às transformações da administração pública em um Estado em mutação. Não se sustentam, portanto, os receios dos que imaginam que as transformações em curso no Direito Administrativo tenderão a condená-lo à redução e ao desaparecimento e, muito menos, à perda de importância; muito ao contrário, elas não só o ampliam além do público estatal ao público não-estatal, em fronteiras ainda sem limites, e o valorizam, uma vez que elevam, no processo, o seu referencial, que deixa de ser o Estado para ser o cidadão.²

Em tal contexto é que se pretende, neste trabalho, analisar a possibilidade de remuneração pela ocupação e uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, gás e outras. Busca-se verificar se o ente político pode efetuar cobrança de concessionárias de serviço público quando estas, para o fim de efetivar o objeto do contrato de concessão, necessitam usar/ocupar bens públicos de uso comum do povo para instalação de torres ou redes de transmissão.

Para tanto, de início, serão traçados os contornos conceituais da questão para que seja possível o enfrentamento do problema que anima este artigo.

2. Bens públicos: delimitação conceitual

A definição de bens públicos, embora não seja pacífica na doutrina, está relacionada de forma direta ou indireta com a realização de um interesse público.

No dizer de Odete Medauar:

Para realizar as múltiplas atividades que desempenha, a Administração necessita não só de poderes e meios jurídicos de expressá-los, mas também de um conjunto variado de coisas, de bens. Os bens têm importância pelo que representam em termos de riqueza pública, integrando o patrimônio do Estado, por serem meios de que dispõe a Administração para atendimento de seus fins e por serem elementos fundamentais na vida dos indivíduos em coletividade.³

O Código Civil brasileiro de 1916 já expressava o conceito de bem público, nos termos a seguir: “Art. 65. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes à União, aos Estados, ou aos Municípios. Todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 265-280, out. 2001.

³ MEDAUAR, 2013, p. 276.

Na mesma linha, o Código Civil de 2002 retrata praticamente o mesmo conceito: “Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Bens públicos, por conseguinte, de acordo com uma concepção meramente legal, seriam aqueles que pertencem às pessoas jurídicas de direito interno – União, Distrito Federal, Estados e Municípios.

Não restam dúvidas quanto ao conceito legal abranger os bens de autarquias e fundações de direito público, respectivas a cada uma das pessoas jurídicas de direito interno. A controvérsia repousa quanto aos bens das pessoas jurídicas de direito privado, tais como as empresas públicas, sociedades de economia e fundações cuja personalidade jurídica seja de direito privado.

Nesse ponto, a doutrina apresenta divergências. No entanto, é possível afirmar que há certa convergência em aceitar que, conquanto sejam privados, alguns dos bens das pessoas jurídicas de direito privado poderão estar submetidos ao regime de direito público quando vinculados à prestação de serviços públicos.

Evelise Pedrosa, em tal diapasão, diferencia bens públicos, em sentido restrito, como aqueles pertencentes apenas às pessoas jurídicas de direito público interno e respectivas autarquias e fundações, e:

Em sentido amplo, bem público também são os pertencentes às empresas públicas e sociedades de economia mista, mas apenas se prestadoras de serviço público. Estes bens, destinados à realização de serviço público, recebem tratamento jurídico de bens públicos.⁴

Nota-se, assim, que referida doutrinadora entende que o fato do bem ser vinculado à prestação de um serviço público lhe emprestaria a denominação de “bem público”. Com isso, pode-se afirmar que a denominação “bem público” está intimamente ligada à função desempenhada por este bem, seja ele pertencente a uma empresa pública, sociedade de economia mista ou, ainda, a uma concessionária de serviço público.

Em tal ponto, Maria Sylvania Zanella Di Pietro deixa clara a presença de um híbrido regime jurídico inerente à concessão de serviço público:

Como empresa privada, ela dispõe de bens particulares, inseridos no conceito do art. 98 do Código Civil; como tais, estão no comércio jurídico de direito privado, podendo ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo direito civil ou comercial, como alienação, locação, usucapião, direitos reais, inclusive os de garantia (penhor, anticrese e hipoteca). Mas, como empresa concessionária de serviço público, ela dispõe de bens que estão vinculados à prestação do serviço, sob pena de paralisação que infringe o princípio da continuidade. Esses bens estão submetidos a regime jurídico de direito público, da mesma forma que os bens de uso comum do povo e os bens de uso especial, referidos no Código Civil. Eles incluem-se na categoria de bens extra commercium, ainda que a lei não o diga expressamente; trata-se de

⁴ VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Direito Administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2011. p. 423.

*característica inerente ao princípio da continuidade do serviço público. Como consequência, tais bens estão fora do regime jurídico privado, não podendo ser objeto de relações jurídicas regidas pelo direito civil ou comercial.*⁵

Impõe-se, dessa forma, uma conceituação de bem público que ultrapassa os limites da definição legal trazida pela letra da lei, incluindo, em sua concepção, os bens de empresa pública e sociedades de economia mista, como também de concessionárias e outras entidades, desde que prestadoras de serviço público.

3. Classificação de bens públicos

O Código Civil, desde 1916, optou por uma classificação em três espécies de bens públicos, o que restou mantido pelo Código Civil de 2002, no artigo 99, que dispõe:

São bens públicos:

I – os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II – os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III – os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

A classificação de bens públicos pode ser apresentada sob diversos aspectos, mas a que trata da destinação, por certo, é a mais relevante.

Os bens de uso comum, assim, são aqueles destinados a toda coletividade, sem a necessidade de qualquer autorização da Administração Pública e, em princípio, são gratuitos, muito embora possa o uso de tais bens ser objeto de retribuição, de acordo com o que prevê e possibilita o artigo 103 do CC/2002.

Já os bens de uso especial são os destinados pela Administração para a realização de serviços públicos, como, a exemplificar, os prédios onde funcionam os fóruns.

Os bens de uso comum, bem como os de uso especial, possuem destinação específica e, enquanto afetados à sua natureza e qualificação, só podem ser objeto de alienação mediante prévia desafetação – art.100 do CC/2002.

Finalmente, os bens dominicais não estão ligados ou afetados ao uso comum ou serviços públicos e podem ser alienados, como também podem servir como meio de produção de renda, desde que obedecidos determinados requisitos legais pertinentes (art.101 do CC/2002). Aqui vale lembrar que, apesar de se tratar de bens disponíveis,

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 108.

isso não significa que se encontram sob regime privado. A exemplificar, para a alienação, exigem, em regra, prévia de licitação, por força do artigo 2º da Lei nº 8.666/1993.

4. Domínio público: dimensão

A expressão “domínio público”, em princípio, significa o conjunto de bens públicos. Contudo, parte da doutrina brasileira entende estar incluída na acepção de domínio público tão somente os bens de uso comum do povo e os bens públicos de uso especial.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro utiliza a expressão, como no Direito francês, abrangendo os bens de uso comum do povo e os de uso especial. E assim justifica:

Embora a designação de “bens do domínio público” não seja perfeita, porque pode dar a ideia de bens cujo uso pertence a toda a coletividade, preferimos utilizá-la como forma de contrapor o regime jurídico dos bens de uso comum e de uso especial, submetidos ao direito público, ao regime dos bens do domínio privado do Estado (bens dominicais), que é parcialmente público, parcialmente privado.⁶

Já Odete Medauar prefere a acepção “domínio público” a englobar o conjunto de bens públicos, incluindo as três espécies, explicitando:

Em ordenamentos estrangeiros, em especial no francês e no italiano, os vocábulos domínio ou domínio público abrangem somente dois tipos de bens públicos: os de uso geral do povo (exemplos: rua, praça) e os bens empregados no serviço público (exemplo: prédio de uma escola pública). Tais ordenamentos utilizam a expressão domínio privado do Estado para designar os bens destinados ao uso direto da própria Administração, que podem ser mais facilmente alienados. Embora autores brasileiros também empreguem essa expressão, parece que gera confusão, levando a supor que o Estado teria um domínio privado, o que é incorreto, com tratamento norteado pelo direito privado, o que é igualmente incorreto; por isso, nesse livro, tais expressões não são adotadas.⁷

O direito administrativo português também parece seguir a linha que contrapõe domínio público e domínio privado entre os bens do Poder Público:

Os bens que pertencem à Administração – e que esta utiliza, de forma mais ou menos direta, na prossecução de interesses públicos – caracterizam-se pela sua variedade, encontrando-se, para além do mais, sujeitos a regimes jurídicos diferenciados. Por isso é comum distinguir-se, de entre os bens pertencentes à Administração, aqueles que integram o seu domínio público, dos que pertencem ao seu domínio privado, diferenciando-se, ainda, quanto

⁶ DI PIETRO, 2017b, p. 845.

⁷ MEDAUAR, 2013, p. 275.

*a estes, os bens do domínio privado disponível dos bens do domínio privado indisponível.*⁸

De toda forma, a seguir entendimento supra alinhado de Odete Medauar, parece mais adequada do ponto de vista didático a aceção domínio público que absorve as três espécies de bens públicos.

5. A utilização de bens públicos por particulares e instrumentos viabilizadores

Os bens públicos podem ser utilizados pela própria pessoa jurídica titular do bem, como também ser cedidos a outros entes públicos, admitindo, ainda, uso privado.

Assim a Administração pode realizar serviços públicos diretamente ou por meio de uma estrutura indireta (descentralização), com a configuração de entidades com personalidade própria e dotadas de patrimônio e pessoal próprios.⁹

Outrossim, além de entes da Administração Indireta, cuja criação é implementada (autarquias) ou autorizada por lei, a Administração pode ainda celebrar contratos e parcerias para dar conta de todas as suas atividades, inclusive com particulares sob regime de direito público, o que pode envolver a transferência de bens.

Quando cedidos a particulares, os bens podem atender à mesma destinação prevista originariamente ou a outras finalidades. A utilização de bens, como alerta Maria Sylvia Zanella Di Pietro, pode ser de uso privativo normal (rua aberta à circulação) ou anormal (mesma rua utilizada para festejos ou desfiles)¹⁰ e, ainda, de uso comum ordinário ou comum extraordinário:

O uso comum ordinário é aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária.

*O uso comum extraordinário está sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, ou porque limitado a determinada categoria de usuários, ou porque sujeito a remuneração, ou porque dependente de outorga administrativa.*¹¹

Importante ressaltar que para o uso do bem público por particular, os instrumentos que devem ser manejados, quando se tratar de utilização de bens de uso comum e de uso especial, são a autorização, a permissão e a concessão de uso. Os bens dominicais, por sua vez, que se inserem na seara do comércio de direito privado, podem ser objeto tanto de instrumentos de direito público, como de contratos típicos do direito privado, como locação e arrendamento.

⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 349.

⁹ São entes da Administração Indireta as autarquias, empresas públicas sociedades de economia mista e fundações públicas. Como ensina Odete Medauar, essas entidades possuem personalidade jurídica própria mas “juridicamente, entre essas entidades e a Administração Direta não existem vínculos de hierarquia: os poderes centrais exercem um controle (tutela, controle administrativo, supervisão ministerial) que, do ponto de vista jurídico, não se assimila ao controle hierárquico, embora na prática possa assim parecer” (MEDAUAR, 2013, p. 81).

¹⁰ DI PIETRO, 2017b, p. 861.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 864

6. Concessão de serviços públicos: características contratuais

A concessão de bem público é contrato por meio do qual a Administração Pública transfere a terceiros a execução de serviço ou obra pública ou, ainda, quando concede a particular a utilização, de forma privativa, de uso de bem público, com prazo determinado, devendo, ainda, o bem, ser utilizado de acordo com a finalidade prevista.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece as espécies de concessão, as quais, segundo a autora, pertencem à corrente adotada em maior parte pela doutrina brasileira, que distingue a concessão em translativa e constitutiva, ressaltando a autora, ainda, que em muitos contratos há a conjugação de diferentes modalidades, sendo uma delas o objeto principal e que, existindo hoje várias modalidades, a concessão de serviços públicos sob a Lei nº 8987/1995 é a denominada tradicional ou comum.¹²

A concessão é definida pela Lei nº 8.987/1995, com aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, como contrato, motivo pelo qual, em regra, exige a realização prévia de licitação, sob a modalidade de concorrência (artigo 14 da Lei nº 8.987/1995).

Como contrato¹³ que se submete ao regime público, justamente por conter como objeto serviço público, verifica-se a presença das denominadas cláusulas exorbitantes, que conferem prerrogativas e determinados poderes à Administração Pública, colocando-a em situação de supremacia em relação ao contratado. Por força de tais cláusulas exorbitantes, é possível que o poder concedente altere unilateralmente o contrato – art. 58, I, Lei nº 8.666/1993 –, exerça poder de direção e controle, aplique penalidades, bem como encampe, intervenha ou decrete a caducidade da concessão, a fim de resguardar o interesse público.

Como bem nos ensina Eugenia Cristina Cleto Marolla:

Na concessão de serviços públicos, a concedente transfere, ao concessionário, o direito de prestar o serviço (execução) e não a sua titularidade, mantendo total disponibilidade do serviço concedido e o direito de o reaver, quando assim desejar [...] a cura do interesse público impõe diversos poderes-deveres ao concedente.¹⁴

Verifica-se, desta feita, que a finalidade dos poderes da Administração Pública no bojo do contrato de concessão é justamente a realização de interesse público, a concretização satisfatória do serviço concedido.

¹² DI PIETRO, 2017a, p.333: “a) Concessão de serviço público, em sua forma tradicional, disciplinada pela Lei nº 8.987/95; a remuneração básica decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço; b) Concessão patrocinada, que constitui modalidade de concessão de serviço público, instituída pela Lei nº 11.079/04, como forma de parceria público-privada; nela se conjugam a tarifa paga pelos usuários e a contraprestação pecuniária do concedente (parceiro público) ao concessionário (parceiro privado); c) Concessão administrativa, que tem por objeto a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta e indireta, podendo envolver a execução de obra ou fornecimento e instalação de bens; está disciplinada também pela Lei nº 11.079/04; nessa modalidade, a remuneração básica é constituída por contraprestação feita pelo parceiro público ao parceiro privado; d) Concessão de obra pública, nas modalidades disciplinadas pela Lei nº 8.987/95 ou pela Lei nº 11.079/04; concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem, disciplinada por legislação esparsa”.

¹³ Embora existam outras correntes doutrinárias, tais como a teoria unilateral, teoria bilateral ou contratual e teoria mista, a doutrina em sua maioria se inclina à natureza de contrato administrativo, inclusive a CF e Lei nº 8987/1995 assim também disciplinam.

¹⁴ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011. p.35.

A concessão no Brasil foi implementada com a ideia de aliar desenvolvimento econômico, sem que o Estado tivesse que dispor de recursos públicos. Mas, citando novamente Eugenia Cristina Cleto Marolla:

A necessidade de maximizar a prestação de serviços públicos e de intervenção no domínio econômico, com vistas a realizar os novos papéis estatais em atendimento às demandas sociais, não se coadunavam com a concepção clássica de concessão de serviços públicos, o que levou à alteração dos traços iniciais da concessão.

A doutrinadora alerta que o Estado passou a participar dos prejuízos advindos da concessão, com a assunção dos riscos, o que levou ao declínio da concessão, resultando na criação de pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista), as quais também apresentaram problemas pelo conflito de interesses entre o Estado e o particular, fazendo surgir empresas públicas, com capital totalmente público, gerando déficits estatais. Com a Reforma do Estado, passa-se a buscar a prestação de um serviço público mais eficiente e sem ônus financeiro, com instalação do movimento de privatização, surgindo nova fase da concessão:

Nessa nova fase da concessão, a exclusividade na prestação dos serviços passou a ser a exceção. Ela só ocorreu nos casos de impossibilidade material ou econômica da prestação do serviço público em regime concorrencial. Essas barreiras, que permitiram a manutenção de monopólios naturais limitadores da concorrência, estão sendo superadas, dia a dia, pelos avanços tecnológicos. Exemplo disso está no compartilhamento de infraestrutura pelos competidores que prestam o mesmo serviço, tal como ocorreu com a prestação de serviço de fornecimento de energia elétrica. Nesses casos, o monopólio da infraestrutura por um dos competidores, não impede a participação dos demais, havendo o dever do titular do monopólio permitir o acesso, ante o pagamento de uma remuneração adequada, dos demais competidores ao conjunto de bens de infraestrutura necessários à prestação do serviço.¹⁵

O equilíbrio econômico-financeiro, assim, passa a ser elemento essencial ao contrato de concessão, lembrando que o ente privado tem o legítimo interesse de lucro, mas deve observar a necessidade da devida adequação do serviço ao pleno atendimento dos usuários e ao interesse coletivo, além de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (arts. 6º e 7º da Lei nº 8.987/1995). Mas ao concessionário é resguardada, por outro lado, a possibilidade de remuneração proporcional e adequada às atividades desenvolvidas, com base na política tarifária, com possibilidade de revisão contratual, caso quebrado o equilíbrio financeiro, nos termos da lei e conforme previsões do edital e cláusulas contratuais (art. 175, parágrafo único, CF, e art. 9º, parágrafo 4º, da Lei nº 8.987/1995).

¹⁵ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. Verbatim: São Paulo, 2011. p. 15-20.

Assim, desde que já delimitado o conceito de bem público de uso comum, bem como expostas as características do contrato de concessão, com o essencial elemento do equilíbrio econômico-financeiro, passa-se à análise da possibilidade de remuneração pelo uso de faixas de domínio para instalação de redes necessárias à prestação adequada do serviço objeto de concessão.

7. Da inviabilidade de cobrança de uso de bens públicos em face de concessionária que executa serviços de interesse público: energia elétrica e outros

Enfrenta-se, agora, o objeto principal do presente estudo: a possibilidade de remuneração pela ocupação e uso do solo e espaço aéreo em face de concessionárias, a fim de viabilizar o objeto contratual, consistente na manutenção e execução de serviço de energia elétrica, gás, entre outros, e a respectiva rede de instalações.

Como já explicitado, os bens públicos podem ser de uso comum do povo, de uso especial e dominicais.

Já as concessionárias de serviço público, tais como as concessionárias de energia elétrica e outros serviços de essencialidade pública para o regular cumprimento de suas finalidades e a devida execução do objeto contratual, por vezes, necessitam da ocupação do solo, subsolo e espaço aéreo, que se encontram em terrenos lindeiros às rodovias e faixas de domínio público, para a instalação de rede, cabos e/ou torres para transmissão de energia elétrica ou cabos de telefonia.

Essa faixa de domínio, sobre a qual se discute a possibilidade de cobrança pela utilização, configura claramente bem público de uso comum do povo, destinado ao proveito de todo e qualquer cidadão, seja em razão da natureza do próprio bem ou por destinação legal e, em princípio, é gratuito.

Ocorre, contudo, que atualmente tem sido comum o manejo de cobrança por parte de municípios pela utilização do solo e/ou espaço aéreo em face das concessionárias que pretendem a instalação de redes de transmissão de energia elétrica, gás ou telefonia, e também por parte das próprias concessionárias exploradoras de rodovias.

A questão a ser elucidada envolve vários aspectos do ponto de vista jurídico que precisam ser devidamente discriminados e sistematizados para uma análise com maior precisão técnica.

No âmbito da jurisprudência, nota-se que muitas decisões lançam mão de argumentos genéricos, sem tratar especificamente de todos os aspectos que o problema envolve. Desta feita, os pontos controversos mais relevantes serão primeiramente demarcados para que possam, em seguida, ser enfrentados e elucidados. São eles:

- a) Se os bens de uso comum podem ser objeto de cobrança, considerando que as faixas de domínio de rodovias e ferrovias constituem bens públicos, da modalidade uso comum;
- b) Se é possível exigir remuneração referente ao uso/ocupação de bens de uso comum e, em caso positivo, qual seria a natureza desta remuneração;
- c) Se a concessionária que executa o serviço público de manutenção e exploração de rodovias ou ferrovias, em nome próprio, pode efetuar cobrança em face de concessionária de energia elétrica outras ou pela utilização de faixa de domínio para instalação de postes ou cabos de transmissão;

d) Se o Município e/ou outro ente político responsável pela faixa de domínio, por sua vez, pode cobrar em face de concessionária de energia elétrica, de gás ou outras pela utilização de solo ou espaço aéreo para a instalação de redes de transmissão.

O primeiro ponto a ser enfrentado diz respeito, portanto, a saber se é possível exigir remuneração pela utilização de faixa de domínio, para fins de instalação de postes e/ou cabos de telecomunicação, energia elétrica, esgoto ou gás.

A faixa de domínio é bem público, de modalidade de uso comum do povo, possuindo, portanto, as mesmas características desta modalidade de bem público, ou seja, é destinada a toda coletividade e, em princípio, consubstancia utilização gratuita, mas pode ser objeto de cobrança, o que é expressamente autorizado por força do artigo 103 do CC/2002. Isto considerado, tratando-se de bem de uso comum do povo, a utilização desse tipo de bem, em tese, admite cobrança. A título de exemplo é possível citar o pedágio nas estradas. Isso a própria legislação permite. Não se discute.

E, desde que permitida legalmente a remuneração pela utilização de bens de uso comum do povo, há que se questionar qual seria a natureza desta remuneração: tributo ou preço público?

O Código Tributário Nacional, em seu artigo 3º, traz a definição de tributo:

Art.3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Relativamente ao conceito de tributo, pondera Regina Helena Costa:

Obrigação ex lege, vale dizer, nasce pela simples realização do fato descrito na hipótese de incidência prevista em lei, sendo, portanto, compulsória. Não possui caráter sancionatório – o que a distingue da multa, outra modalidade de prestação pecuniária compulsória. Por fim, a sua exigência se dá mediante atividade administrativa plenamente vinculada, significando que não há discricionariedade deferida ao administrador tributário no exercício da atividade estatal de exhibir tributos.¹⁶

Há grande debate na doutrina relativamente à natureza da remuneração pela utilização de bem público de uso comum. Alguns entendem se tratar de tributo e outros, preço público. Aqueles que tratam como tributo, verificam que a figura que mais se aproximaria, considerando as espécies tributárias, seria a taxa, por estar relacionada a uma atuação do Poder Público.¹⁷

¹⁶ COSTA, Regina Helena. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 133.

¹⁷ Alguns autores, como Geraldo Ataliba e Roque Carrazza, entendem que são três as espécies tributárias (impostos, taxas e contribuição de melhoria), e empréstimos compulsórios e demais contribuições seriam variações; já outros, como Regina Helena Costa e Estevão Horvath, entendem se tratar de cinco espécies tributárias. (COSTA, 2017, p. 137).

Contudo, conforme as definições aludidas, não se verifica na situação objeto de estudo, a ocorrência de nenhum dos elementos descritos, nem pela lei, nem pela Constituição Federal, para que possa ser configurada alguma das espécies tributárias, nem mesmo taxa.

Desse modo, conclui-se que, em verdade, se trata de preço público, posto que configura ato que se submete a regime de direito público, não constituindo, ademais, sanção de ato ilícito.

Eventual cobrança pela utilização de bem público caracteriza receita originária, que decorre de exploração econômica de patrimônio do Estado, e não receita derivada, como seria no caso de tributo, o qual advém, em regra, do patrimônio dos particulares, não do Estado. Ademais, a taxa pode ser cobrada pela utilização potencial, sendo a previsão de cobrança decorrência legal, ao contrário do preço público, cuja eventual remuneração se dá pela efetiva utilização e, ainda, decorre de contrato e não de lei.

Desta maneira, em tese, a remuneração pela utilização do bem público, por certo, não configura tributo, o que permite afirmar que a utilização de bens públicos, na modalidade de uso comum do povo, pode ser objeto de remuneração, embora seja usualmente gratuita, contudo, havendo remuneração, terá natureza de preço público.

Impõe-se agora a análise acerca da possibilidade da remuneração no bojo de contrato de concessão, em duas acepções distintas. De um lado, há a presença das concessionárias que executam e exploram serviços públicos, tal como energia elétrica ou telefonia, por força de contrato com a Administração Pública. Nesse caso, para viabilizar o cumprimento do contrato, é preciso que a concessionária implante torres e/ou postes e cabos em solo, subsolo e espaço aéreo, que configuram, muitas vezes, espaço público.

Em outros termos, a utilização de espaço público por concessionárias para instalação de torres e cabos para fins de transmissão de sinais de telecomunicação, energia elétrica, água ou esgoto se faz necessária para viabilizar concretamente a execução dos serviços de interesse público. Questiona-se, então, se esta utilização de bem público pode ser objeto de remuneração e se poderia a Administração Pública, que por vezes pode figurar como a própria concedente, exigir a remuneração. De outro lado, há a presença da concessionária responsável pela manutenção e execução de serviços de rodovia ou ferrovia, de competência estadual ou federal, sendo certo que a legislação que rege a espécie autoriza expressamente a possibilidade de auferir receitas alternativas, o que, de acordo com parte da doutrina e jurisprudência, englobaria a cobrança decorrente do uso da faixa de domínio das rodovias. Inclusive, verifica-se concretamente que alguns contratos de concessão incluem entre as cláusulas a possibilidade de cobrança de uso de bem público.

É fato que a faixa de domínio das rodovias e ferroviárias consiste em bem de uso comum do povo. Portanto, ainda que existente o contrato de concessão para manutenção e exploração de rodovias e ferrovias, as faixas de domínio mantêm a qualificação de bem público, cuja titularidade continua a pertencer ao ente político competente. Assim, a concessionária que explora o serviço de rodovias ou ferrovias não pode dispor de faixa de domínio, a qual permanece sendo bem público de uso comum e de titularidade do poder concedente. E, ainda que exista a previsão contratual de cobrança pela utilização da faixa de domínio, tal não pode subsistir. A presença de cláusula contratual não torna legítima a atuação da concessionária para realizar tal cobrança. A concessionária é autorizada à exploração e manutenção de rodovias e/ou ferrovias, inclusive

buscando lucro, com tarifas e/ou receitas alternativas, o que não se estende à faixa de domínio, até porque não se pode derogar o regime de direito público incidente sobre referido bem público.

Dessa maneira, embora seja verdade que a concessionária tem o direito de auferir lucro e até mesmo implementar rendas alternativas, tal não significa que ela tenha autorização para explorar bem do qual não possa dispor, uma vez que a faixa de domínio consubstancia bem público de uso comum do povo, que possui destinação específica e sobre o qual o concessionário não pode dispor. Até mesmo a Administração Pública se submete, no tocante aos bens de uso comum do povo, às disposições legais.

Inviável, dessa forma, a exigência de remuneração pela utilização de faixa de domínio, por parte da concessionária que explora o serviço público de rodovia ou ferrovia, ainda que o contrato de concessão desta tenha cláusula expressa com essa previsão, por absoluta falta de amparo legal.

Novamente, recorrendo à análise jurisprudencial, percebem-se posições nesse sentido, a exemplificar, o voto da Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria no julgamento do AI n. 2004.04.01.040718-7/RS, em que controvertiam, de um lado, Brasil Telecom S/A, e, de outro, Empresa Concessionária de Rodovias do Sul S/A (Ecosul), Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), voto vencedor no bojo de embargos infringentes, afastando a possibilidade de cobrança:

Existem limites à concessão para exploração da Rodovia BR 290, uma vez que o bem público não é transferido para a concessionária, isto é, essa não detém todos os direitos sobre a rodovia, mas apenas recebeu o direito de explorá-la e conservá-la.

Portanto, não se faz possível a cobrança por parte de concessionária que realiza a manutenção e exploração de rodovia e/ou ferrovia pela utilização da faixa de domínio em face de concessionária de energia elétrica e outras que necessitem da implantação de rede para a concretização e adequada instalação de serviço público.

Afastada a possibilidade de cobrança pela concessionária exploradora da rodovia ou ferrovia, resta saber se o ente público, que detém a titularidade da faixa de domínio, pode cobrar pela utilização de espaço público em face da concessionária que pretende instalar instrumentos para efetivar serviço de interesse público, também objeto de concessão.

Concretamente, trata-se de tentativa de cobrança de utilização de faixa de domínio pelos municípios e/ou estados frente a concessionárias que necessitam instalar redes para transmissão de telefonia, energia elétrica ou gás.

Mais uma vez, é importante ficar claro que, em tese, é possível a cobrança pela utilização de bem de uso comum do povo. Mas aqui o problema se dá em relação à própria natureza do contrato estabelecido entre o particular e o Poder Público. Trata-se de contrato de concessão, que exige prévia e necessária licitação, em que se concede à concessionária o direito à exploração e manutenção de determinado serviço público, mediante respectiva retribuição por tarifa, a ser suportada pelo usuário.

Como se trata de contrato de concessão de serviço público, decorre que nele, a Administração Pública assume posição de supremacia em relação ao contratado, justamente porque ela representa o interesse público e não há no contrato de concessão a transferência de titularidade do serviço, apenas a execução, mantendo a Administração

concedente a disponibilidade e responsabilidade do serviço. Como referido anteriormente, dessa posição decorre também a presença de cláusulas exorbitantes nos contratos de concessão, nos termos da Lei nº 8.987/1995 e, subsidiariamente, da Lei nº 8.666/1993, além de legislações específicas que regem algumas outras situações, como a legislação especial de energia elétrica – Lei nº 9.427/1996.

Assim a Administração Pública assume posição de supremacia em relação ao contratado, possuindo poderes, tal qual a possibilidade de alteração unilateral de cláusulas contratuais, e também deveres que, em verdade, visam a salvaguardar a prestação do serviço público. Nesse sentido, cabe ao poder concedente zelar, fiscalizar e cuidar da execução adequada do serviço público objeto da concessão.

Mas vale ressaltar que os poderes conferidos ao concedente, contudo, não são absolutos, e devem sempre ser exercidos com o objetivo de realização do interesse público.

A estrutura dos contratos de concessão de serviço público busca, ao mesmo tempo, proteger a supremacia do interesse público, dando à Administração Pública prerrogativas que se consubstanciam nas cláusulas exorbitantes e, também, conferir garantias ao contratado para que este tenha seu patrimônio preservado e possa, enfim, prestar um serviço público adequado.

A baliza do contrato está justamente no equilíbrio econômico-financeiro que deve reger as concessões, que estabelecerá o ponto de encontro entre a finalidade do concedente, consistente na execução do serviço público adequado, sem excluir a justa pretensão de lucro pretendida pelo particular e concessionário.

Em que ponto haverá a quebra desse equilíbrio é a grande controvérsia nos contratos de concessão. Eugenia Cristina Cleto Marolla bem enfrenta a questão e pontua que a concessão comum de serviços públicos corre por conta e risco do concessionário, razão pela qual este incorpora os riscos ordinários do negócio, presumindo-se que foram considerados na proposta por ele apresentada. Já os riscos extraordinários, decorrentes de alteração unilateral do contrato, são imputados à Administração Pública, a garantir, inclusive, a continuidade do serviço público.¹⁸

Discute-se em relação à divisão de riscos do contrato, inclusive em contratos mais modernos e complexos, se incidente no contrato de concessão tradicional. A doutrina parece se inclinar à aplicação de divisão dos riscos apenas às concessões patrocinadas e concessões administrativas, com previsão específica na Lei nº 11.079/2004, o que não consta na Lei nº 8.987/1995. Assim, não se aplicaria às concessões tradicionais.

Mas no caso concreto não se trata nem mesmo de ocorrência de risco, seja ordinário, seja extraordinário.

Trata-se, na verdade, de tentativa da Poder Público de cobrar pelo uso de bem que justamente viabilizará a execução de serviço público, objeto da concessão, o que não pode ser permitido. O interesse na viabilização do serviço público será tanto do Poder Público como do concessionário, justamente por se tratar de execução de serviço relevante à coletividade. E condicionar o uso de faixas de domínio ou terreno público à remuneração a ser revertida ao próprio Poder Público, que tem como objetivo a instalação de rede necessária à transmissão de energia, gás ou telefonia, objeto da concessão, cujo serviço é de interesse social, transferido pelo Estado ao

¹⁸ MAROLLA, 2011, p.133.

particular por falta de condição econômica para implementá-lo, deslocando o ônus ao concessionário, significa praticamente inviabilizar a concretização do serviço público, mediante ônus, ademais, desproporcional ao concessionário, que, ao final, será revertido à população.

É esse equilíbrio que o Estado não poderá romper. A verdade é que se trata de serviços relevantes à sociedade, cuja implementação pelo Estado não foi possível por uma série de razões, transferindo ao particular, por sua conta e risco, a realização. Isso não quer dizer que o Estado possa, para tanto, onerar o concessionário demasiadamente, a ponto de inviabilizar a própria execução do serviço.

Vale pontuar, outrossim, que muitas vezes pode coincidir o Poder Público competente pela faixa de domínio com o concedente cujo objeto é a execução ou manutenção do serviço público de energia elétrica, gás etc. Em tal caso, o Poder Público tem por finalidade maior a consecução do objeto da concessão, em prol da sociedade, e não pode, com maior razão, tornar mais onerosa ao concessionário a execução de serviço que é de sua titularidade, uma vez que transfere tão somente a execução.

Inclusive, nesse ponto vale citar o art. 29, incisos VIII e IX, da Lei nº 8.987/1995, que contém disposição diametralmente oposta:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

É possível observar que a legislação que rege a espécie justamente impõe ao poder concedente a viabilização dos bens necessários à execução de serviço ou obra pública, devendo promovê-la diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, sendo desta, em tal caso, a responsabilidade pelas indenizações cabíveis.

Assim, em decorrência da própria natureza do contrato, que tem por objeto a execução de serviço público essencial à coletividade, o Poder Público e/ou o concedente deve agir de modo a facilitar a execução do serviço e não restringir o uso de bem público de uso comum, que é substancial à execução de serviço.

Inviável, dessa forma, a cobrança pela utilização de faixa de domínio, bem que deve ser destinado a todos e que em essência é gratuito. Ademais, não se mostra razoável ou proporcional a exigência de cobrança do próprio Poder Público ou do próprio concedente em face de concessionário para a realização de serviço essencial à coletividade, até porque ambas as partes têm por objetivo a realização do serviço que não foi possível realizar diretamente pelo Estado e restou transferido por concessão.

O Poder Público não só visa à realização do serviço público, como é responsável por este, havendo tão somente repasse dos custos ao concessionário, que assume os riscos da execução do serviço, mas visando, por certo, lucro.

Caso se valesse da remuneração, o Poder Público estaria praticamente desnaturalizando a própria característica do contrato de concessão, buscando lucro na transferência da execução de serviços de interesse público, que se mostra incompatível de sua parte. A ideia da concessão, em tal caso, é a efetivação do serviço público, essencial, sem custos. O elemento constitutivo da concessão de serviço público é a transferência dos custos do serviço ao particular, que atua, esse sim, com riscos, mas objetivando lucro.

Essa remuneração de faixa de domínio, outrossim, por certo, oneraria demasiadamente a concessionária com inequívoca quebra do necessário equilíbrio econômico-financeiro, típico da concessão e, com maior gravidade, levaria à quebra da indispensável modicidade das tarifas, com ônus ao usuário do serviço, o que, por certo, não pode ser admitido.

Como visto, a própria legislação aplicável à espécie dispõe ser responsabilidade do concedente a viabilização dos bens necessários à execução do serviço público, especialmente se se trata de bem de uso público comum de titularidade do próprio concedente.

Decorre, deste modo, da própria natureza do contrato de concessão, a impossibilidade de cobrança pela utilização de equipamento público, no caso, de faixa de domínio, para implantação de instrumental (cabos e redes) a viabilizar serviço público relevante e objeto do contrato firmado e essencial à coletividade.

O concessionário pactua o contrato com o intuito de lucro, que se viabiliza com a cobrança de tarifas a serem suportadas pelo usuário. Além disso, conforme anotado anteriormente, o concessionário também está submetido à supremacia do interesse público e à presença de cláusulas exorbitantes, assumindo o risco da execução do serviço. Sendo assim, não parece razoável que seja também onerado o concessionário com mais este custo, advindo de bem que seria, em princípio, gratuito e de uso comum de todos. Ademais, na cadeia final, quem suportaria o ônus pelo repasse do prejuízo seria o próprio usuário e a coletividade como um todo, o que não pode ser admitido, especialmente quando se trata de serviço de interesse público e essencial.

O STF, em meados de 2010, julgou o RE 581947 acerca do tema, firmando posição pela inconstitucionalidade da cobrança de taxa pelo uso de ocupação do solo e espaço aéreo por concessionária de serviço público, nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RETRIBUIÇÃO PECUNIÁRIA. COBRANÇA. TAXA DE USO E OCUPAÇÃO DE SOLO E ESPAÇO AÉREO. CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO PÚBLICO. DEVER-PODER E PODER-DEVER. INSTALAÇÃO DE EQUIPAMENTOS NECESSÁRIOS À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO EM BEM PÚBLICO. LEI MUNICIPAL 1.199/2002. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO. ARTIGOS 21 E 22 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Às empresas prestadoras de serviço público incumbe o dever-poder de prestar o serviço público. Para tanto a elas é atribuído, pelo poder concedente, o também dever-poder de usar o domínio público necessário à execução do serviço, bem como de promover desapropriações e constituir servidões de áreas por ele, poder concedente, declaradas de utilidade pública.

2. As faixas de domínio público de vias públicas constituem bem público, inserido na categoria dos bens de uso comum do povo.

3. Os bens de uso comum do povo são entendidos como propriedade pública. Tamaña é a intensidade da participação do bem de uso comum do povo na atividade administrativa que ele constitui, em si, o

próprio serviço público [objeto de atividade administrativa] prestado pela Administração.

4. Ainda que os bens do domínio público e do patrimônio administrativo não tolerem o gravame das servidões, sujeitam-se, na situação a que respeitam os autos, aos efeitos da restrição decorrente da instalação, no solo, de equipamentos necessários à prestação de serviço público. A imposição dessa restrição não conduzindo à extinção de direitos, dela não decorre dever de indenizar.

5. A Constituição do Brasil define a competência exclusiva da União para explorar os serviços e instalações de energia elétrica [artigo 21, XII, b] e privativa para legislar sobre a matéria [artigo 22, IV].

Recurso extraordinário a que se nega provimento, com a declaração, incidental, da inconstitucionalidade da Lei n. 1.199/2002, do Município de Ji-Paraná.

O caso debate a regularidade da lei do município de Ji-Paraná que instituiu a cobrança de taxa pelo uso do solo e subsolo. Ocorre que houve oposição de embargos de declaração, com substituição do Relator pelo Ministro Luiz Fux, que admitiu os embargos. Pende, ainda, nova manifestação do Pretório Excelso sobre o tema, agora sob repercussão geral – Tema 261 – cobrança de taxa de ocupação do solo e espaço aéreo por poste de transmissão de energia elétrica.

Oportuno o acatamento dos embargos de declaração, com repercussão geral, para o devido enfrentamento do tema pelo STF, a fim de conferir adequado balizamento da questão jurídica e suas variadas nuances, inclusive no que concerne à distinção entre preço público e taxa.

O E. Tribunal de Justiça de São Paulo já apreciou o tema, afastando também a possibilidade de cobrança pela utilização de bem público pelo Município de Osasco, por meio da Lei nº 3.763/2003, conforme voto do Desembargador Amorim Cantuária:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE GÁS CANALIZADO. MUNICÍPIO DE OSASCO. LEI MUNICIPAL Nº 3.763/2003 QUE DISPÕE SOBRE A PERMISSÃO DE USO DAS VIAS PÚBLICAS, LOGRADOUROS E OBRAS DE ARTE DO MUNICÍPIO. INADMISSIBILIDADE DA COBRANÇA DE PREÇO PÚBLICO PELA OCUPAÇÃO DO SOLO, SUBSOLO E ESPAÇO AÉREO. COBRANÇA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA, ANTE A AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO MUNICÍPIO E DE EFETIVO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE NATUREZA COMERCIAL OU INDUSTRIAL. DESCARACTERIZADOS A TAXA OU O PREÇO EM FACE DA AUSÊNCIA DE CONTRAPRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSOS DESPROVIDOS. (Apelação nº 1009735-67.2015.8.26.0405, 3ª Câm. Direito Público)

Ademais, a corroborar o entendimento da inviabilidade de cobrança pela utilização de bens públicos, vale trazer à tona entendimento de Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto desenvolvido em brilhante artigo em que sustenta decorrer do Código de Águas o direito das concessionárias utilizarem os bens públicos aqui tratados. Tal código, na visão

do autor, teria sido recepcionado pela atual Constituição Federal, estando vigentes suas regras e regulamentações posteriores, não havendo, ademais, antinomia entre seu artigo 151 e o artigo 11 da Lei nº 8.987/1995 e afirma:

Pelo critério da densidade normativa, prevalecem as normas federais do setor de energia elétrica por serem elas mais densas, quer pela sua especificidade e concretude, quer por serem elas mais aderentes à finalidade comum (modicidade de tarifas de serviços públicos).

E esclarece:¹⁹

*A norma constante do artigo 151 do Código de Águas, por seu turno, assegura às concessionárias de energia elétrica o direito de utilizar os terrenos de domínio público e mesmo de sobre eles estabelecer servidões, o que por si só já interditaria a vinculação do uso ao pagamento de preço público para as concessionárias estaduais de rodovias. Explicitando essa conclusão, os decretos regulamentares (a meu ver, como demonstrado, sem exorbitar no poder de regulamentar) explicitam que esse uso dar-se-á a título gratuito.*²⁰

Apesar da brilhante ideia desenvolvida, é fato que decorre da própria natureza do contrato de concessão de serviço essencial à coletividade a inviabilidade de remuneração pela faixa de domínio.

8. Da possibilidade de cobrança de taxa de fiscalização e funcionamento em face de concessionárias quando da utilização de faixas de domínio para instalação de postes e torres e usurpação de competência da União

Finalmente, há que se enfrentar a questão sobre cobrança de taxa de licença e funcionamento frente a instalação de torres e antenas de transmissão de serviço de telefonia, de energia elétrica, gás e outros, em decorrência do poder de polícia, e se essa cobrança implica usurpação de competência da União frente aos artigos 21, inciso XI, e 22, inciso IV, da Constituição Federal.

Vê-se que é situação bem diversa da celeuma supra tratada a respeito da possibilidade de remuneração pelo uso de bem público, muito embora possa gerar confusão.

Parece bastante claro que a adequada instalação de torres e antenas é de interesse local, cabendo ao Município competente zelar pela respectiva fiscalização e correta implantação dessas redes, inclusive no que diz respeito à segurança dos administrados e preservação do meio ambiente, de tal forma que se torna legítima a cobrança da taxa de licença e funcionamento, com fundamento no art. 30, incisos I e VIII, da Constituição Federal, senão vejamos:

¹⁹ Aqui breve referência ao artigo em que o autor faz uma análise densa e minuciosa da vigência ainda do Código de Águas e o uso de bens públicos estaduais por concessionárias de energia elétrica, o que não é expressado em sua integralidade dado o caráter mais didático do presente.

²⁰ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2CLzw03>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

Art. 30. Compete aos Municípios:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

[...]

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano.

Assim, é cabível à municipalidade a cobrança de taxa, enquanto modalidade de tributo, em razão de poder de polícia exercido pelo ente tributante. A propósito, a professora Regina Helena Costa ensina:

A atividade de polícia administrativa pode ser singelamente definida como a aplicação, pela Administração Pública, das limitações constitucionais e legais impostas ao exercício de direitos individuais, em benefício do interesse público. Cuida-se, portanto, de atividade de fiscalização, de controle de comportamento dos particulares, visando a prevenção da ocorrência de danos ao interesse público. A taxa, instituída com esse fundamento, objetiva remunerar o custo dessa atividade estatal.²¹

Vale ainda ponderar, por oportuno, ser possível que o bem de uso comum seja objeto de restrição, em razão de poder de polícia, para a proteção dos próprios administrados.

Outrossim, a cobrança de taxa ora tratada não importa em serviço de telefonia a significar usurpação de competência da União, pois aqui não se trata de legislação sobre o serviço de telefonia ou exploração destes em si. Nesse caso, a taxa decorre de atividade de polícia, cuja competência é do Município local simplesmente porque é matéria de interesse local.

Justamente, cabe à Municipalidade verificar o local mais adequado para instalação de torres e postes, bem como zelar pela adequada instalação e manutenção. Tal é diverso da atividade de regular a telefonia em si, competência esta exclusiva da União. A fiscalização da instalação de torres, remunerada por taxa municipal, visa a controlar o lugar de instalação de estação rádio base (ERB), por exemplo, mas não efetua qualquer concessão de serviço de telefonia, esta de competência da União. Aí reside a diferença e a explicação pela legalidade da taxa de fiscalização de instalação de antenas de telefonia, por exemplo.

Nesse sentido, já houve julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, afastando inconstitucionalidade da Lei Municipal nº 430/2005, pelo Órgão Especial:

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Art. 4º da Lei Complementar Municipal nº 430, de 24 de outubro de 2005, que veda a instalação de estação radio base de telefonia celular a menos de 200 metros de escolas, creches, casas de repouso, dentre outros locais, no município de Jundiá. Alegação de ofensa às disposições do art. 21, XI e art. 22, IV, da Constituição Federal, por suposta usurpação da competência da União para legislar sobre serviços de telecomunicações e para explorar essas atividades. Rejeição.

²¹ COSTA, 2017, p. 143.

Dispositivo impugnado, no caso, uma vez que não versa sobre estrutura de rede e seu funcionamento, mas apenas sobre a construção ou instalação de estruturas físicas, cuja execução (baseada no direito de construir) evidentemente pressupõe obediência às normas locais, referentes ao planejamento e controle do uso e da ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal) como, por exemplo, “não contrariar parâmetros urbanísticos e paisagísticos aprovados para a área” (art. 6º, II, da Lei Federal nº 13.116, de 20 de abril de 2015) e atender exigências técnicas locais, conforme dispõe o artigo 74 da própria Lei Geral de Telecomunicações, com a redação da Lei nº 13.116, de 20 de abril de 2015: “A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou distritais relativas à construção civil”, precedentes deste C. Órgão Especial.

Posicionamento que não é incompatível com o que ficou decidido recentemente na ADI nº 0029713-64.2016.8.26.0000 (Rel. Des. Carlos Bueno, j. 10/08/2016) e na ADIN nº 0078242-51.2015.8.26.0000 (Rel. Des. João Negrini Filho, j. 10/08/2016), ambas julgadas procedentes, porque no primeiro caso o dispositivo impugnado (e declarado inconstitucional), ao contrário de disciplinar apenas o uso e ocupação do solo urbano, visava a impedir ou restringir o próprio funcionamento do sistema transmissor, caso a antena não obedecesse distância mínima de 6 metros de qualquer edificação, ou seja, impunha obrigação diretamente relacionada ao objeto da concessão (funcionamento da estação), com previsão, inclusive, de pagamento de indenização em caso de acidente envolvendo os sistemas transmissores; e, no segundo caso, porque a norma impugnada (e declarada inconstitucional) condicionava a prestação do serviço público (incluindo a telefonia) à expedição de direito de permissão e à cobrança de preço público (interferindo e criando realmente restrições ao serviço de telecomunicações), em contraposição à regra do art. 12 da Lei Federal nº 13.116/2015, ao passo que aqui, como mencionado acima, a questão versa sobre simples disciplina relacionada ao planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano (art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal). O Plenário do Supremo Tribunal Federal, aliás, já se manifestou sobre a possibilidade de atuação do município nesses casos, proclamando:

O texto constitucional não impede a edição de legislação estadual ou municipal que sem ter como objeto principal a prestação dos serviços de telecomunicações acabe por produzir algum impacto na atividade desempenhada pelas concessionárias de serviço público federal. As leis estaduais concernentes ao ICMS, a incidir sobre a atividade de telecomunicações, e a legislação municipal atinente ao uso do solo, de crucial importância na colocação de antenas e formação de redes, chegam a afetar a execução dos serviços, mas não revelam inconstitucionalidade formal. (ADI 4739 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 07/02/2013)

E, recentemente (em 17/08/2016), a Ministra Rosa Weber, no exame do Recurso Extraordinário nº 981825/SP, confirmou julgado deste C. Órgão Especial (referente à ADIN nº 0128923-93.2013.8.26.0000, Rel. Des. Antônio Luiz Pires Neto, j. 23/04/2014), decidindo que o entendimento adotado no acórdão recorrido não diverge da jurisprudência firmada no âmbito do Supremo Tribunal Federal:

No sentido de que a matéria relativa à instalação de torres de telefonia celular está inserida na competência legislativa municipal para disciplinar o uso e a ocupação do solo urbano, razão pela qual não se divisa a alegada ofensa aos dispositivos constitucionais suscitados. (RE nº 981825/SP)

Daí porque, versando esta ação sobre questão semelhante, impõe-se o reconhecimento de constitucionalidade da norma impugnada. Arguição julgada improcedente (Arguição de Inconstitucionalidade nº 0031063-87.2016.8.26.0000, Suscitante: 7ª Câmara de Direito Público Interessados: QMC Telecom do Brasil Cessão de Infraestrutura Ltda e Município de Jundiaí, Órgão Especial do TJSP, Rel. Des. Ferreira Rodrigues).

9. Considerações finais

Após todas as ponderações desenvolvidas, é possível concluir que a utilização de bens públicos de uso comum, em tese, admite a exigência de remuneração, muito embora, em regra, sua utilização se dê de maneira gratuita. E, se incidente remuneração, a natureza seria de preço público e não tributo, e tal deve estar em consonância com o ordenamento jurídico como um todo, em especial com o regime de direito público que se rege, essencialmente, pela proteção do interesse público.

E no caso de contrato de concessão de serviço público, que se mostra essencial à coletividade, essa possibilidade de remuneração não se mostra compatível.

Quando a cobrança se faz por parte do concedente que explora serviço público ou de manutenção de estrada e/ou rodovia, a faixa de domínio configura bem de uso comum do povo, que pela própria natureza, é bem indisponível, e continua sob titularidade do concedente. Assim, a concessionária para manutenção ou exploração de estradas ou ferroviárias, justamente por não ter qualquer propriedade sobre faixa de domínio, que continua sob domínio do concedente, não poderá cobrar ou pleitear remuneração por bem do qual não tem disponibilidade.

Ademais, quando se trata de pleito de remuneração por parte do Município ou Estado sobre faixa de domínio em face de concessionário, há que se verificar que este bem público, de uso comum do povo, é objeto de concessão em que justamente a realização de serviço público, que restou inviável de concretização pelo Estado, é transferida a particular, sem custos públicos, o que não significa que deva o Poder Público objetivar lucro, mediante cobrança por uso de bem público comum, essencial à execução do serviço objeto da concessão. Essa atitude ultrapassa os limites da concessão e dos princípios da razoabilidade e da boa-fé. O lucro deve ficar resguardado ao concessionário, que assume o risco pela execução do serviço e se submete às cláusulas exorbitantes do contrato.

Ademais, há que se verificar que a remuneração de faixa de domínio para instalação de redes a possibilitar a execução adequada do serviço público importará em clara quebra do necessário equilíbrio econômico-financeiro, com repasse e ônus à população usuária do serviço público, o que não pode ser admitido, até mesmo por desrespeito à quebra da modicidade das tarifas.

Além disso, a concessionária necessita da faixa de domínio, bem público de uso comum, imprescindível para a rede de instalação de torres e postes, sem a qual ficaria

inviabilizada a execução de serviço público essencial, sob pena de incorrer na descontinuidade do serviço.

Possibilitar a remuneração de faixas de domínio, seja por parte de concessionárias de estradas e/ou ferrovias, ou parte do Poder Público, seria impor ao concessionário de serviço relevante à sociedade, ônus desproporcional.

Efetivamente, o particular assume a execução, por sua conta e risco, de serviço de titularidade do Poder Público, o qual permanece com o interesse e responsabilidade por sua realização. Assim, não pode o Poder Público impor ônus que inviabilize a execução do serviço que é objeto de suas próprias finalidades.

Finalmente, cabe à Municipalidade local cuidar da fiscalização e funcionamento de cabos e torres instaladas em faixa de domínio local, por meio de tributo, consistente em taxa de funcionamento e fiscalização, não importando essa cobrança assunção de competência da União, divergindo tal situação da questão da remuneração pelo uso de bem público, o qual, pela análise supra, não se faz possível no bojo do contrato de concessão de serviço público relevantemente social, em decorrência da natureza deste, muito embora a possibilidade de remuneração, em tese, de bem público de uso comum, não implique, por si, usurpação de competência da União.

Referências

COSTA, Regina Helena. *Curso de direito tributário*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017a.

_____. *Parcerias na administração pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2017b.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. O uso de bens públicos estaduais. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 236, p. 1-32, abr. 2004. Disponível em: <<https://bit.ly/2CLzw03>>. Acesso em: 9 mar. 2018.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 37-38.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 226, p. 265-280, out. 2001.

OLIVEIRA, Fernanda Paula; DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VIEIRA, Evelise Pedrosa Teixeira Prado. *Direito administrativo*. São Paulo: Verbatim, 2011.

Os movimentos sociais e a função social dos bens públicos

*Paulo Magalhães da Costa Coelho*¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

1. O Estado e os movimentos sociais

A história do Brasil revela com clareza a difícil relação entre o Estado e os movimentos sociais reivindicatórios, mesmo quando a pauta desses últimos é definida essencialmente nas normas e limites do direito capitalista e da Constituição Federal.

Aliás, não se cuida de uma dificuldade específica do Estado Brasileiro, mas de todos aqueles Estados de um capitalismo periférico, que têm dificuldades de arbitrar no conflito distributivo da riqueza, das promessas da modernidade e da retórica constitucional.

É evidente que, no Brasil, de modo absolutamente especial, mercê de uma elite econômica absolutamente predatória e atrasada, a questão ganha contornos ainda mais dramáticos.

No Brasil, a questão social sempre foi uma “**questão de polícia**”, em razão da dificuldade atávica do Estado em lidar com movimentos sociais, ainda que nos marcos da legalidade capitalista, mercê da matriz autoritária da gênese que, aliás, reflete em grande parte os influxos de uma sociedade excludente e igualmente autoritária.

Os Estados e, de modo especial, o Estado Brasileiro, combatem firmemente os movimentos sociais, notadamente aqueles que confrontam as suas estruturas, inclusive, com seu aparato jurídico normativo.

Sobre o tema em estudo específico, dirá o Professor Alysson Leandro Mascaro:²

O reconhecimento institucional dos movimentos sociais não acarreta, factualmente, ao Estado e ao direito, o reconhecimento de suas demandas. É possível legalizar sindicatos e, nem por isso, proceder a políticas sistemáticas de aumento dos salários. É possível legalizar partidos de esquerda e controlar a opinião pública pela direita, por meio de monopólios dos meios de comunicação de massa. É possível aceitar movimentos de minorias e de despossuídos, permitindo suas manifestações nos espaços públicos, sem que as políticas públicas se orientem a tanto.

Quanto às dinâmicas que se apresentam como contraditórias à reprodução capitalista ou às opressões específicas em seu seio, os Estados contemporâneos operam ou com instrumentos de repressão ou, em caso contrário, com legalização indiferente às demandas. Nesta última hipótese de reação aos movimentos sociais, o Estado mantém-se, no que tange à sua faceta do Poder Judiciário, em posição

¹ Mestre e doutor em Direito do Estado de PUC-SP. Professor e coordenador da Escola Paulista da Magistratura.

² MASCARO, Alysson Leandro. *Estado, direito e movimentos sociais*.

majestática de árbitro das questões sociais como questões individuais, ou ignora tais demandas com a justificativa de ser mero propiciador passivo-indutor de infraestrutura para um desenvolvimento social “natural”, como é o caso dos Poderes Executivos, reféns de uma visão de mundo neoliberal.

Tais soluções majestáticas do Estado e do direito, no entanto, são problemáticas e se chocam com a dinâmica social em duas frentes. Há contradição quanto à própria amarração jurídico-institucional do direito e quanto à natureza do capitalismo contemporâneo.

No que tange à armação normativa e institucional, as sociedades capitalistas contemporâneas afirmam cartas constitucionais principiológicas, que configuram o espaço estatal dando-lhe tanto competência quanto horizontes valorativos. No entanto, os princípios declarados pelas constituições contemporâneas quase sempre se chocam entre si, pois que a sua anunciação se faz por meio de linhas valorativas que não guardam unidade lógica. Para tal problema, o próprio direito se dedica, com o dispêndio de muita energia teórica, a estabelecer critérios de ponderação e de mensuração de ótimos entre normativas disruptivas.

Mas, em especial, o arcabouço jurídico principiológico acaba se chocando ainda frontalmente com a própria dinâmica da realidade social, uma vez que os contornos pretendidos pelas normas, regras e princípios do direito não são aqueles da materialidade das relações capitalistas. Assentada numa lógica geral de valoração do capital, a materialidade das relações do direito se estabelece nos contratos e na propriedade privada, cujos horizontes são a acumulação. Os princípios do direito também confirmam tais horizontes, mas lhes impõem focos ou matizes que são desconhecidos ou negados pela concretude das relações sociais.

Com isso, o campo jurídico vive em constante impasse quanto aos movimentos sociais. Se os horizontes valorativos do direito levam a uma exegese conseqüente de seu arcabouço normativo, no sentido de apoiar as demandas dos movimentos sociais, as práticas materiais da sociabilidade capitalista negam tal leitura eminentemente jurídico-principiológica. Quase sempre, com isso, o jurista lê os princípios do direito de acordo com as possibilidades factuais do presente, sem tensionar sua dinâmica nem expandir seus escopos. A transformação de muitos princípios constitucionais, pela teoria jurídica, em normas programáticas, é um exemplo de minoração do arcabouço jurídico-principiológico em favor de uma realidade material imediata.

O mesmo se dá com a intersecção entre direito e movimentos sociais no que tange às políticas públicas. A leitura normativa estatal principiológica, seja no campo executivo, seja no campo judiciário, em geral fenece mediante argumentos como os da reserva do possível. Ocorre que as políticas públicas, lastreadas em normativas constitucionais, impõem deveres ao invés de possibilidades discricionárias. O governo e a administração pública, então, são compungidos a prestações positivas em face dos cidadãos. No rescaldo entre a autonomia relativa do campo jurídico e o mergulho na materialidade da dinâmica social, o mundo do direito, via de regra, acaba se suicidando em termos de potenciais.

Embora não se trate aqui de uma reflexão específica sobre os princípios constitucionais, não se pode perder de vista, na tarefa hermenêutica, que esses se constituem em núcleos portadores de valores de grande significação para o sistema de proposições normativas.

Eles refletem um posicionamento ideológico do Estado e da nação em face dos valores de humanidade. Bem por isso, o Estado-Administração, legislador ou juiz, não pode ignorá-los, antes, ao contrário, está a eles vinculado mesmo nas hipóteses de atuação discricionária.

A antiga visão que reduzia as constituições a mero modelo retórico, programático e de linhas de intenções absolutamente tênues, restou superada historicamente.

No moderno constitucionalismo, a Constituição ocupa a centralidade da ordem jurídica nacional – e os princípios o seu coração –, com uma missão claramente dirigente e vinculadora dos Poderes do Estado.

É necessário, por outro lado, desmistificar certa postura conservadora que encobre com seu discurso o conflito que também permeia o universo jurídico, fazendo crer que a eleição de uma opção discricionária é uma tarefa técnica, em busca de uma racionalidade que, no mais das vezes, representa tão somente tentativas de manutenção do *status quo*.

E, mais do que isso, representa uma tentativa de domesticação de todos os discursos, de todas as contradições, buscando dissolvê-la na ideologia monológica da globalização e da pós-modernidade.

Quando certos atores jurídicos se deparam com as normas que buscam implementar o Estado Social, tornam-se perplexos e inoperantes, e mergulham numa prática meramente reprodutora, excessivamente individualista e reducionista, reforçando a exclusão social.

Esse paradigma estritamente normativista, típico de um Estado liberal, está em crise, porque não consegue dar respostas efetivas e concretas a uma sociedade absolutamente cindida e com enormes desníveis sociais.

A crise resulta de um modelo de direito positivo, com sistema fechado e abstrato e da sua necessária referência a um mundo real de miséria, exploração e exclusão.

É preciso, portanto, readequar a cultura jurídica a uma sociedade complexa, que tem como modelo normativo um Estado democrático e social de direito, de modo a se proceder a inversão do eixo metodológico da hermenêutica jurídica e dos objetivos jurídicos a serem alcançados ou, em outros termos, a certeza jurídica e a proteção de liberdade negativa devem ceder lugar a uma postura mais construtivista e distributiva, fazendo entrar em cena, agora como protagonista, a liberdade positiva.

É necessário, portanto, abandonar a postura dogmática-formalista, para que o direito público possa ser instrumento de concretização de principiologia constitucional e de seus vetores axiológicos mais fundamentais: o Estado social e democrático do direito, a dignidade humana e a igualdade não apenas formal, mas sobretudo, substancial.

Espera-se, portanto, a partir da criação de novos paradigmas, uma revisão dos agentes do Estado e, de modo especial, daqueles que interpretam o direito, de modo a contribuir com o avanço na relação com os movimentos sociais e, com isso, qualificar as lutas sociais em outro estágio, que não seja tão somente a criminalização dos excluídos.

2. A reintegração de posse nos bens públicos

É matéria absolutamente incontroversa na doutrina e nas decisões judiciais dos tribunais brasileiros, salvo dissensões pontuais, que a ocupação de bens públicos não implica posse e sua proteção, mas mera detenção a determinar quase sempre a reintegração liminar.

Todavia, não é raro nessas hipóteses, embora o conflito social venha a ser desqualificado pelo direito que, quase sempre, o coloca na dimensão meramente subjetiva e individualista, que venha a ocorrer uma colisão entre o direito de propriedade e a garantia constitucional da moradia, além da função social da propriedade que é ínsita à própria natureza daquela particular, como também da pública.

Embora o direito positivo guarde robusto arcabouço de proteção à propriedade e seus consectários, não se pode tomar essa tutela como absoluta, especialmente quando confrontada e sopesada com direitos sociais fundamentais.

Também, não se pode olvidar a natureza do bem público, cuja proteção possessória é buscada pelos entes públicos, nas hipóteses de ocupações por movimentos sociais de moradia.

Cuida-se, especificamente e quase sempre, de bem dominical e, como tal, não vinculado a certa e prévia finalidade de interesse público absolutamente cogente.

E, exatamente por tais bens não se inserirem na esfera de interesse público e não terem destinação específica, sujeitam-se, ainda que parcialmente, ao regime jurídico de direito privado, inclusive com possibilidade de alienação, cumpridos, evidentemente, os requisitos legais.

Igualmente por essa razão, qual seja a inexistência de interesse público específico a vinculá-lo, há de atender integralmente ao princípio da função social da propriedade.

A função social da propriedade é princípio-garantia art. 5º, XXIII, da Constituição Federal e princípio político conformador do regime jurídico desse instituto e vinculante, portanto, não só do domínio particular, como ainda, do próprio domínio público.

Todo arcabouço jurídico de proteção à propriedade privada ou pública que, aliás, goza de indiscutível prestígio no ordenamento jurídico e, ainda, nas decisões judiciais, há de ser submetido, interpretado e compreendido à luz do princípio da função social.

Não é a hipótese, aqui, de dissertar sobre força vinculativa dos princípios constitucionais, inclusive, como instrumento hermenêutico.

Todavia, há que se ter em conta que os princípios irradiam e iluminam a compreensão das diversas regras que integram o sistema jurídico, conferindo-lhes sentido e unidade ideológica, para além de um mero agregado de normas.

Bem por isso anota Silvio Luís Ferreira da Rocha em excelente monografia sobre o tema dos bens públicos:

O citado princípio, para nós, informa toda a relação jurídica de propriedade pública ou privada. É certo ter o citado princípio graus de eficácia distintos quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade privada e quando incide sobre uma relação jurídica de propriedade pública, o que não significa, no entanto, que a relação jurídica de propriedade pública não sofra a influência, também, do princípio da função social.

No caso dos bens dominicais, semelhantes aos bens privados, o princípio da função social da propriedade comporta o efeito de submetê-los à força aquisitiva da posse contínua e pacífica, não bastando para impedir este efeito uma proposição genérica que subtrai os bens públicos do raio de ação da prescrição aquisitiva.

Com efeito, não há interesse público, genérico ou específico que justifique a insubmissão da classe de bens dominicais a todos os efeitos do princípio da função social, diante da semelhança que eles guardam com os bens privados. O qualificativo público, no caso dos bens dominicais, não produz a consequência de os subtrair dos efeitos da posse prolongada, pois o público decorrente da qualidade ostentada pelo titular, não traduz interesse, passível de ser protegido, superior ou melhor do que o interesse comportado pelo princípio da função social da propriedade.³

Como se sabe, uma vez configurado um conflito entre bens jurídicos amplamente tutelados pelo ordenamento, faz-se necessário realizar o juízo de ponderação, do qual um direito há de prevalecer em detrimento de outro.

Na hipótese, para a solução do impasse e o devido equilíbrio entre os interesses conflitantes, notadamente para a *justa* aplicação do direito à propriedade, seria inconcebível o acolhimento da pretensão da reintegração sem a devida observância do *direito à moradia digna e o lapso temporal mínimo, para que os sujeitos da ocupação possam encontrar nova morada.*

Observe-se que muitas vezes a reintegração da posse e a imediata demolição das moradias construídas na referida área pública provoca o desabrigo de adultos e crianças em situação de hipossuficiência, o que vai de encontro com a razoabilidade devida, bem como representa uma afronta a um direito social constitucionalmente estabelecido.

Note-se que, além de princípio, está erigido, como *garantia constitucional*, o direito à moradia digna, o qual constitui norma de ordem pública, dotada de *imperatividade e inviolabilidade*.

Nesse sentido, importante consignar que esse direito foi reconhecido e implantado como pressuposto para a *dignidade da pessoa humana*, bem como recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 6º, *caput*.

A dignidade da pessoa humana, como princípio normativo que é, atrai o conteúdo de todos os demais direitos fundamentais, bem como exige e pressupõe o reconhecimento e proteção pelo Estado.

Nesse raciocínio, para a satisfação desse princípio maior – dignidade –, deve-se observar e preservar os direitos que lhes são inerentes, a exemplo do direito à moradia digna.

Além disso, cabe destacar que não é ele garantido apenas nacionalmente, como também o é no plano internacional, como pondera o juiz Luis Manuel Fonseca Pires:⁴

Assim, o despejo forçado não deve ser a primeira, mas a última medida a ser tomada, como prevê o Comunicado Geral n. 7 do Comitê de

³ ROCHA, Sílvio Luis Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 153.

⁴ 3ª Vara da Fazenda Pública; Processo 1022325-65.2015.8.26.0053

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. [...] Nos casos em que o despejo mostre-se efetivamente necessário, recomenda-se: i) oportunidade de consultar as pessoas afetadas; ii) um prazo razoável à desocupação e ao acesso às informações, e que o despejo ocorra durante o dia; iii) a presença de autoridades públicas; iv) identificação das pessoas afetadas; v) disponibilidade de assistência jurídica. Deve-se considerar que Pactos Internacionais, dos quais o Brasil é signatário, prescrevem que o despejo forçado deve ser precedido de medidas que prestigiem os direitos humanos (i), e que o direito social à moradia encontra estatutura constitucional – art. 6, caput (iii). Assim, muito há que se fazer antes de reintegrar a posse à autora.

Ora, em um Estado Democrático de Direito, no qual se protege o exercício de garantias sociais e individuais dos seus cidadãos, não se poderia afastar um direito que constitui elemento fundamental para o exercício de outros.

Assim, tem-se que o texto constitucional não pode ser resumido a um simples “catálogo de boas intenções”.

Da mesma forma, o direito à moradia digna nele previsto também não deve ser tomado como um mero exercício de retórica, que, embora positivado, não recebe a eficácia devida. Ao contrário, a sua implementação no plano fático torna-se uma medida impositiva.

Como bem assevera Luiz Antonio Rizatto Nunes,⁵ ao discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, princípio intimamente atrelado ao direito aqui discutido:

*Está mais do que na hora de o operador do Direito passar a gerir sua atuação social pautado no princípio fundamental estampado no Texto Constitucional. Aliás, é um verdadeiro supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em **nenhum** ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas. O esforço é necessário porque sempre haverá aqueles que pretendem dizer ou supor que Dignidade é uma espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação. Só que é bem ao contrário: não só esse princípio é vivo, real, pleno e está em vigor, como deve ser levado em conta **sempre**, em qualquer situação. A Constituição Federal impõe sua implementação concreta, não só nos princípios citados e demais direitos fundamentais do art. 5º, tais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, honra, privacidade etc., como também assegurando os direitos sociais previstos no art. 6º, ao meio ambiente equilibrado e sadio do artigo 225 etc. Portanto, percebe-se que a própria Constituição está posta na direção da implementação da dignidade no meio social. [...]. É preciso que se lute por sua implementação, e é dever de todos os operadores do Direito – diga-se novamente – implementá-la, torná-la eficaz.*

⁵ NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p.423-424.

A questão da ocupação dos bens públicos dominicais ganha extrema complexidade e relevo no interior de um Estado que se vincula ideologicamente a um perfil democrático e social de direito, como indubiosamente lhe impõe esses contornos a Constituição Federal.

Estado esse que se vincula nessa conformação, ideológica e juridicamente, às promessas da Constituição Federal de não só respeitar como promover a dignidade humana, a qual, sem o implemento dos direitos sociais e à moradia digna, será apenas e tão-somente um modelo retórico.

Daí o porquê de se concluir que a reintegração de posse nos bens públicos dominicais, sem a vinculação específica e concreta do Estado ao cumprimento dos programas sociais de moradia, constitui atentado a uma garantia constitucional e à própria dignidade humana.

Nesses termos, entre proteger esse direito social, intimamente atrelado à dignidade da pessoa humana, ou se lhe impor um direito patrimonial, como o é o da propriedade privada, não restam dúvidas de que o primeiro deve prevalecer.

Referências bibliográficas

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *O controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

MASCARO, Alysson Leandro. *Estado, Direito e Movimentos Sociais*.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

ROCHA, Silvio Luis Ferreira. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005.

Reflexões sobre o papel do Governo e do Direito Administrativo no mundo contemporâneo

Rubens Rihl Pires Corrêa

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. O governo. 2. O Direito Administrativo. 3. O mundo novo. 3.1. A inovação disruptiva. 3.2. A economia compartilhada. 3.3. A confiança e a reputação. 4. A tecnocracia. 5. Revisão do Direito Administrativo em face do mundo novo. 6. Conclusão.

Resumo (abstract): O artigo convida à reflexão sobre a modernização do Direito, em particular, do Direito Administrativo, em face dos novos desafios que o mundo moderno apresenta. A abordagem cuidou da análise do conceito de Governo, do Direito Administrativo, dos novos desafios, da consequente revisão do Direito Administrativo e a conclusão de tais reflexões. A constatação é a de que existe grande defasagem entre as bases desse ramo do Direito e a realidade que se apresenta. Sugere a busca das soluções utilizando a tecnologia controlada pela boa esfera política, cujos princípios superiores devem ser observados. Estabelece como forte colaborador dessa reforma a Academia.

Abstracto: El artículo invita a la reflexión sobre la modernización del Derecho, en particular, del Derecho Administrativo, frente a los nuevos desafíos que el mundo moderno presenta. El enfoque se centró en el análisis del concepto de Gobierno, del Derecho Administrativo, de los nuevos desafíos, de la consiguiente revisión del Derecho Administrativo y la conclusión de tales reflexiones. La constatación es la de que existe gran desfase entre las bases de esa rama del Derecho y la realidad que se presenta. Sugiere la búsqueda de las soluciones utilizando la tecnología controlada por la buena esfera política, cuyos principios superiores deben ser observados. Establece como fuerte colaborador de esa reforma la Academia.

O Governo, sendo uma das instituições que compõem o Estado brasileiro, tem gerado preocupação significativa aos cidadãos e aos segmentos produtivos nos dias de hoje, principalmente pelo que se tem divulgado na imprensa e se observado na esfera jurídica. Inúmeros processos judiciais foram propostos em face de políticos e de empresários de prestígio que até então gozavam de boa imagem.

As condenações publicadas, muitas das quais dependem ainda de revisão em instância final, dão conta da gigantesca escala da corrupção. Por óbvio, os serviços públicos em geral se deterioraram exponencialmente.

Muitas pessoas não possuem mais emprego, nem patrimônio, pois quase tudo o que tinham desapareceu em razão dos desvios ocorridos; vários morreram nas filas dos hospitais e nas mãos de marginais espalhados pelas cidades, enfim, a população em geral perdeu, e muito.

Essa difícil realidade encontra uma grande causa: o descontrole administrativo em face das responsabilidades governamentais.

Em paralelo a esse cenário, encontramos um mundo dinamicamente complexo, veloz, com redes sociais trazendo uma transparência implacável, com controles de toda ordem, pouquíssima privacidade e digitalmente sofisticado. Enormes demandas surgem repentinamente e o Governo, mais uma vez, não dá conta sequer de seu papel. Ainda que estivéssemos organizados, que tudo funcionasse estruturalmente bem, o mundo virtual (mais real a cada dia) nos atropelaria.

No caso brasileiro, o desvaler da Administração Pública associado à velocidade das relações sociais de hoje gera problemas imensos e que causam grande preocupação.

Com a falta de lideranças políticas, a tecnocracia assume seu papel por ausência de opções e busca solução única (a **máquina de governar**) e homogênea tentando atender o pleito social.

O direito – em especial, o direito administrativo – não consegue atender a tamanho chamado. Repete fórmulas que não enxergam mais o mundo moderno. Os modelos concebidos, alguns, ainda do início do século XIX, não resolvem mais os problemas de hoje. É preciso repensá-lo, e rapidamente!

A publicação da obra *Principios de administración pública*,¹ de Charles Jean Bonnin, em 1808, talvez tenha sido o marco inicial da distinção entre Direito Constitucional e Direito Administrativo.²

Observe-se que, naquela época, em pleno período napoleônico, os princípios gerais da administração pública definidos por Bonnin eram:

- 1) A administração, em geral, é uma consequência do Estado de que faz parte; é o governo em sua ação pormenorizada;
- 2) Seu caráter é a ação;
- 3) Divide-se em administração pública e administrações especiais;
- 4) A administração pública tem a aplicação das leis em cada parte do território;
- 5) A lei administrativa é a que estatui sobre o cidadão, como membro do Estado, para sua pessoa; e sobre a propriedade, como elemento da riqueza pública;
- 6) Na administração, a execução das leis está na ação, no exame e no juízo;
- 7) As funções administrativas, por sua natureza, são temporais e revogáveis;
- 8) Administração é obra de um só, é atribuição particular e exclusiva do administrador. O juízo é obra de muitos, a lei defere o juízo ao conselho da administração;
- 9) Os atos administrativos não podem ser intitulados decretos, nem regulamentos, nem proclamas; levam o nome de decisões;
- 10) Toda pessoa tem o direito de enviar petições individuais a toda autoridade constituída.

De lá para cá, muitos desses princípios ainda vigoram, ainda que escritos de outra forma e com mais conteúdo. Claro que outras contribuições surgiram de todos os lados,

¹ BONNIN, Charles Jean. *Principios de administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica, 2003. Disponível em: <<https://bit.ly/2RlrTBF>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo, organização e funções do estado*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 52.

do continente europeu às Américas, com inúmeras obras³ tentando trazer tal ramo do direito para a realidade. No entanto, ainda assim, não resolvem a maioria dos problemas.

Nos tempos atuais, o estudo foi melhor sistematizado e idealizado no conceito dos princípios do direito administrativo, definidos no artigo 37, da Constituição Federal. De acordo com Gasparini,⁴ temos: o da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da continuidade, da indisponibilidade, da autotutela, da supremacia do interesse público, da igualdade, da motivação, da segurança jurídica e boa-fé⁵ e o da razoabilidade;

A denominada **Era Tecnológica** exige nova abordagem para gerir o Estado. Os princípios precisam ser revisados? Novos deverão ser criados? A tecnocracia deverá servir o Estado ou ser servida por ele? O sistema político necessita de modernização?

O governo

Como ente personalizado, apresenta-se, interna e externamente, como pessoa jurídica de direito público capaz de adquirir direitos e contrair obrigações na ordem jurídica.⁶

Sendo uno, indivisível e indelegável, o Governo divide-se em três funções: a legislativa (edição de leis, em sentido lato), a executiva (aplica a lei ao caso concreto, mediante atos voltados para a realização dos fins estatais) e a jurisdicional (impõe a lei ao caso concreto, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da norma).⁷

A Professora Zanella Di Pietro, ao citar Renato Alessi,⁸ refere-se a governo como entidade com função política e que

*Implica uma atividade de ordem superior referida à direção suprema e geral do Estado em seu conjunto e em sua unidade, dirigida a determinar os fins da ação do Estado, a assinalar as diretrizes para as outras funções, buscando a unidade da soberania estatal.*⁹

Numa linha evolutiva, o Governo e a Administração Pública (em seu sentido subjetivo) se confundem, até porque, tanto uma quanto outra, exercem funções políticas não exclusivas, pois tal função é dividida com o Poder Legislativo.

Mas outra dimensão surge: a capacidade governamental de autoadministração, assim definida pela Constituição Federal (auto-organização e autogoverno), muito bem exercitada no curso da história. É nessa esfera que a atualidade impacta.

O desafio proposto expõe dificuldades até então não pensadas, como ações globalizantes, normas do comércio internacional, o transbordamento de regras dos blocos econômicos no Brasil, ainda que delas não signatário – caso típico da Lei de Proteção de Dados da Comunidade Europeia (GDPR ou General Data Protection Regulation), que

³ Ibid., p. 52-62.

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 6 et seq.

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 88.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1.

⁷ DI PIETRO, 2012, p. 51.

⁸ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Casa Editorial, 1970, t. 1 apud DI PIETRO, op. cit.

⁹ DI PIETRO, 2012, p. 52.

entrou em vigor em 25 de maio de 2018.¹⁰ A economia compartilhada são as propostas para o novo Governo. O direito global, isto é, o que extrapola largamente as fronteiras do Estado nacional para buscar suas fontes também fora dele,¹¹ surge como fator que certamente se sobreporá ao direito nacional como ora conhecemos e a cuja chegada não nos preparamos.

O Direito Administrativo

O conceito é trazido por Carvalho Filho:

*Desse modo, sem abdicar dos conceitos dos estudiosos, parece-nos se possa conceituar o Direito Administrativo como sendo o conjunto de normas e princípios que, visando sempre ao interesse público, regem as relações jurídicas entre as pessoas e órgãos do Estado e entre este e as coletividades a que devem servir.*¹²

Pela sua natureza, tem característica mutável. Por ser um direito em formação, é de sua natureza essa metamorfose, a qual não chega hoje perto da realidade econômica e social que deve regular.

Gradativamente foi se constitucionalizando ao longo do tempo e tornou suas bases cada vez mais sólidas. Como consequência, diminuiu significativamente sua adaptabilidade. O professor Justen Filho apontou para esse movimento: “trata-se de impregnar a atividade administrativa com o espírito da constituição, de modo a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores ali consagrados”.¹³

Sem descuidar a importância da Carta Magna, esse fator tornou muito rígida qualquer mudança e dificultou, de sobremaneira, suas adaptações para as necessidades atuais. A evolução desse ramo desaguou na pós-modernidade.

O Direito Administrativo pós-moderno apresentou, assim, algumas características:

*Ausência de homogeneidade e sistematicidade do conhecimento, pela rapidez das mudanças e pela constatação de que o “progresso” produziu não apenas os efeitos positivos, mas também negativos.*¹⁴

E exigiu uma flexibilidade hoje não permitida. Isto o impediu de se modernizar na mesma velocidade das demandas surgidas.

Por outro lado, não podemos conter o progresso, a evolução. Essa força é enorme perto da ciência. Como afirma o autor: “As características do mundo social e político introduzem maiores dificuldades na aplicação do conhecimento tradicional. [...] Os processos históricos não podem ser detidos”.¹⁵

¹⁰ Disponível em: <<https://www.eugdpr.org/>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 182.

¹² CARVALHO FILHO, 2017. p. 8- 9.

¹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 105.

¹⁴ *Ibid.*, p. 106.

¹⁵ *Ibid.*, p. 105-106.

O desafio atual é a busca de novos rumos, de certa flexibilização de conceitos e princípios em prol da modernidade, sem deixar à margem as garantias constitucionais.

O mundo novo

A inovação disruptiva

As redes sociais refletem uma *inovação disruptiva* da sociedade (interrupção do curso normal de um processo, fratura),¹⁶ entendida como sinônimo de inovação, de modernização, de radicalismo. O termo foi criado por Clayton Christensen,¹⁷ professor de Harvard, e inspirado no conceito de *destruição criativa*, criado em 1939 pelo economista austríaco Joseph Schumpeter, que explicava os ciclos de negócios. Para este, “o capitalismo funciona em ciclos e, cada nova revolução (industrial ou tecnológica), destrói a anterior e toma seu mercado.” Outro autor, Peter Thiel, também cuidou do tema:

A disrupção se metamorfoseou em um jargão autocongratatório¹⁸ para qualquer coisa que se faz passar por nova e moderna.

[...]

Produto ou serviço que cria um novo mercado e desestabiliza os concorrentes que antes o dominavam. É geralmente algo mais simples, mais barato do que o que já existe, ou algo capaz de atender um público que antes não tinha acesso ao mercado. Em geral, começa servindo um público modesto, até que abocanha todo o segmento.¹⁹

Um dos mais recentes exemplos é o do intraempreendedorismo. As grandes empresas, para se adaptarem ao novo mundo e garantir um processo de inovação contínua nesse mercado dinâmico e altamente concorrente, devem convencer seus colaboradores a se tornarem intraempreendedores, ou seja, empreendedores internos que “busquem no dia a dia, nas pequenas soluções, serem inovadores e criativos o suficiente para que a empresa possa se transformar e se atualizar”.²⁰

A economia compartilhada

Um conceito importante é o da *Economia Compartilhada* (Consumo de Colaboração, Sharing Economy), que revela outra face da disrupção. De acordo com Rachel Botsman,²¹ contempla três espécies de sistemas:

¹⁶ Dicionário Eletrônico Houaiss, versão 3.0, no verbete **Disrupção**.

¹⁷ Artigo Disruptive technologies: catching the Wave, 1995. Disponível em <<https://bit.ly/1uCElhX>>. Acesso em: 26 jan. 2018. Vide também os livros *The Innovator's Dilemma* e *The Innovator's Solution*.

¹⁸ O mesmo que cumprimentos, felicitações; 2. Bajulação com a intenção de receber algum benefício. Disponível em: <<https://bit.ly/2RnhZj8>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

¹⁹ Artigo, Verbetes Daft: O que é Disrupção, Peter Thiel, fundador do PayPal. Disponível em: <<https://bit.ly/2yDSeUu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²⁰ Entrevista em vídeo concedida por Ellen Kiss, diretora de inovação do Banco Itaú Unibanco. Disponível em: <<https://youtu.be/nAPOOdULZKg>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²¹ Site Consumo Colaborativo, entendendo o conceito: O que é Economia Compartilhada. Disponível em: <<https://bit.ly/2QUwQ4c>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

1. *Mercados de redistribuição: ocorre quando um item usado passa de um local onde ele não é mais necessário para onde ele é. Baseia-se no princípio do “reduza, reuse, recicle, repare e redistribua”;*
2. *Lifestyles colaborativos: baseia-se no compartilhamento de recursos, tais como dinheiro, habilidades e tempo;*
3. *Sistemas de produtos e serviços: ocorre quando o consumidor paga pelo benefício do produto e não pelo produto em si. Tem como base o princípio de que aquilo que precisamos não é um CD e sim a música que toca nele, o que precisamos é um buraco na parede e não uma furadeira, e se aplica a praticamente qualquer bem.*

Por definição,

É a prática de dividir o uso ou a compra de serviços facilitada, principalmente, por aplicativos que possibilitam uma maior interação entre as pessoas.²²

[...]

É o resultado da busca pela solução de problemas como a escassez de recursos frente ao aumento crescente do consumo em todo planeta.²³

[...]

Cliente e prestador de serviço são avaliados a todo momento, por meio de comentários e rankings. É a democratização e uma maior repercussão de algo que todos nós conhecemos bem: o chamado boca-a-boca.²⁴

O que há de interessante na Economia Compartilhada é a humanização das relações contratuais. Gente realizando conexões significativas para gente. Relações pessoais da atualidade versus transações vazias e distantes de ontem.

A confiança e a reputação

Sua base é a *confiança*^{25,26} ou *capital de reputação*. Rachel Botsman conta que o criador do AirBnb tomou consciência disso quando, em 2012, após um ataque terrorista ocorrido em Londres, quase no mesmo momento, recebeu treze e-mails de clientes seus perguntando se ele estava bem, antes mesmo de sua mãe ligar.

²² Site Consumo Colaborativo, entendendo o conceito: O que é Economia Compartilhada. Disponível em: <<https://bit.ly/2QUwQ4c>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²³ Professor Cláudio Carvajal, O que é Economia Compartilhada. Disponível em: <<https://bit.ly/2yH8iF6>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2018.

²⁴ Artigo Economia Compartilhada, publicado em 16 jan. 2017 no site da Revista Exame, de autoria da jornalista Natasha Pinelli. Disponível em: <<https://glo.bo/2k0wcpu>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²⁵ Rachel Botsman, palestra em vídeo legendado em português. TED Ideas worth spreading. Disponível em: <<https://bit.ly/2JoFVQr>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²⁶ Dicionário Eletrônico Houaiss, versão 3.0, verbete **Confiança** – crença na probidade moral, na sinceridade, lealdade, competência, discrição de outrem; crédito, fé.

*Reputação*²⁷ ou *capital de reputação* é a medida de quanto uma comunidade confia em você. Quanto mais tiver, mais chances terá de ser procurado novamente pelas pessoas. Trata-se de um valor de mercado.

Esses fatores desestabilizaram o mercado e refletiram insegurança também à Administração Pública. Uma alta demanda surgiu e não foi atendida pelo Poder Público.

Outros exemplos ilustram bem essa disrupção que a sociedade promove e que gera demandas até então impensáveis ao poder público:

- 1) Enciclopédias online que praticamente acabaram com editoras especializadas e sabotaram milhares de vendedores e sites de serviços pagos de informação (Wikipédia, Google etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado;
- 2) Transporte que tomou o lugar das empresas de rádio-táxi (Uber, Cabify, 99Táxi, Easy Táxi, Carpooling etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não completamente regulado;
- 3) Solução de hospedagem que impactou fortemente o mercado hoteleiro mundial (AirBnB). Até hoje se debate muito sobre como controlar essa atividade pelas prefeituras do mundo todo. É a maior empresa hoteleira sem possuir um hotel sequer. Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado;
- 4) Locação compartilhada de bicicletas, motos e carros que também atuou contra táxis, empresas de ônibus e veículos de aluguel (Mobi, 4Ride, Bike Sampa, Ciclo Sampa, Eco Bike etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado;
- 5) Transmissão em tempo real (streaming – transferência de dados e informações multimídia, utilizando rede de computadores ou a internet) de áudio e/ou vídeo que liquidou um mercado até então forte de vídeo-locadoras e de TVs a cabo (Netflix, Amazon Prime, Spotify etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado;
- 6) Locais de trabalho temporários e compartilhados, acabando com um segmento de locação comercial (Coworking, Ponto Urbano etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado;
- 7) Os mapas online que eliminaram praticamente da noite para o dia as gráficas que produziam mapas e guias de ruas, adicionando ainda a vantagem de termos informações da fluidez do trânsito em tempo real (Google Maps, Waze etc.). Consequência: queda de arrecadação para o governo e o surgimento de um novo mercado não regulado.

Esses poucos retratos provocaram demissão de milhões de pessoas, falência de empresas ou pelo menos quedas repentinas no lucro e forçaram, tanto às sobreviventes quanto aos seus concorrentes, mudar de rumos. Claro que junto com essa onda de desenvolvimento surgiram novas demandas e o poder público ficou sem qualquer parâmetro para normatizar os diversos setores.

²⁷ Dicionário Eletrônico Houaiss, versão 3.0, verbete **Reputação** – conceito de que alguém ou algo goza num grupo humano, renome, estima, fama.

Trazendo esses fatos para o campo governamental, surgem perguntas. Qual é o Capital de Reputação do Governo? O que ele está fazendo para melhor atender a população? E a Ciência do Direito, está considerando esses fatos? Busca adequação à nova lógica da sociedade? A presunção de legitimidade dos atos administrativos é de fato creditada pela população? O Governo está preparado para confiar nas pessoas, na boa-fé delas?

Se não estiver, é bom se apressar porque a sociedade está já na terceira onda da confiança, qual seja, a de depositar tal atributo num estranho (pessoa física ou jurídica) que mereça esse crédito. Na primeira onda, as pessoas confiaram em quem estivesse online. Na segunda, compartilharam seus dados com seus amigos virtuais e até, vez ou outra, com algumas poucas empresas.

Os verbos usados hoje são compartilhar, trocar, emprestar, alugar, permutar, comercializar. O Governo conjuga tais verbos? Estamos numa transição significativa. Os conceitos de oferta e demanda mudam todo dia. Onde está a capacidade de adaptação do Direito Administrativo?

O serviço público está se preparando para esses modelos, qual seja, o da inovação disruptiva, do intraempreendedorismo? As novas tecnologias trazem soluções em massa muito mais baratas e acessíveis²⁸. Há um claro reflexo na arrecadação tributária, quer ocorra num aumento (em alguns casos), quer numa diminuição (é o que predomina). Como a alta administração está tratando esse tema?

A falta de regramento sobre essa nova Economia tem trazido litígios em grande escala e, até o momento, os governos não estão conseguindo administrar essas novidades. Como ficam os princípios da Legalidade, da Eficiência, da Finalidade, da Supremacia do interesse público, da Igualdade, da Boa-Fé e o da Razoabilidade, só para citar alguns?

Portanto, encontramos ruídos na esfera administrativa que não podem mais contar com as soluções dadas pelo direito estruturado e pensado pelos nossos doutrinadores clássicos, em especial, o administrativo. Até porque não se cogitava um mundo como o atual.

A ponderação – e não crítica – que faço fica na esfera da busca por um novo Direito, mais próximo da realidade, sem desqualificar o até então existente e que serviu, e bem, à sociedade.

A tecnocracia

Galvão de Souza²⁹ cuidou desse tema com muita propriedade. O termo foi criado no início do século passado e foi definitivamente empregado após os anos 50. Citando James Burnham, assim definiu a tecnocracia: “composição de uma elite de administradores postos ao serviço de uma comunidade com seus conhecimentos especializados e sua capacidade de direção de tipo empresarial”.³⁰

Trata-se de gerentes ou mesmo diretores, investidos pelos governantes de um Estado, que recebem amplas incumbências para o trato da sociedade política. Alguns exemplos: economistas, financistas, especialistas em administração de empresas, engenheiros

²⁸ The Explainer: Disruptive innovation, Harvard Business Review – <<https://youtu.be/mbPiAzzGap0>>. Acesso em: 26 jan. 2018.

²⁹ GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. *O Estado tecnocrático*. São Paulo: Saraiva, 1973.

³⁰ *Ibid.*, p. 83.

e indivíduos “de formação cultural aliada a um apurado senso prático” que integram essa classe de dirigentes. Chegam a influenciar positivamente nas supremas decisões de comando.

A existência de uma sociedade tecnológica é uma virtude. O problema surge quando a tecnocracia ocupa o lugar da atividade política, ante o vácuo formado pela falta de lideranças com espírito público, pela decadência das elites dirigentes. Ela é boa desde que se subordine à orientação superior com visão ampla, no exercício da sua legítima função específica, qual seja, a do homem político no melhor sentido do termo. Caso fique à frente da sociedade, a deterioração e a desonra da classe política favorecerão o surgimento da sociedade de massas, conceito este que nos foi ensinado por Ortega y Gasset.³¹

*Massa é o conjunto de pessoas não especialmente qualificadas. Não se entenda, pois, por massa só nem principalmente as massas trabalhadoras. Massa é o homem médio. Deste modo, se converte o que era meramente quantidade, numa determinada qualidade. É a qualidade comum; é um monstrengo social; é o homem que quando não se diferencia dos outros homens, sem que se repita em si um tipo genérico.*³²

Não se discute mais se vivemos ou não numa sociedade de massas. Estamos nela há muito. Hoje, as massas influenciam eleições, exigem dos governantes determinadas políticas, controlam as finanças públicas. O problema é que as massas têm como dogma a igualdade e um dos elementos de nivelamento massificado são os denominados meios de comunicação de massa.

O festejado autor afirma que *a rebelião das massas é uma rebelião provocada*, dirigida, bastando que um agente poderoso (o Estado Absoluto) atue sobre elas, controlando os meios de comunicação. Com isso, a massa fica reduzida à docilidade e à inércia, quando lhe interessa (Estado). Temos um Estado de massas institucionalizado.

As lições de Ortega revelam que “o nivelamento dos indivíduos e a organização da sociedade sem grupos privilegiados facilita o exercício do poder absoluto e centralizador”.³³

Voltando à nossa realidade, se um Estado de massas existe, se o corpo político diminuiu sua influência, o que acontecerá se tivermos um Estado Tecnocrata? Rumo a um novo modelo de absolutismo? A tecnologia não pode existir por si nem para si. Ela deve servir ao homem e à sociedade. O direito considera esse cenário?

Revisão do Direito Administrativo em face do mundo novo

Partindo dessas ideias, não resta outro caminho ao Direito Administrativo, salvo o do entendimento da nova realidade, sua determinação no acompanhamento das mudanças, sua compreensão das novas demandas e sua atuação em regular a sociedade sob esse novo ângulo.

³¹ La Rebelión de Las Massas, série de artigos publicados pelo jornal de Madri, Diario El Sol, em 1929. Mais tarde, tornou-se o livro *La Rebelión de Las Massas*, no mesmo ano.

³² GALVÃO DE SOUSA, 1973, p. 39.

³³ Idem, p. 42

É sempre bom lembrar o surgimento da globalização,³⁴ ocorrida no início dos anos 80, a grande impulsionadora da rede mundial de computadores (internet). Criado sobre quatro pilares – comércio e transações financeiras, movimento de capital e de investimento, migração e disseminação de conhecimento, características identificadas pelo Fundo Monetário Internacional, pelo Banco Mundial e pela Organização Mundial do Comércio –, esse movimento revolucionou o mundo e quebrou paradigmas e conceitos até então imutáveis –soberania, autodeterminação dos povos, mercado, sistema financeiro, patriotismo, protecionismo etc. Já se pensa hoje numa Globalização, versão 2.0, e o direito ainda engatinha nesse campo, sequer completando sua abrangência na ideia precursora da Globalização, o conceito de Aldeia Global.

É preciso uma profunda reforma na doutrina, e entender que, talvez, o campo de atuação do Governo deva ser diminuído em algumas áreas e tenha que adotar intenso protagonismo naquilo que lhe couber. A eficiência é condição indispensável para tanto.

A tendência do Estado é a da diminuição da sua influência e um controle maior sobre seu ambiente remanescente. O mesmo caminho deve trilhar o Direito Administrativo. Mesmo no campo da corrupção, hoje tristemente notado, é fundamental o aperfeiçoamento dos controles, da fiscalização.

As novas tecnologias permitem buscar caminhos mais eficazes. Alguns exemplos:

- 1) Big Data – o acesso à informação de grandes bancos de dados é fundamental para uma administração moderna e eficiente. A integração com outras bases gera informação inédita até então não obtida por uma base isolada. Esta só acessava informações ali existentes, limitada aos campos de dados criados. Imaginem, por exemplo, o cadastro de determinada Prefeitura se integrar a um banco de dados do cartório de registro de imóveis, da Receita Federal, de uma entidade que reúna corretores de imóveis e de órgãos de pesquisa de preço de determinada cidade e ter instantaneamente o perfil do contribuinte, o valor pago pelo imóvel quando da aquisição, seu valor real de mercado, em face das melhorias feitas pela municipalidade. Tudo poderá ser melhor mensurado e estabelecido, sem a necessidade de estimativas como é feito hoje em dia;
- 2) Business Intelligence (BI) – A análise dessas bases de dados gerará informações adicionais e de fácil utilização no planejamento de um Governo;
- 3) Inteligência artificial (IA) – Sua capacidade de aprendizagem permitirá exercer um controle muito próximo dos administrados e tratará cada qual de acordo com sua particularidade, além de realizar projeções muito mais precisas;
- 4) Aplicativos usados na telefonia móvel – Simples, baratos e eficientes, poderão trazer informações em tempo real ao cidadão, além de serem usados também como via de troca de dados. Se um cidadão verificar algo ineficiente por parte do Governo, relatará em tempo real o ocorrido, permitindo assim imediata ação. Imaginem o que se poderá fazer na área de segurança pública, dos serviços prestados, da fiscalização?

³⁴ JUSTEN FILHO, 2014, p. 107: “Um conjunto de fatores que produziu a radical alteração política, social, econômica e cultural de todos os países, no final do século XX. A expressão indica a ampliação das relações entre os diversos países e as diversas nações”.

- 5) Registros remotos (foto, vídeo e áudio) – O envio imediato de determinado registro dará plena consciência ao Poder Público do que se passa em sua área de atuação;
- 6) Sensores de reconhecimento (facial, leitura de placas) – A busca de foragidos da polícia, da identificação rápida e precisa do cidadão no atendimento dos serviços públicos (hospitais, delegacias, escolas etc.), identificação de inadimplentes são alguns dos exemplos possíveis;
- 7) Processamento compartilhado – A possibilidade de o cidadão permitir que seu dispositivo seja usado pelo poder público no processamento de dados diminuirá substancialmente seu custo;
- 8) Pesquisas diversas – O Governo poderá obter rapidamente informações buscadas, se quiser, de toda a população;
- 9) Deliberações participativas – Decisões coletivas poderão ser tomadas sob a supervisão da Administração Pública;
- 10) Economia compartilhada – O cidadão deve receber uma contrapartida da Administração caso colabore eficientemente com ela. Diminuição de impostos quando gerar alguma economia; compensações diversas ao assumir o ônus de restauro de um prédio público que necessite, uma praça pública, ou uma calçada não-residencial etc.

Para que isso aconteça, é fundamental que a normatização administrativa e o próprio direito administrativo permitam e regulem essa utilização, estabelecendo novos procedimentos, nova hierarquização de acessos a informações, integração com outras administrações e sistemas. Por ilustração, o princípio da publicidade, com a limitação do segredo de Justiça a ele agregado, deverá ser repensado. O que se busca é o bem comum e o interesse público. O da economicidade talvez tenha que ser cotejado com o da eficiência e o da supremacia do interesse público. O da moralidade talvez deva ser mais rígido e específico. Ajustar esse novo modelo com um orçamento rígido e previamente definido e que talvez não tenha previsto uma modificação substancial será outro obstáculo a ser ultrapassado.

Conclusão

É urgente a reformulação do Direito Administrativo e mesmo o papel do Governo ante as considerações ora feitas, uma vez que a onda de desenvolvimento tecnológico, um verdadeiro tsunami social, já atinge o mundo jurídico com uma força avassaladora e que poderá torná-lo, provavelmente, dispensável ou mesmo inútil caso não evolua.

Longe de propormos uma visão pessimista, o que tentamos buscar é um panorama crítico dos fatos e do Direito Administrativo. Não se pretende esgotar o assunto neste singelo artigo, mas, pelo menos, deixar um ponto de referência para a busca de uma nova visão desses fatores.

É preciso organizar grupos de trabalho que se proponham a reescrever conceitos e princípios jurídicos com os olhos voltados para a realidade social, em muitos dos ramos do Direito e, em especial, do Administrativo.

A Academia tem a obrigação de dar sua indispensável colaboração nesse passo. Talvez, trilhando esse caminho, consigamos melhorar nossa Nação.

Arranjos institucionais que visam implementação do direito fundamental social de moradia - seus mecanismos e a possibilidade de controle jurisdicional¹

*Wagner Roby Gídaro*²

Juiz de Direito no Estado de São Paulo

Resumo: este artigo científico busca retratar a tentativa, pelo governo brasileiro, em sua função típica de gestor de políticas públicas, de solução do déficit de moradias, pois é direito fundamental social previsto na Constituição Federal. Inaugura o capítulo dos direitos fundamentais sociais o artigo 6º: “são direitos sociais [...] a moradia [...], na forma desta Constituição”. Destarte, o enfoque é o direito de moradia enquanto direito fundamental social, seu recorte no contexto do direito constitucional e sua aplicação como prestação em sentido estrito. O artigo também analisa as tentativas históricas dos programas de habitação popular, incluindo o atual Programa Minha Casa Minha Vida, seus objetivos, seus principais componentes, mecanismos e resultados práticos e conclui com a busca de soluções no campo da jurisdição.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Políticas Públicas. Jurisdição.

Abstract: this scientific article seeks to portray the attempt by the Brazilian Government, in its typical function of public policy manager, to the solution of housing deficit, because it is a social fundamental right provided by the Constitution. Opens the chapter of fundamental social rights the Article 6º: “social rights are [...] the housing [...] in this Constitution”. Therefore, the focus is the right to housing as a social fundamental right, your clipping in the context of constitutional law and its application as a provision in the strict sense. The article also examines the historical attempts of the public housing programs, including the current Programa Minha Casa Minha Vida, its objectives, its main components, its mechanisms and its practical results and concludes with the search for solutions in the field of jurisdiction.

Keywords: Fundamental Rights. Public Policies. Jurisdiction.

Prescreve a Constituição Federal o direito fundamental de moradia a todos os cidadãos deste país. Isso significa moradia digna, ou seja, estrutura residencial e preenchida com os requisitos mínimos de infraestrutura. É o mínimo existencial. No entanto, esse é um direito que não é exercido por todos os cidadãos e o déficit habitacional ultrapassa os limites do razoável. O Estado, como planejador de políticas públicas, é o responsável pelo

¹ Artigo científico apresentado no Programa de Pós-Graduação, Departamento de Direito do Estado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

² Doutor pelo Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

desenvolvimento de um programa adequado e tem implementado várias tentativas, como o governo atual, que criou o Programa Minha Casa Minha Vida com o objetivo de oferecer a todos o direito à moradia digna. No entanto, todos até agora implementados, ainda que de certa forma ajudem a minimizar o problema, não foram capazes de ter sucesso, seja porque as bases são equivocadas, seja porque os mecanismos estabelecidos são incapazes de alcançar as famílias de baixa renda. Será possível estabelecer um programa de real eficácia? E em caso de omissão do Poder Executivo, será possível determinação judicial para implementação de um programa de escala nacional? Não sei se tais questões estarão respondidas, mas devem permear a reflexão deste artigo científico.

O homem é um ser que vive em sociedade. Não tem a natureza solitária como alguns animais conhecidos. As relações humanas, desde os primórdios e talvez desde a primeira comunidade humana, já tenham apresentado conflitos e desrespeito, sendo esse o maior desafio do direito, ou seja, assegurar aos seres humanos o respeito a seus direitos fundamentais.

A Constituição Federal adotou princípios e garantias fundamentais com o objetivo de estabelecer a melhor convivência na sociedade. São regras de convivência que objetivam principalmente o respeito mútuo e a manutenção da paz social. O preâmbulo da Constituição Federal dá bem a nota a respeito desse recorte quando estabelece a inspiração da constituinte de “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade e a segurança”.³

A ordem necessária para a instituição do direito público positivamente adotado depende da firmeza de seus princípios fundamentais manifestados em sua Lei Maior. Explica Geraldo Ataliba:⁴

Sendo o Direito um sistema, torna-se mais fácil apreender o conteúdo, sentido e alcance de seus institutos e normas em função das exigências postuladas por esses princípios. Olvidar o cunho sistemático do Direito é admitir que suas formas de expressão mais salientes, as normas, formam um amontoado caótico, sem nexos, sem harmonia, em que cada preceito ou instituto pode ser arbitrária e aleatoriamente entendido e aplicado, grosseiramente indiferente aos valores jurídicos básicos resultantes da decisão popular.

Conclui, ainda, o autor:

O resultado da prevalência dessa concepção será a desordem, a insegurança, a imprevisibilidade, a liberação do arbítrio, o estímulo à prepotência. Será a negação do Direito, no que ele tem de mais essencial, que é sua “significação normativa”, tal como exposta por Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Conceito de Sistema no Direito, Ed. RT, p. 173)⁵

³ BRASIL. Constituição (1988). Preâmbulo. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2015.

⁴ ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 15.

⁵ ATALIBA, op. cit., p. 15.

Com essa visão, a leitura do artigo 6º, da Constituição Federal, nos mostra que “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”⁶ toma um contorno impositivo e de efetividade. Ocorre que esse dispositivo inaugura o capítulo dos direitos e garantias fundamentais sociais da Constituição Federal e representa o direito fundamental do cidadão a prestações básicas para a sua vida. Nele se inclui a moradia.

Os direitos sociais, nos dizeres de Alexandre de Moraes:

*Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, da observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art. 1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º.*⁷

Importante dizer que são direitos à prestação em sentido estrito. Como afirma Robert Alexy, são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que ele, se dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. São exemplos os direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação.⁸

O Estado é, por determinação constitucional, o prestador universal dos direitos sociais, de cujo crédito se apodera a pessoa humana, que, num sistema de cooperação popular, participa e constrói sua história e a história da comunidade onde vive, por meio de sua inserção política e modificadora da vida comunitária.⁹

A situação no Brasil é por demais preocupante. São 160 milhões de pessoas vivendo nas cidades. A população rural não se altera há cem anos. O número de habitantes vivendo no campo é o mesmo desde 1920.¹⁰ Isso significou um déficit enorme de moradias e vem crescendo desde os idos de 1940. A década de 1940, aliás, foi marcada por alterações importantes com processo intenso de urbanização pelo desenvolvimento da área urbana e em negócios. Para se ter uma ideia, somente na cidade de São Paulo, em 10 anos, houve um crescimento assustador da população, duplicando-a. Segundo o IBGE, a população da cidade pulou de 1,3 milhão (1937) para 2,2 milhões (1947).¹¹ Atualmente, 10% da população urbana está na região metropolitana de São Paulo. O crescimento foi desordenado. Em São Paulo e no Rio de Janeiro, não houve respeito e não se preservou áreas necessárias como baixadas, fundos de vale, nascentes, cabeceiras dos rios, córregos, encostas e topo de morro, o que causa os problemas de enchentes e risco de quedas e falta de água.¹²

⁶ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2015.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. P. 24.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁹ LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 80.

¹⁰ <https://www.youtube.com/watch?v=WbsMB45pX68>. Acesso em: 07 jun. 2015.

¹¹ Distúrbio urbano de 1947: a imprensa paulistana e os responsáveis do levante, por Monique Félix Borin, Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao39/materia05/>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹² <https://www.youtube.com/watch?v=WbsMB45pX68>. Acesso em: 07 jun. 2015.

Foi impossível segurar essa expansão desordenada, tudo feito à revelia das normas e dos processos de urbanização dos municípios.

Em vista disso, aparece a ideia da reforma urbana. Essa ideia teve seu marco inicial após a eleição de Jânio Quadros em 1961, precisamente em 1963, quando no Rio de Janeiro ocorreu um Seminário de Habitação e Reforma Urbana (primeira vez que utilizado o termo), com o objetivo de buscar soluções para os problemas urbanos.¹³ A solução encontrada foi de estabelecer a criação de novos órgãos *focados na questão habitacional e reforma urbana*.

Com o golpe militar, ocorrido logo em seguida, as ideias de reforma urbana foram abortadas. Foi criado o BNH (Banco Nacional de Habitação) logo após o golpe de 1964 (funcionou até 1986) sendo uma resposta do governo militar ao déficit de moradias. Além disso, com o direito de propriedade foi possível disseminar uma ideologia capitalista contrária ao social e ao comunismo, inimigos do sistema do governo militar.

Em verdade, até então, predominavam os sistemas de aluguel, arrendamento e aforamentos de terras e os lotes urbanos eram raras propriedades privadas do proletariado, tanto que, em 1940, somente 26,4% dos domicílios eram “próprios”.¹⁴

O governo militar tinha a visão de que a propriedade poderia alterar a visão do trabalhador. A casa própria foi a concessão de atendimento do poder público na área habitacional pela sua imagem, pois se trata de um patrimônio e que traz status social ao trabalhador.¹⁵ Melhor foi a frase cunhada por Sandra Cavalcanti: “a casa própria faz do trabalhador um conservador que defende o direito de propriedade”.¹⁶

Em verdade, esse programa foi importante para o desenvolvimento do setor de construção civil e para o problema de falta de moradia, justamente no momento de urbanização enorme. O BNH construiu 25% das moradias necessárias. O sistema era baseado no financiamento da casa própria com recursos da poupança forçada do FGTS e da poupança voluntária do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE). O sistema era inteligente na medida em que tinha a estrutura da Administração Pública e reunia os agentes privados promotores e financeiros.¹⁷

Segundo o estudo efetuado por Nabil Bonduki, ainda, os resultados do programa não foram suficientes para resolver o problema. Foram 22 anos de funcionamento e o BNH financiou a construção de 4,3 milhões de unidades, sendo 2,4 milhões com recursos do FGTS para o setor popular e 1,9 milhões com recursos do SBPE para a classe média. Isso foi absolutamente insuficiente. Bonduki afirma que o equívoco foi ter focado exclusivamente na casa própria e não contar com processos alternativos como a construção com esforço

¹³ O Movimento Nacional de Reforma Urbana e a construção de uma nacional política de desenvolvimento urbano pós-redemocratização: da cooptação à estruturação de um funcionamento de *decoupling*, por Danielle Cavalcanti Klintowitz Disponível em: <http://www.gigapp.org/index.php/mis-publicaciones-gigapp/publication/show/809>. Acesso em: 29 jan. 2019.

¹⁴ Estudo de caso efetuado pela Arquiteta e Professora da Fauf / BA Ângela Gordilho Souza: Favelas, invasões e ocupações coletivas nas grandes cidades brasileiras - (Re)Qualificando a questão para Salvador -BA. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/metropole/article/viewFile/9297/6901>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁵ Entre a produção habitacional estatal e as moradias precárias: uma análise da popularização da casa própria no Brasil, de Walkiria Zambrzycki Dutra. Disponível em: <http://configuracoes.revues.org/1487>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁶ Ela foi a primeira presidente do Banco Nacional de Habitação. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/05/1626484-ja-fomos-tao-modernos-obra-faz-inventario-da-habitacao-social.shtml>. Acesso em: 15 jun. 2015.

¹⁷ BONDUKI, Nabil. *Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula*. Disponível em: https://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf. Acesso em: 1 jun. 2015.

próprio e capacidade organizativa. Resultado disso foram os loteamentos irregulares, assentamentos urbanos precários, favelas e áreas mal servidas de infraestrutura.

Um dos problemas identificados no programa de moradia da oportunidade foi o desastre arquitetônico e urbanístico, com uma administração autoritária e inexistência de participação na concepção dos programas e projetos. Faltou controle social na gestão dos recursos e, principalmente, a adoção da casa própria como única forma de acesso à moradia. Não houve estratégias para incorporar a processos alternativos de produção de moradia como autoconstrução e o financiamento excluiu a população de baixa renda. Como era mesmo para ocorrer, disseminaram-se conjuntos habitacionais de periferia (bairros-dormitórios), havendo desarticulação entre os projetos e a política urbana e os padrões das construções.

Em seguida, para prejudicar mais ainda os brasileiros, veio uma crise econômica, acompanhada de recessão, inflação e desemprego a partir de 1980. Reduziu-se a capacidade de investimento posterior do SFH (Sistema Financeiro da Habitação) e afloraram os movimentos de pessoas sem moradia e movimentos dos que não conseguem pagar as parcelas do financiamento. O resultado final foi um rombo gerado pela inadimplência. Após, continuou funcionando o SFH e, de 1986 a 2000, houve financiamento de 6,5 milhões de unidades, mas isso ainda estava aquém das necessidades geradas pelo processo de urbanização.¹⁸

Agora, por último, buscando cumprir com a determinação constitucional, o governo brasileiro instituiu um programa denominado Programa Minha Casa Minha Vida (PMCMV).

Tudo começou com a Medida Provisória 459/2009, do então presidente Lula, no qual fez previsão dos programas de habitação urbana, de habitação rural, bem como possibilitou a regularização fundiária de assentamentos urbanos e a regularização fundiária de interesse social.

O déficit de moradia chegava ao seu limite. O último programa de habitação popular no Brasil terminou em 1984 com a extinção do BNH. Desde então, nenhum arranjo institucional fora efetuado para esse problema até o ano 2000.

Todos os municípios brasileiros possuem déficit de moradias.¹⁹ Até 2010, o Brasil já apresentava carência de 6.940 milhões de moradias. As informações são parte da publicação Déficit Habitacional Municipal no Brasil 2010, do Centro de Estatística e Informações (CEI) da Fundação João Pinheiro (FJP) e pela Secretaria Nacional de Habitação do Ministério das Cidades, divulgada em 2013.²⁰

A partir do ano 2000, houve programas que visavam gerar moradias à população de baixa renda, como foram os casos do Programa de Arrendamento Residencial (PAR), do Programa de Subsídio Habitacional (PSH), do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS) e dos programas de financiamentos com recursos do FGTS. No entanto, foram insuficientes para a demanda cada vez maior de moradias.

¹⁸ BONDUKI, Nabil. *Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula*. Disponível em: https://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf. Acesso em 1 jun. 2015.

¹⁹ Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/segundo-estudo-todos-os-municipios-brasileiros-tem-deficit-habitacional-11827890>. Acesso em: 22 maio 2015.

²⁰ Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/noticias-em-destaque/2680-fundacao-joao-pinho-e-ministerio-das-cidades-divulgam-os-resultados-do-deficit-habitacional-municipal-no-brasil>. Acesso em: 21 maio 2015.

Em 2009, então, a equipe do Governo Lula, liderada pelo grupo formado pelos Ministros Guido Mantega, Tarso Genro, Paulo Bernardo Silva, Carlos Minc e Márcio Fortes de Almeida, passou a se dedicar ao estudo que levou à elaboração do PMCMV, tendo como objetivos principais das ações do governo a melhoria da qualidade de vida da população de baixa renda e manutenção do nível de atividade econômica. Isso deveria ser feito combatendo principalmente o déficit de moradias habitacionais e a crise econômico-financeira global.

O PMCMV tem como mecanismos o acesso à moradia própria para as famílias de menor renda, a utilização de sistemas de amortização nas operações de empréstimo ou financiamento realizadas por instituições integrantes do SFH, a liberdade de escolha de seguradora pelo mutuário, o registro eletrônico de imóveis, com redução de custas cartorárias e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

O PMCMV institui, igualmente, o Programa Nacional de Habitação Urbana (PNHU) e o Programa Nacional de Habitação Rural (PNHR).

O programa tem duas frentes: para atender famílias de até três salários mínimos, houve aporte de recursos, pela União, aos Fundos de Desenvolvimento Social (FDS) e de Arrendamento Residencial (FAR), pela utilização de programas atualmente já estabelecidos, focalizados no provimento de moradias à população de baixa renda, possibilitando condições de tal modo que esses programas possam atender às famílias.

Para atender famílias de até dez salários mínimos, o Governo instituiu novas linhas de financiamento imobiliário, com a participação da União em um fundo de natureza privada que garanta o pagamento aos agentes financeiros de prestação mensal de financiamento habitacional devida e não paga pelo mutuário final, seja por desemprego, seja por redução temporária da capacidade de pagamento.

A regularização fundiária também é objeto do programa e igualmente se caracteriza como uma prestação em sentido estrito, tendo como bens jurídicos protegidos o direito de moradia e resgate de cidadania de populações mais pobres, a integração social, os investimentos em áreas precárias, com a proteção do meio ambiente.

Importante medida em relação ao meio ambiente, tendo em vista que haverá gestão de ocupações em Áreas de Preservação Permanente e áreas com cursos d'água, com recuperação de áreas degradadas e atuação pública nos sistemas de saneamento básico.

A regularização fundiária também será importante para a ordem urbanística e o direito de propriedade.

Antes de ser transformada em lei a primeira Medida Provisória, houve o Decreto 6.820/09, que estabeleceu a composição e as competências do Comitê de Participação no Fundo Garantidor da Habitação Popular (CPFGHab) e sobre a forma de integralização de cotas no Fundo Garantidor da Habitação Popular (FGHab).

A Medida Provisória foi, então, convertida na Lei 11.977, de 07 de julho de 2009, que estabeleceu os mesmos parâmetros do Programa, mais a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.

Segundo Roberto Rocha C. Pires e Alexandre de Avila Gomide,²¹ os resultados da implementação do programa têm sido relativamente positivos na medida em que provocou

²¹ PIRES, Roberto Rocha C.; GOMIDE, Alexandre de Avila. Burocracia, democracia e políticas públicas: arranjos institucionais de políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. (Texto para Discussão, nº 1.940).

a aceleração da produção habitacional. Na primeira fase, a execução chegou a superar a meta estabelecida de 43% para o segmento de renda de zero a três salários mínimos e obteve níveis superiores a 70% das metas para os demais segmentos. Na segunda fase, em 2011, houve subsídio para 953,6 mil novas unidades habitacionais. Todavia, dizem os autores do texto que o programa reproduz as estruturas do antigo financiamento do BNH e poucas inovações ocorrem.

No entanto, esse programa tem potencial para contribuir com a solução do déficit de moradias. Na perspectiva de suas capacidades técnico-administrativas, o PMCMV tem um nível alto de capacidade. A gestão é orquestrada de forma centralizada pelo governo federal por meio da Casa Civil, tendo a operacionalização pelo Ministério da Fazenda e da Caixa Econômica Federal.

É verdade, porém, que quanto a capacidades políticas, o programa não se apresenta de alto nível em vista da interferência pontual em circunstâncias pelos representantes do Poder Legislativo e dos órgãos de controle. O Poder Legislativo desviou o foco com a reserva de um bilhão de reais para municípios com até 50 mil habitantes, que não eram prioridades inicialmente. Além disso, o TCU fez várias exigências para tornar mais rigorosa a publicidade e a análise dos pretendentes ao programa. Na execução, somente os envolvidos na construção civil é que tiveram atendidas suas demandas, pois os movimentos sociais, cujos representantes estavam no Conselho das Cidades e no Conselho Gestor do Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social não foram ouvidos.²²

Segundo a Raquel Rolnik, em seu blog,²³ o programa, tão significativo por trazer a questão da habitação para o centro da agenda governamental, pela escala de intervenção, o volume de recursos empregados, as concessões de subsídios de até 96% para as camadas com renda de até R\$1.600,00 e de subsídios parciais para as camadas de renda de até R\$5.000,00, foi avaliado em 22 municípios de seis estados do Brasil. Vários problemas foram detectados na execução do programa: processos de seleção não transparentes com inadequação das alternativas ofertadas, tendo em vista o que as famílias precisam para sobreviver nas grandes cidades, notadamente pela localização de periferia dos conglomerados residenciais. As tipologias habitacionais são incompatíveis com as composições familiares que, também, não possuem qualquer possibilidade de adaptação no tempo. São conjuntos monofuncionais e sem possibilidade de uso complementar para geração de emprego e renda. Para os de menor renda, é impossível a convivência nos condomínios e é clara a falta de condições financeiras para a manutenção de todos os custos. Além disso, são favorecidas as mediações do narcotráfico e de milícias, organizações que tomaram a gestão desses condomínios. Em conclusão, ainda que proporcionada moradia em escala média, as incorporações têm gerado péssimas inserções urbanas, com o risco de novos territórios de guetificação e segregação social. Acrescentou a urbanista:²⁴

O Programa se apresenta, enfim, como solução única e pouco integrada aos desafios das cidades brasileiras para enfrentamento de complexo “problema habitacional”, baseado numa produção padronizada e em

²² PIREs, Roberto Rocha C.; GOMIDE, Alexandre de Avila. op. cit.

²³ Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2014/11/10/programa-minha-casa-minha-vida-precisa-ser-avaliado-nota-publica-da-rede-cidade-e-moradia/>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²⁴ Disponível em: <<https://raquelrolnik.wordpress.com/2014/11/10/programa-minha-casa-minha-vida-precisa-ser-avaliado-nota-publica-da-rede-cidade-e-moradia/>>. Acesso em: 07 jun. 2015

larga escala, desarticulada das realidades locais, mal inserida e isolada da cidade, a partir de um modelo de propriedade privada condominial.

Nabil Bonduki considera importante o Programa Minha Casa Minha Vida em razão do aporte de recursos mediante subsídios não retornáveis e de forma massiva, fato que não ocorre desde a época do BNH. No entanto, a lógica do Programa não atende o que de melhor se espera como política pública de moradia (política urbana), uma vez que os empreendimentos residenciais foram para áreas periféricas, causando problemas de mobilidade e outros graves para a sustentabilidade do programa. Também considera uma falha a falta de subsídios destinados às boas localizações. Os incorporadores procuram áreas mais baratas para melhor viabilização do empreendimento. Não há, portanto, diálogo do programa com as cidades.²⁵ Nabil esteve no Ministério do Meio Ambiente e elaborou um trabalho voltado para o Planejamento e Sustentabilidade Urbana.

Resta, enfim, verificar se a solução pode ser alcançada pelo ponto de vista jurisdicional. Ou seja, seria possível a intervenção efetiva do Poder Judiciário em face dos outros poderes para implementação do direito fundamental à moradia? A resposta deve, logicamente, levar em consideração a dimensão da discussão, pois o primeiro requisito da análise de uma política pública é a escala de sua efetividade.

A Constituição Federal de 1988 trouxe crescimento das atividades do Poder Judiciário, possibilitando o controle de constitucionalidade pela sua principal missão de ser o guardião da Constituição. O Supremo Tribunal Federal, com a EC 45/04, pode editar súmulas vinculantes que estabelecem, além da vigência e eficácia do ordenamento jurídico, também sua interpretação, o que transformou a Corte Maior do país em um “legislador positivo”.²⁶

Tudo isso facilitou a ocorrência do que se chama de “ativismo judicial”, que, no ensinamento de Alexandre de Moraes, é “*uma filosofia quanto à decisão judicial mediante a qual os juízes permitem que suas decisões sejam guiadas por suas opiniões pessoais sobre políticas públicas, entre outros fatores*”,²⁷ o que significa “clara afronta à separação de poderes com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa”.²⁸ Adverte Ronald Dworkin:²⁹

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-las e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado o seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige.

Diante disso, é possível analisar a intervenção do Poder Judiciário nos outros poderes em face da omissão nas políticas públicas. A primeira dificuldade é atravessar a inexistência de um ato normativo. A política pública é estabelecida, sobretudo, por lei. Ainda que

²⁵ Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ymlQXMOZ4UY>. Acesso em: 07 jun. 2015.

²⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 39.

²⁷ MORAES, op. cit., p. 39. (grifo nosso)

²⁸ MORAES, op. cit., p. 39.

²⁹ O Império do Direito, p. 451 apud COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

o Poder Executivo lance mão do instrumento da medida provisória, como fez em todos os casos recentes (PAC, Programa Minha Casa Minha Vida, Bolsa Família etc.), trata-se de um instrumento legislativo que estabelece todos os mecanismos necessários para o funcionamento do programa.

Fábio Comparato fez uma primeira distinção a esse respeito, uma vez que a política passou a ser objeto de teoria jurídica, mas frisa que as argumentações jurídicas sobre políticas públicas devem estabelecer uma meta ou finalidade coletiva,³⁰ que é a análise de constitucionalidade por omissão. Claro que a inconstitucionalidade da lei não implica em inconstitucionalidade da política, que aparece como “atividade”, que nos dizeres de Comparato “é um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.³¹ Então é de se perguntar: as determinações constitucionais para o corpo político são vinculativas ou vinculantes? Comparato afirma positivamente, pois são normas programáticas e que constituem soluções de questões de conjuntura ou direcionamento.

Diante disso, é forçoso concluir que o Poder Judiciário tem competência para julgar “questões políticas” (Comparato) e cita o exemplo da possibilidade de interferência jurisdicional em uma política indiscriminada de concessão de incentivos fiscais, dados os fundamentos da ordem econômica e valorização do trabalho, mas de encontro aos dispositivos de defesa do meio ambiente. Essa é uma inconstitucionalidade comissiva e, da mesma forma, pode haver a inconstitucionalidade por omissão.³²

Descreve o artigo 182, da Constituição Federal:³³

A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. § 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

Para Comparato, é uma “irrisão se os tribunais tivessem de se quedar inativos diante da omissão das autoridades municipais em dar cumprimento a essa norma constitucional”.³⁴ Porém, ele mesmo argumenta que a demanda judicial deve ser desconstitutiva dos atos normativos e, ao mesmo tempo, tem natureza injuntiva ou mandamental. Mas tudo isso fica no campo do desejável, uma vez que ele próprio reconhece a necessidade de uma reforma constitucional para estabelecer a “forma processual da demanda, a legitimidade das partes e a competência judiciária”.³⁵

A questão é estabelecer, por meio da decisão injuntiva e mandamental, todos os elementos necessários para o programa público da política. Segundo Maria Paula Dallari

³⁰ COMPARATO, op. cit., p. 45.

³¹ COMPARATO, op. cit., p. 45.

³² COMPARATO, op. cit., p. 46.

³³ BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2015.

³⁴ COMPARATO, op. cit., p. 47.

³⁵ COMPARATO, op. cit., p. 47.

Bucci, a avaliação de uma política pública é feita pelo que ela chama de “elementos do quadro de referência”, que servem como um mecanismo técnico e analítico de uma política pública institucionalmente organizada.³⁶ São eles: Nome oficial do programa de ação; Gestão governamental; Base normativa; Desenho jurídico-institucional; Agentes governamentais (competências, atribuições e responsabilidades); Agentes não governamentais; Mecanismos jurídicos de articulação; Escala e público-alvo; Dimensão econômico-financeira do programa; Estratégia de implantação; Funcionamento efetivo do programa; e Aspectos críticos do desenho jurídico-institucional.

Além disso, não é possível isolar o objeto das políticas públicas, notadamente para o controle judicial. Maria Paula também esclarece que há um emaranhado de atos normativos, decisões executivas e medidas operacionais, absolutamente entrelaçadas e que não servem, muitas vezes, somente ao mesmo programa. Em vista disso, o quadro de referência tem esse propósito de demarcação “*mais clara dos limites do programa de ação*”.³⁷

É de se destacar dois elementos importantes e que a demanda judicial injuntiva não seria capaz de suprir: a organização do programa de ação e os papéis institucionais. Pelo texto da professora Maria Paula, a organização do programa define os elementos da política e como se relacionam, sendo que os papéis institucionais estabeleceriam as obrigações, deveres e competências para o efetivo planejamento (que fixa diretrizes para o direcionamento do Estado, nas palavras de Gilberto Bercovici).³⁸

Outra questão importante nesse processo em que a política pública emerge de uma demanda judicial é o orçamento, sabendo que o Poder Judiciário não tem qualquer possibilidade de interferência sequer na elaboração desse plano. Aliás, é muito clara a batalha travada entre o Poder Executivo e o Legislativo nesse momento de elaboração, podendo-se analisar Fernando Limongi e Argelina Figueiredo e verificar o quanto isso é importante na elaboração do programa:

*É “um dos mecanismos mais importantes de que o Executivo dispõe para negociar suas preferências com sua coalizão no Congresso”. O controle do processo orçamentário pelo Executivo acaba por dotá-lo de uma moeda política de baixo custo e extremamente útil para ser trocada por apoio político de sua coalizão no Congresso.*³⁹

A política pública também é realizada mediante arranjos institucionais, como explica Maria Paula Dallari Bucci, na medida em que “qualquer política pública é necessariamente a composição de um conjunto de elementos, normas, órgãos, valores, interesses, orientado à implementação de uma mudança estratégica”.⁴⁰

³⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: *O direito na fronteira das políticas públicas*. [S.l.: s.n.], 2015. p. 5.

³⁷ BUCCI. Op. cit. p. 1, grifo nosso.

³⁸ BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 143-161.

³⁹ LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737-776, dezembro 2005.

⁴⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 238.

Analisando alguns julgados do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que aquela Corte já decidiu pela não aplicação da teoria da Reserva do Possível,⁴¹ com a imposição da decisão jurisdicional sobre políticas públicas. Trata-se de Acórdão da Relatoria do Ministro Celso de Mello em que afasta a aplicação da teoria da Reserva do Possível quando houver reconhecimento de que sua invocação compromete o “núcleo básico do mínimo existencial”.⁴² Esse julgado foi citado posteriormente pelo Min. Gilmar Mendes em outro Acórdão em que abona a possibilidade de controle jurisdicional, “tendo em vista a necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais na implementação de políticas públicas”.⁴³ O Ministro Tóffoli também relata Acórdão no sentido de que não há violação do princípio da separação dos poderes na determinação de obrigação de fazer com objeto na implementação de políticas públicas. Estabeleceu que “O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes”.⁴⁴

Enfim, a decisão mais importante nesse contexto foi a decisão monocrática na Ação Cautelar promovida na ADPF 45, pela qual o Ministro Celso de Mello julgou extinto o processo pela perda superveniente do objeto.⁴⁵ No entanto, estabeleceu bases impor-

⁴¹ A aplicação da teoria da Reserva do Possível na definição de prioridades implica num processo de escolhas e opções estritamente políticas, com seletividade de alocação de recursos. São atividades atinentes do Administrador Público. LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 120.

⁴² A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDER COMPROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOUTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno, Ag. Reg. na Suspensão de Tutela Antecipada 223, Pernambuco, Rel. Min. Celso de Mello, j. 14 de abril de 2008. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴³ Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Constitucional. Direito à moradia e aluguel social. Chuvas. Residência interdita pela Defesa Civil. 3. Termo de compromisso. Solidariedade dos entes federativos, podendo a obrigação ser demandada de qualquer deles. Súmula 287. 4. Princípio da legalidade. Lei municipal nº 2.425/2007. Súmula 636. 5. Teoria da Reserva do Possível e separação dos poderes. Inaplicabilidade. Injusto inadimplemento de deveres constitucionais imputáveis ao Estado. Cumprimento de políticas públicas previamente estabelecidas pelo Poder Executivo. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2.ª Turma, Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 855.762, Rio de Janeiro, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 19 de maio de 2015. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴⁴ Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Ação civil pública. Obrigação de fazer. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 2. Agravo regimental não provido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 1.ª Turma, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 708.667, São Paulo, Rel. Min. Dias Tóffoli, j. 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴⁵ EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS

tantes para a discussão do controle judicial das políticas públicas. Tudo começou em razão de veto presidencial sobre o estabelecimento de ações e serviços públicos de saúde como a totalidade das dotações do Ministério da Saúde, o que motivou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental com fundamento na EC 29/2000 que garantiu recursos financeiros mínimos para a saúde. No entanto, na decisão, o Ministro Celso de Mello acrescentou o reconhecimento desse instrumento constitucional como idôneo, para viabilizar a concretização de políticas públicas em caso de descumprimento das determinações constitucionais. É a aplicação do procedimento da inconstitucionalidade por omissão total ou parcial. Explicou, ainda:⁴⁶

O caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política “não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira legítima, o cumprimento de seu imposterável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. Celso de Mello)

Todavia, a respeito das limitações da reserva do possível, pontuou o E. Ministro que, em face dos direitos fundamentais que garantem as condições mínimas de existência:⁴⁷

A cláusula da “reserva do possível” não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Nesse sentido, também a opinião de Odete Medauar, que estabelece a possibilidade da obrigação de fazer em casos de políticas públicas que envolvem direitos fundamentais.⁴⁸

No entanto, nenhuma dessas opiniões resolve as questões anteriormente colocadas neste trabalho. Por primeiro e mais importante, não tratam da imposição de políticas públicas em escala, como verdadeiramente devem ser. Ou seja, todas as decisões encontradas no sentido de se estabelecer a obrigação de fazer da Administração Pública em cumprimento das normas programáticas da Constituição Federal sobre direitos fundamentais são individuais ou, no máximo, atingem pequeno número de pessoas.

E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO). BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, Med. Cautelar em ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, Med. Cautelar em ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Decisão Monocrática, Med. Cautelar em ADPF 45, Rel. Min. Celso de Mello, j. 29 de abril de 2004. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 16 jun. 2015.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2012, 220.

Depois, não estabelecem as competências dos envolvidos e, ainda que determinem a aplicação dos programas sociais independentemente da prévia determinação orçamentária, fica manca a definição dos arranjos institucionais e políticos. Os arranjos institucionais precisam ser estabelecidos, política e juridicamente. A sentença judicial não pode, por si só, estabelecer o resultado necessário que só será alcançado pela negociação e funcionalidade das instituições envolvidas.

Resta concluir que o direito fundamental social de moradia permanece inaplicado sem arranjos institucionais capazes de efetivar o mínimo essencial previsto na Constituição Federal. Isso significa que não foram capazes os programas instituídos pelo governo (o atual e os passados) e que não será possível estabelecer o cumprimento pelo controle jurisdicional.

Soluções devem ser buscadas no âmbito administrativo e mediante arranjos institucionais confiáveis e seguros. A solução não será alcançada pela simples determinação judicial. Sintetiza Nalini, “concretizar a promessa de moradia para todos é dever de cada brasileiro sensível e, principalmente, daqueles que têm o poder de remover óbices, mercê de sua carreira, profissão ou vocação”.⁴⁹

Referências:

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 143-161.

BONDUKI, Nabil. *Política habitacional e inclusão social no Brasil: revisão histórica e novas perspectivas no governo Lula*. Disponível em: https://www.usjt.br/arq.urb/numero_01/artigo_05_180908.pdf. Acesso em: 1 jun. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Quadro de referência de uma política pública. Primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. In: *O direito na fronteira das políticas públicas*. [S.l.: s.n.], 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 35, n. 138, p. 39-48, abr./jun. 1998.

LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas públicas no estado constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. Processo orçamentário e comportamento Legislativo: emendas individuais, apoio ao Executivo e programas de governo. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 4, p. 737-776, dezembro 2005.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

⁴⁹ NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (coord.). *Regularização fundiária*. São Paulo: Forense, 2012.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

NALINI, José Renato; LEVY, Wilson (Coord.). *Regularização fundiária*. São Paulo: Forense, 2012.

PIRES, Roberto Rocha C.; GOMIDE, Alexandre de Avila. *Burocracia, democracia e políticas públicas: arranjos institucionais de políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: IPEA, 2014. (Texto para Discussão, nº 1.940)

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

<https://www.youtube.com/watch?v=WbsMB45pX68>

<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao39/materia05/>

<https://www.youtube.com/watch?v=WbsMB45pX68>

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCQQFjABahUKEwjH1a2VopLGAhXnJYwKHdovCFY&url=http%3A%2F%2Ffunu.hospedagem.com.br%2Frevista%2Ffrbeur%2Findex.php%2Fanais%2Farticle%2Fdownload%2F4259%2F4129&ei=GRF_VYflHufLsATa36CwBQ&usg=AFQjCNGDDt1mEppngDKuOhuGk5pValj14w&sig2=96VWPTVIJ6GMCiw4l-3fkg&bvm=bv.95515949,d.cWc

http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CDIQFjADahUKEwirmpXNp5LGAhXnY4wKHXPBQM&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucsp.br%2Findex.php%2Fmetropole%2Farticle%2FviewFile%2F9297%2F6901&ei=zBZ_VauELOfHsQT0npUY&usg=AFQjCNHwEKNqiPNxPA1NHNo-tUPges-3Yw&sig2=M8xT6nlzedaSz4_hj4vQ

<http://configuracoes.revues.org/1487>

<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/05/1626484-ja-fomos-tao-modernos-obra-faz-inventario-da-habitacao-social.shtml>

<http://oglobo.globo.com/brasil/segundo-estudo-todos-os-municipios-brasileiros-tem-deficit-habitacional-11827890>

<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/noticias-em-destaque/2680-fundacao-joao-pinheiro-e-ministerio-das-cidades-divulgam-os-resultados-do-deficit-habitacional-municipal-no-brasil>

<https://raquelrolnik.wordpress.com/2014/11/10/programa-minha-casa-minha-vida-precisa-ser-avaliado-nota-publica-da-rede-cidade-e-moradia/>

<https://www.youtube.com/watch?v=ymlQXMOZ4UY>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

www.stf.jus.br

Notas sobre a penhorabilidade de ativos financeiros de empresas públicas e sociedades de economia mista

Wanderley José Federighi¹

Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

Sumário: 1. Introdução. 2. As empresas estatais: considerações sobre o tema. Conceito. 3. As empresas públicas: suas características. 4. As sociedades de economia mista: suas características. 5. Legislação referente à matéria. 6. A execução contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista: a consequente questão da penhora. 7. Análise da jurisprudência referente ao tema. 8. Conclusões. Referências.

1. Introdução

Recentes decisões do colendo Supremo Tribunal Federal referentes à execução contra entes que pertencem à Administração Pública, *lato sensu*, vêm trazendo entendimento no sentido de ser cabível a referida execução por meio do sistema de *precatório judicial*, fato este que veio a causar questionamentos.

Em decisão proferida em 12.10.2012, a Ministra Cármen Lúcia examinou Recurso Extraordinário, interposto pelo Hospital Nossa Senhora da Conceição S/A., no RE 712.648-RS, em ação em que este contedia com particulares, tendo o Tribunal local decidido que, sendo o Hospital em questão uma sociedade de economia mista, não fazia jus aos privilégios da Fazenda Pública, entre eles a execução por meio de precatório. Sobreveio a interposição do recurso, sobredito tendo a nobre Ministra decidido que seria cabível tal espécie de execução, *in casu*, assim ementando o V. Acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO EM REGIME NÃO CONCORRENCIAL: APLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. JULGADO RECORRIDO DIVERGENTE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL. RECURSO PROVIDO.

S. Exa., ao assim decidir, fundamentou a referida decisão em outros Acórdãos daquela Corte, entre os quais o RE 580.264, da relatoria do Ministro Ayres Britto (DJe 06.10.2011); o RE 599.628, da relatoria do Ministro Joaquim Barbosa (DJe 17.10.2011); o RE 592.004-AgR, da relatoria do mesmo Ministro (DJe 22.06.2012); e o ARE 698.357-AgR/RS, de sua própria relatoria (DJ 04.10.2012).

Desta forma, S. Exa. deu provimento ao RE, para o fim de “assentar a aplicabilidade do regime de precatório ao Recorrente”.

¹ Professor assistente da Escola Paulista da Magistratura. Membro da Academia Paulista de Direito e da Academia Paulista de Magistrados. Bacharel e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Acreditando haver alguns pontos a serem ponderados a respeito do tema, humildemente trago à baila algumas considerações que me parecem necessárias – inclusive para evitar-se que, no futuro, entes que não fazem jus ao privilégio processual em questão venham a obtê-lo, em detrimento dos autores de ações judiciais contra eles movidos, que se verão manietados ao complexo sistema de execução por meio de precatório, o qual normalmente arrasta essa fase do processo por muitos anos (quando não por muitas décadas).

Isto, à evidência, para que, acima de qualquer coisa, prevaleçam a letra da lei e a Justiça.

2. As empresas estatais: considerações sobre o tema. Conceito

A Constituição Federal de 1988 dedica um de seus Títulos à *Ordem Econômica* (a partir do art. 170), com vários desdobramentos, um dos quais é a possibilidade do próprio Estado atuar na atividade econômica, por meio de *empresas públicas* e *sociedades de economia mista*, gerindo atividades que não se encontrem solidamente estabelecidas nas mãos dos particulares, prestando serviços imprescindíveis à população ou, ainda, explorando atividade econômica.

Assim, o art. 173, *caput*, da CF/1988, dispõe ser cabível a exploração direta de atividade econômica pelo Estado “quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo”, conforme definidos em lei.

Sobre a questão, pronuncia-se José Afonso da Silva (2002, p. 213):

Prevê-se a atuação do Estado na economia, sob duas formas: pela intervenção e pela participação. A primeira fundada no art. 174, em que aparece o Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, que compreende as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, caracterizando o Estado regulador, o Estado promotor e o Estado planejador da atividade econômica, com normas especiais sobre a política urbana (art. 182) e a política agrícola e fundiária e reforma agrária (arts. 184 a 191). A segunda com base nos arts. 173 e 177, caracterizando o Estado administrador da atividade econômica, sistema segundo o qual o Estado explora atividade econômica por meio de empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades estatais ou paraestatais, como são as subsidiárias daquelas.

Os desdobramentos disso são vários.

As denominadas *empresas estatais*, apesar de serem reiteradamente ligadas à imagem do Estado, em especial pelos leigos, são, em verdade, *pessoas jurídicas de direito privado*, pertencentes à denominada Administração Pública Indireta; a saber, são elas as *empresas públicas* e as *sociedades de economia mista*.

Hely Lopes Meirelles (2015, p. 68) lhes dava o título de *entidades empresariais*, aduzindo que as mesmas são:

Pessoas jurídicas de Direito Privado, instituídas sob a forma de sociedade de economia mista ou empresa pública, com a finalidade de prestar

serviço público que possa ser explorado no modo empresarial, ou de exercer atividade econômica de relevante interesse coletivo.

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que as *empresas estatais ou governamentais* são:

Todas as sociedades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categoria à parte (arts. 71, II, 165, § 5º, III, 173, § 1º). (2002, p. 381)

Malgrado a personalidade jurídica de Direito Privado, tais empresas estatais têm em comum algumas características, a saber:

a) sofrem controle pelos Tribunais de Contas, Poder Legislativo e Poder Judiciário; b) têm o dever de contratar mediante *prévia licitação* – contudo, as empresas públicas e as sociedades de economia mista que explorarem atividade econômica *não precisam licitar para a contratação de serviços e aquisição de bens relacionados diretamente com as suas atividades finalísticas*, sob pena de inviabilizar a competição com as empresas privadas do mesmo setor; c) há obrigatoriedade de realização de *concurso público*; d) há *proibição de acumulação* de cargos, empregos e funções públicas; e) a contratação de pessoal se dá pelo *regime celetista* de emprego público, com a exceção dos *dirigentes*, que estão sujeitos ao regime *comissionado* (os denominados “cargos de confiança”); f) a *remuneração* dos empregos *não é sujeita ao teto constitucional*, exceto se receberem recursos públicos para pagamento de despesas de pessoal ou de custeio em geral; g) há jurisprudência do STF, considerando *inconstitucional a exigência de aprovação prévia*, no âmbito do Poder Legislativo, como requisito para nomeação de seus dirigentes pelo Chefe do Executivo; h) *não podem ir à falência* (art. 2º, inciso I, da Lei n. 11.101/2005). Vide, a propósito, Alexandre Mazza (2011, p. 145).

Por seu turno, Maria Sylvia Zanella Di Pietro destaca o fato de que as empresas públicas e as sociedades de economia mista têm traços em comum, a saber:

- 1) Criação e extinção por lei;
- 2) Personalidade jurídica de direito privado;
- 3) Sujeição ao controle estatal;
- 4) Derrogação parcial do regime de direito privado por normas de direito público;
- 5) Vinculação aos fins definidos na lei instituidora;
- 6) Desempenho de atividade de natureza econômica. (2002, p. 383)

3. As empresas públicas: suas características

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, as referidas *empresas públicas*, de *públicas* têm *apenas o nome*, e a circunstância de se alicerçarem em capitais unicamente governamentais. O autor destaca ser esta a grande diferença das empresas públicas

das *autarquias*: estas submetem-se ao regime de direito público, enquanto as empresas públicas são disciplinadas pelo direito privado. São, ambas, *peças governamentais*, formadas com recursos integralmente de origem pública; entretanto, as autarquias estão colhidas pelo *regime jurídico administrativo*, sendo, destarte, pessoas jurídicas de *direito público*, enquanto as empresas públicas norteiam-se basicamente pelo *direito comercial*, e, portanto, são *peças jurídicas de direito privado*.

Desta forma, o referido jurista conceitua a empresa pública como sendo:

A pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de sociedade mercantil e formada por capitais exclusivamente governamentais, criada (ou assumida) pelo Estado como instrumento de sua ação, por via empresarial, para a realização de interesses relevantes para a coletividade e por isso mesmo submetida a um regime jurídico marcado por certa originalidade em relação às demais sociedades comerciais. (1979, p. 133-134)

Por seu turno, Alexandre Mazza (2011, p. 145-146) aduz serem elas:

Pessoas jurídicas de Direito Privado, criadas por autorização legislativa, com totalidade de capital público e regime organizacional livre. Exemplos: Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, Caixa Econômica Federal – CEF, Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária – EMBRAPA e Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária – Infraero.

Hely Lopes Meirelles oferecia o seguinte conceito e considerações:

Empresas públicas são pessoas jurídicas de Direito Privado, autorizadas por lei a se constituírem com capital exclusivamente público, para realizar atividades de interesse da Administração instituidora nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial.

[...]

O que caracteriza a empresa pública é o seu capital exclusivamente público, de uma só ou de várias entidades, mas sempre capital público. Sua personalidade é de direito privado e suas atividades se regem pelos preceitos comerciais. É uma empresa, mas uma empresa estatal por excelência, constituída, organizada e controlada pelo Poder Público. (1991, p. 319-320)

Tais empresas “se nivelam às organizações particulares nas suas operações, direitos e obrigações decorrentes do desempenho estatutário, e se sujeitam ao regime trabalhista e tributário comuns”.²

O art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/1967 oferece o conceito legislativo de tais entes; as empresas públicas, segundo esse dispositivo, são “entidades dotadas de personalidade

² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União”, criadas por lei para exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer por força de contingência, ou de conveniência administrativa.

Podem elas, como previsto, revestir-se de *quaisquer formas admitidas em direito*.

Alexandre Mazza (2011, p. 146) afirma que tal conceito, entretanto, encontra-se desatualizado, em 3 (três) pontos principais:

- 1) “capital exclusivo da União”: na verdade, a doutrina considera que o capital das empresas públicas deve ser *exclusivamente público*, podendo sua origem ser *federal, distrital, estadual* ou até *municipal*;
- 2) “criadas por lei”: a nova redação do art. 37, XIX, da CF, dada pela Emenda nº 19/1998, prescreve que empresas públicas e sociedades de economia mista *não são criadas por lei*, mas sim mediante *autorização legislativa*;
- 3) “para exploração de atividade econômica”: atualmente, empresas públicas podem desempenhar dois tipos diferentes de atuações: exercer *atividades econômicas* ou prestar *serviços públicos*.

Têm as empresas públicas 4 (quatro) características fundamentais.

A primeira é a *criação autorizada por lei específica*: sempre que a CF utiliza a expressão “mediante autorização legislativa”, é porque a forma de instituição da entidade submete-se a um procedimento diverso da mera “criação por lei”.

A instituição por meio de *lei específica* possui 3 (três) fases: a) *promulgação de lei* autorizadora; b) *expedição de decreto regulamentando a lei*; c) *registro dos atos constitutivos* em cartório e na Junta Comercial. Ao contrário das autarquias, criadas por lei, a personalidade jurídica das empresas públicas não surge com a simples promulgação do diploma legislativo, mas com o registro de sua constituição no cartório competente.

Nesse sentido é a redação do art. 45 do Código Civil:

Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Essa forma de criação é imposta pela *natureza privada* das empresas públicas.

Pela mesma razão, a *extinção* de tais empresas exige um procedimento idêntico: a) lei autorizando; b) decreto regulamentando a extinção; c) baixa dos atos constitutivos no registro competente.

A *segunda característica fundamental* é *todo o capital ser público*: nas empresas públicas não existe dinheiro privado integrando o capital social.

A *terceira característica fundamental* é a *forma organizacional livre*: o art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967 determina que a estrutura organizacional das empresas públicas pode adotar *qualquer forma admitida pelo Direito Empresarial*, tais como: sociedade anônima, limitada e comandita.

Por fim, a *última característica fundamental das empresas públicas* é a de que as suas demandas são de competência da Justiça Federal: nos termos do art. 109 da CF, cabe à Justiça Federal julgar as causas de interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal. No caso das empresas públicas *distritais, estaduais* ou *municipais*, em regra, as demandas são julgadas em *varas especializadas da Fazenda Pública na justiça estadual comum*.

Há uma questão fundamental, outrossim, no que diz respeito ao *patrimônio* da empresa pública, e os reflexos daí decorrentes para com as relações processuais referentes a tais entes.

O *patrimônio* da empresa pública, ainda que seja *público por origem*, pode, como lembrava Hely Lopes Meirelles (1991, p. 323):

Ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade. Daí decorre que todo o seu patrimônio – bens e rendas – serve para garantir empréstimos e obrigações resultantes de suas atividades, sujeitando-se à execução pelos débitos da empresa, no mesmo plano dos negócios da iniciativa privada, pois sem essa igualdade obrigacional e executiva, os seus contratos e títulos de crédito não teriam aceitação e liquidez na área empresarial, nem cumpririam o preceito igualizador do parágrafo 1º do art. 173 da Constituição da República.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por seu turno, lembra que a situação da empresa pública é análoga à de uma empresa particular, concessionária de serviços públicos; e, quanto a seus *bens, obrigações e atos*, rege-se pelo *direito privado*; ou seja, seu regime persiste sendo o de uma *empresa mercantil*, ainda que, destinando-se à prestação de serviços, estes se achem, a bem da coletividade, beneficiados por normas protetoras (1979, p. 132).

Claro está, portanto, que o *patrimônio* da empresa pública, de acordo com a doutrina, subsume-se às normas de *direito privado*.

4. Sociedades de economia mista: suas características

As *sociedades de economia mista* são *pessoas jurídicas de direito privado*, criadas mediante *autorização legislativa*, com *maioria de capital público* e organizadas obrigatoriamente como *sociedades anônimas*. São sociedades de economia mista a Petrobrás, o Banco do Brasil, a Telebrás, a Eletrobrás e a Furnas, em nível federal, entre outras; no Estado de São Paulo, são exemplos de sociedades de economia mista a Desenvolvimento Rodoviário S/A. (Dersa), a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP); a extinta Ferrovia Paulista S/A. (Fepasa) também o era, entre várias outras.

O *conceito legal das sociedades de economia mista* encontra-se no art. 5º, inciso III, do Decreto-lei nº 200/1967:

A entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de

sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou à entidade da Administração Indireta.

Tal conceito, já antigo, igualmente comporta *dois reparos*, pela doutrina mais moderna:

- elas são *criadas por autorização legislativa*, e não por lei; e
- além de explorar atividades econômicas, *podem também prestar serviços públicos*.

Outrossim, também existem as chamadas sociedades de economia mista pertencentes aos estados, ao Distrito Federal, aos municípios e às respectivas entidades descentralizadas, razão pela qual a limitação feita pelo dispositivo supra à União também se encontra desatualizada.

São as referidas características bastante assemelhadas às da empresa pública, possuindo *quatro* características relevantes.

A primeira é, também, a *criação autorizada por lei*: a personalidade jurídica surge com o *registro dos atos constitutivos em cartório*, não sendo as mesmas criadas por lei.

A segunda indica que o *capital, em sua maioria, é público*: na composição do capital votante, pelo menos 50% mais uma das ações com direito a voto *devem pertencer ao Estado*. É obrigatória, entretanto, a presença de capital votante privado, ainda que amplamente minoritário, sob pena de a entidade converter-se em empresa pública. No que toca às ações sem direito a voto, a legislação não faz qualquer exigência em relação a seus detentores, podendo inclusive todos pertencer à iniciativa privada. A lei preocupa-se apenas em garantir ao Poder Público o controle administrativo da entidade, o que depende somente da composição do capital votante. Entretanto, se o Estado detiver minoria do capital votante, estaremos diante de uma *empresa privada com participação estatal*, caso em que *a entidade não pertence à Administração Pública*.

A terceira mostra que a mesma toma a *forma de sociedade anônima*: por expressa determinação legal, as sociedades de economia mista devem ter obrigatoriamente a estrutura de S.A.

Por fim, quanto às suas *demandas*, são elas *julgadas na Justiça Estadual comum*: ainda que federais, as sociedades de economia mista demandam e são demandadas perante a Justiça Estadual (art. 109 da CF).

5. Legislação referente à matéria

O art. 649 do CPC/1973 traz a lista dos bens considerados *absolutamente impenhoráveis*, tendo o inciso I colocado os bens *inalienáveis* e os declarados, por ato voluntário, *não sujeitos à execução*. O art. 833, I, do novo CPC traz dispositivo idêntico.

O art. 100 do Código Civil de 2002 estabelece que *os bens públicos são inalienáveis*, razão pela qual os mesmos enquadram-se entre os *bens impenhoráveis*, referidos no mencionado art. 833, I, do novo CPC. Características reconhecidas dos bens públicos são a *impenhorabilidade* e a *inalienabilidade*.

O art. 655 do Código de Processo Civil de 1973 estabelece a *ordem de bens para a penhora*, começando com dinheiro, em espécie ou em depósito ou *aplicação em instituição*

financeira (inciso I). Tal dispositivo é repetido no atual Código, de 2015, em seu art. 835, inciso I, com a mesma redação.

O art. 173 da CF/1988 trata da matéria, assim dispendo:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§1º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispendo sobre:

[...]

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais e trabalhistas e tributários.

6. A execução contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista: a consequente questão da penhora

Como se pode verificar, malgrado os dispositivos da Constituição Federal e do Código de Processo Civil, novo e antigo, tratem da execução contra a Fazenda Pública, estabelecendo a necessidade de ser a referida execução processada por meio do sistema de *precatórios judiciais*, é de se indagar se tal sistema deveria aplicar-se, *também*, às *empresas públicas e às sociedades de economia mista*, fato este que desperta ainda maior atenção a partir da recente jurisprudência do STF, trazida à baila na parte introdutória deste artigo.

É cabível recordar-se, incursionando-se pela seara histórica, que a questão gerou polêmica na doutrina, há algumas décadas.

O saudoso mestre Geraldo Ataliba sustentava posição no sentido de que o termo “*Fazenda Pública*” deveria abranger outros entes públicos, que não apenas a Administração central, em sua face processual, e as autarquias.³ Consequência disso seria a possibilidade de ser efetuada a execução, nos processos judiciais movidos contra tais entes, por meio dos referidos *precatórios judiciais*.

A questão, contudo, não era pacífica. José Celso de Mello Filho, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969, afirmava quanto à expressão “*Fazenda Pública*”:

Abrange a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, bem como as respectivas autarquias. Entidades paraestatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), porque dotadas de personalidade de direito privado, acham-se excluídas desse conceito, por força do disposto no parágrafo 1º do art. 117 da Constituição Federal, que se

³ ATALIBA, Geraldo. Execução contra pessoas administrativas. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 10-11, jul./set. 1993.

refere, apenas, às ‘entidades de direito público’. As autarquias estão abrangidas por esta regra (RDA, 151:189). (1986, p. 350)

Hely Lopes Meirelles, dissertando sobre o tema da Administração Pública em Juízo, aduzia que as *entidades paraestatais*, ou seja, as empresas públicas, as sociedades de economia mista, os serviços sociais autônomos e os entes de cooperação em geral, não têm qualquer prerrogativa processual da Fazenda Pública, só auferindo os privilégios que a lei especial lhes conceder nos limites da competência de cada entidade estatal (1991, p. 615).

Diógenes Gasparini afirma:

O patrimônio da sociedade de economia mista pode ser utilizado, onerado e alienado nos termos de seus atos constitutivos, independentemente de prévia autorização legislativa, desde que para alcançar seus objetivos [...]. Ademais, dito patrimônio não é prestigiado pelas cláusulas de inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade.

[...]

O relacionamento das sociedades de economia mista com terceiros obedece ao regime comum das empresas privadas, dado que não são portadoras de prerrogativas de autoridade ou de benesses governamentais. Seus bens não são, como já vimos, prestigiados pela inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade, e nessas condições, garantem seus credores. (1995, p. 271 et seq.)

José Cretella Júnior, por seu turno, aduzia:

Sendo as sociedades de economia mista pessoas jurídicas de direito privado, e regendo-se pelo direito comercial, são os seus bens sujeitos à penhora. Com a edição da Lei n. 9.491/97, as linhas ferroviárias foram objeto de concessão, e concessionária é organização privada que recebe do Estado a missão de gerir serviços públicos. (p. 453)

Mais recentemente, Juvêncio Vasconcelos Viana aduz, por seu turno, que existe óbice jurídico à submissão da Fazenda Pública ao procedimento comum da execução por quantia certa do CPC, em decorrência de um regime especial de tratamento dos seus bens; ou seja, das características da *inalienabilidade* e da *impenhorabilidade* de tais bens. Destarte, não se empregam “na espécie, as medidas de força ali comumente utilizadas (v.g., penhora). Como consequência da influência da doutrina italiana, costuma-se apelidar esse procedimento de “execução falsa” ou “execução aparente”. (1998, p. 156).

O mencionado autor também faz menção ao fato de que se sujeitam ao procedimento de execução contra a Fazenda Pública (por meio de precatório) a União, os estados, os municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas, os territórios e o Distrito Federal; e que os bens e rendas das sociedades de economia mista e das empresas públicas sujeitam-se à via comum de execução por quantia certa, com possibilidade, inclusive, de penhora, conquanto se deva prestar atenção ao disposto no art. 678 do Código de Processo Civil de 1973 (1998, p. 157).

Da mesma forma aduzia José Martins Catharino, ao afirmar não serem sujeitos passivos da execução por meio de precatório a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica, fazendo expressa remissão aos parágrafos 1º e 2º do art. 173 da Constituição Federal (2000, p. 9).

Sobre o tema, é importante trazer a lição de Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva (1999, p. 107-108):

Na verdade, as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que prestadoras de serviço público, tais como as sociedades de economia mista, empresas públicas ou fundações, não têm sido incluídas no conceito de Fazenda Pública pela razão de o seu patrimônio não consistir em bens públicos inalienáveis. A propósito, a Lei 6.404/76 (art. 242) dispõe que “as companhias de economia mista não estão sujeitas à falência, mas os seus bens são penhoráveis, e a pessoa jurídica que a controla responde, subsidiariamente, pelas suas obrigações”. O Código de Processo Civil (art. 678) dispõe sobre a penhora de empresa que funciona mediante concessão ou autorização.

Observe-se que, embora o regime do precatório seja de índole constitucional, o mesmo restringe a efetividade da jurisdição (que é um princípio constitucional e fundamental), sendo, por isso, considerado uma exceção. E, como toda exceção, deve ser interpretada restritivamente. A inalienabilidade dos bens públicos não encontra amparo constitucional, mas sim no Código Civil (lei ordinária), que está no mesmo patamar da Lei das Sociedades Anônimas ou do Código de Processo Civil.

A necessidade de continuidade do serviço público, que pode ser considerada imperativo constitucional, pois coloca em risco atividades essenciais do Estado, é de ser preservada, evitando-se a expropriação do patrimônio que for indispensável à sua realização, mantendo-se a penhora dos bens “dominiais” ou não-essenciais. Hipótese semelhante ocorre com as representações diplomáticas e consulares brasileiras no exterior.

Além disso, costuma-se alegar que o sistema financeiro das pessoas jurídicas de direito privado não é planejado pelo orçamento público, de modo que, ante a incoerência de incompatibilidade com os princípios constitucionais orçamentários, não seria justificável tratamento diferenciado no momento da execução forçada ou expropriação de seu patrimônio.

Ainda mais recentemente, o juiz federal Mauro Spalding, dissertando sobre o tema, afirma:

Não são abrangidas pelo conceito de Fazenda Pública, via de regra, as pessoas jurídicas de direito privado, ainda que integrantes da Administração Pública indireta, ou seja, as sociedades de economia mista e as empresas públicas, já que o art. 173, parágrafo 1º, inc. II e parágrafo 2º da CF/88 preceitua que tais entidades sujeitam-se “ao regime próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”, não podendo “gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”. E, se

assim é estabelecido pela Constituição, não há falar-se, portanto, em Fazenda Pública. (2008, p. 89)

Da mesma forma é o entendimento de Délio José Rocha Sobrinho, citado por Mauro Spalding:

Não alcança, entretanto, essa modalidade especial de execução as empresas públicas (constituídas de capital exclusivamente público) e as sociedades de economia mista (formadas de capital público e privado), vez que, mesmo constituídas por recursos públicos, por serem pessoas jurídicas de direito privado, não gozam da prerrogativa da indisponibilidade de seus bens e, portanto, ficam sujeitas à execução como qualquer outra empresa formada exclusivamente por capital particular. (1999, p. 72 apud SPALDING, 2008, p. citada)

Este tem sido, em verdade, o quadro que se tem visto, ao longo de mais de três décadas de trato com questões de Direito Público, mormente em sua face processual. A execução contra a Fazenda Pública (ao menos no Estado de São Paulo), por meio do sistema de expedição de precatório judicial, tem se cingido às próprias Fazendas (Estadual e Municipais) e às respectivas autarquias, não abrangendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Aliás, em trabalho de minha lavra, de pouco mais de vinte anos atrás, tive a oportunidade de assim escrever:

Merecem respaldo as definições de Cândido Rangel Dinamarco e de José Celso de Mello Filho, anteriormente citadas, uma vez que não se pode estender o conceito de “Fazenda Pública” para outros entes da Administração, que não a central, ao contrário do professado por Geraldo Ataliba, no trabalho aqui referido. Com efeito, as sociedades de economia mista, as empresas públicas e outros que tais não constituem “Fazenda Pública”, senão lato sensu, sendo certo que a execução de julgados proferidos contra tais entes não se processa pelo sistema contido no art. 100 da Constituição Federal e nos arts. 730 e 731 do Código de Processo Civil.

Apenas as autarquias, além da própria Administração “central”, por assim dizer, estão sujeitas a esse tipo de execução. (FEDERIGHI, 1996, p. 10-11)

Mesmo a questão *tributária* aponta no sentido de que tais entes não gozam dos mesmos privilégios de que goza a Administração Direta, aí incluídas as autarquias. As sociedades de economia mista e as empresas públicas *não gozam de imunidades tributárias*, inexistindo, nos seus casos, a denominada *imunidade recíproca*, o que demonstra poderem elas sofrer ação de execução fiscal, inclusive com um dos efeitos mais comezinhos desse tipo de ação, que é a *penhora de seus bens*, para a garantia do pagamento do débito.

Descabido? De forma alguma.

É pertinente trazer-se à baila o ensinamento de Marçal Justen Filho, que assim se pronuncia:

As empresas estatais subordinam-se a regime jurídico que varia em vista da atividade desempenhada, conforme se trate de exploração de atividade econômica ou prestação de serviço público.

[...]

A diferenciação tem origem na Constituição. Segundo a doutrina prevalecente, a Constituição distingue a 'atividade econômica' propriamente dita (art. 173) e o 'serviço público' (art. 175).

O art. 173 da CF/88 estabelece que o Estado, em situações especiais, pode exercer diretamente atividades enquadradas no âmbito do domínio econômico propriamente dito. Já o art. 175 prevê que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Estado. (2012, p. 257-258)

A doutrina majoritária, assim, parece apontar na direção da impossibilidade de se utilizar o sistema de precatório nas execuções judiciais contra empresas públicas e sociedades de economia mista.

Entretanto, há outras questões a serem consideradas – em especial o preponderante papel da jurisprudência, no que toca tal discussão.

7. Análise da jurisprudência referente ao tema

Como dito linhas atrás, a doutrina majoritária de nosso país aponta no sentido do descabimento da utilização do sistema de execução por meio de precatórios nos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista, não chegando a fazer diferenciação, em sua maioria, no caso de exercício de atividades de prestação de serviços e de exploração de atividade econômica. A análise da referida diferenciação acabou ficando por conta da jurisprudência de nossas Cortes, por meio de seguidos casos que lhes foram submetidos.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisou casos incontáveis sobre a matéria, tendo a sua jurisprudência evoluído através dos tempos. Também o antigo 1º Tribunal de Alçada Civil deste estado tratou muitas vezes da matéria.

O referido 1º TACSP manteve, por muito tempo, posição consentânea com a referida doutrina. Assim:

PENHORA – Admissibilidade – Sociedade de economia mista – Empresa que não possui personalidade jurídica de pessoa de direito público e sim de direito privado – Possibilidade de a constrição recair sobre os bens da mesma.

É possível a penhora de bens de sociedade de economia mista, pois não possuindo essa personalidade de pessoa jurídica de direito público e sim de direito privado, inexistente óbice para a medida constritiva, conforme se depreende do art. 173, parágrafo 1º, da CF. (AI 1.070.452-6 – 6ª Câmara – J. 09.04.2002 – Relator o Juiz MARCIANO DA FONSECA – V.U.)

Observe-se, ainda, acórdão emblemático sobre a questão, em decisão proferida pelo Juiz Candido Alem, nos autos do AI 680.337-8, do mencionado 1º Tribunal de Alçada Civil:

Ao ficar mencionado no parágrafo 1º do art. 173 da atual CF que a empresa pública e a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime próprio das empresas privadas, certamente criou implicitamente uma espécie de desafetação do patrimônio público, para ser livremente manejado.

E se não fez distinção entre as que prestam serviço de interesse público e as que prestam serviço que não seja desse tipo, não pode o intérprete fazê-lo. Importa apenas é que o Estado aceitou os riscos da atividade privada, de modo que se sujeita à execução comum. Importa mais ainda é que esse preceito específico da Constituição arreda o preceito geral da indisponibilidade dos bens públicos no assunto que regula, de forma que não cabe a invocação deste.

Os bens da empresa de economia mista, quando não afetados ao serviço público (e, portanto, não sendo bens públicos), são suscetíveis de penhora, conclusão que se impõe em face do disposto no art. 173, parágrafo 1º, da CF. (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 5. ed., Malheiros, p. 100)

Também merece lembrança acórdão encontrado na Revista dos Tribunais (RT), vol. 738/317, em caso em que a DERSA – Desenvolvimento Rodoviário S.A. contende com a empresa Heleno e Fonseca Construtécnica S.A., cuja ementa é a seguinte:

PENHORA – Renda diária – Empresa pública – Admissibilidade por não obediência à ordem do art. 655 do CPC – Inteligência do art. 173, parágrafo 1º, da CF.

O patrimônio da empresa pública, embora de origem pública, pode ser utilizado, onerado ou alienado na forma regulamentar ou estatutária, independentemente de autorização legislativa especial, porque tal autorização está implícita na lei instituidora da entidade: assim, seus bens, quando não afetados ao serviço público, são suscetíveis de penhora (art. 173, parágrafo 1º, da CF). E, não obedecendo à ordem do art. 655 do CPC, é possível a penhora de renda diária da empresa. (2ª Câmara do extinto 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo – AgIn 702.971-6 – Relator o Juiz ALBERTO TEDESCO – J. 25.09.1996 – V.U.)

Nessa decisão, o ilustre Juiz Relator assim argumentou:

A DERSA é uma sociedade de economia mista, cujo controle acionário está nas mãos do Estado, dedicada à prestação de serviços públicos. Todavia, embora possa se admitir que existam duas modalidades de empresas estatais no direito brasileiro, isto é, as que desempenham exclusivamente serviços públicos e aquelas que se dedicam a atividades econômicas ao lado das empresas privadas, a análise dos arts. 173, seu parágrafo 1º, e 175 da CF não leva à conclusão de que somente estas últimas se submetem ao regime próprio das empresas privadas. A CF não faz qualquer diferenciação entre as duas espécies.

A questão, outrossim, continuou a ser submetida às nossas Cortes. O Supremo Tribunal Federal, analisando múltiplos casos, firmou jurisprudência no sentido de que

não podem ser objeto de penhora os bens de empresa pública vinculados à prestação de serviço público cuja prestação seja obrigatória e exclusiva do Estado.

Neste sentido, é o parecer da lavra do Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, proferido nos autos do Recurso Extraordinário n. 605.719/SE, em que figura como recorrida a EMSURB – Empresa Municipal de Serviços Urbanos.

Assim é a manifestação do ilustre Procurador-Geral:

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que as empresas públicas prestadoras de serviços públicos se distinguem das empresas públicas exploradoras de atividade econômica para fins de sujeição ao regime de precatórios, de modo que não podem ser objeto de penhora os bens, rendas e repasses especificamente vinculados à prestação do serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. (RE 599.628-RG, Pleno, Rel. Min. Ayres Britto, redator para o Acórdão o Min. Joaquim Barbosa, DJe de 17.10.2011)

É esta a redação do V. Acórdão referido:

A EMSURB é empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado. Diferencia-se, pois, das empresas públicas que exercem atividades econômicas. Dentro desse quadro, pode-se afirmar que a EMSURB é pessoa jurídica equiparada à Fazenda Pública, não se aplicando, portanto, as restrições do art. 173, parágrafo 1º, da Constituição Federal. Nesse sentido, é reiterada e uníssona a jurisprudência desta Suprema Corte: ACO 959, Rel. Min. Menezes Direito, DJ 16.05.2008; ACO 1095, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 02.05.2008; AC 1947 MC, Rel. Min. Carlos Britto, decisão monocrática, DJ 21.02.2008; AI 243250-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 23.04.2004; RE 230.051-ED, Rel. Min. Maurício Corrêa, Pleno, DJ 08.8.2003. (Rcl. 6.370-MC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 20.10.2008)

A Colenda 5ª Câmara da Seção de Direito Público do TJSP proferiu decisão de grande importância sobre o tema, em ação movida contra a Prefeitura Municipal de São Paulo e a SPTRANS pela empresa Viação Cidade Tiradentes Ltda., tendo a ementa assim sido redigida:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – Diferenças remuneratórias – Contrato de transporte coletivo de passageiros – Decisão atacada que determinou a penhora “on line” de ativos financeiros em nome da exequente SPTRANS, até o limite do débito – Insurgência da Municipalidade de São Paulo – Já restou decidido ser possível a penhora de bens de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, bem como que a impenhorabilidade do patrimônio da SPTRANS, na hipótese em exame, atinge apenas a denominada “Conta Sistema”, de modo que seus demais bens, inclusive a denominada “Conta Gestão” podem ser objeto de penhora – Valor proveniente da “Conta Gestão” que não é destinado exclusivamente à execução do serviço público, de modo que não afeta a continuidade da atividade

de interesse público prestada à população – Precedentes – SPTRANS, sociedade de economia mista que exerce atividade econômica, não se submete ao regime do artigo 730 do Código de Processo Civil, de modo que os privilégios conferidos à Fazenda Pública não lhes são extensíveis – Precedentes – Decisão mantida – Recurso improvido. (5ª Câmara de Direito Público do TJSP – Agravo de Instrumento n. 2049289-43.2015.8.26.0000 – Relatora a Desembargadora MARIA LAURA TAVARES – j. 25.05.2015 – V.U.)

O objeto da ação é a cobrança de diferenças de remuneração do período de 1.12.1996 a 11.8.1997, em razão da prestação de serviços de transporte coletivo de passageiros, decorrente de contrato firmado entre a autora e a Companhia Municipal de Transportes Coletivos (CMTC), hoje substituída pela SPTrans, tendo sido as rés condenadas ao pagamento dos valores pleiteados na inicial, atualizado.

A Municipalidade de São Paulo sustenta a *impenhorabilidade absoluta* dos bens da SPTrans, já que a integralidade de seu patrimônio é destinada à realização de seu objeto social, e manteve a determinação de penhora *on line* de ativos financeiros em nome de tal sociedade de economia mista, até o limite do débito, na ocasião no valor de R\$ 21.014.998,00. Entende que a execução do *quantum debeatur* deve se dar no sistema do então vigente art. 730 do CPC revogado, com o consequente pagamento por intermédio de precatórios. Aduz que, à luz do art. 30, inciso V, da Constituição Federal, o Município tem legitimidade e interesse para defender a manutenção, em pleno funcionamento, do sistema de transporte coletivo urbano, de caráter essencial afirmado expressamente pela Constituição, como verdadeiro direito fundamental do povo.

De outro lado, o patrimônio da SPTrans estaria totalmente afetado ao gerenciamento, fiscalização e planejamento do serviço de transporte coletivo da Capital. Assim, a questão seria de ordem pública, concluindo-se pela *impenhorabilidade absoluta* desses bens.

Outrossim, a SPTrans possuiria dois tipos de contas: as denominadas “Contas Sistema” e as “Contas Gestão SPTrans”. As primeiras abrigam valores necessários à “gestão financeira do sistema público de transporte coletivo da Capital”; as segundas recebem os depósitos de numerário exclusivo, reservado pela Lei Orçamentária Anual do Município, a ser empenhado à SPTrans, sendo tal dotação a sua única fonte de recursos, já que não pode captar recursos de outras fontes, em virtude de ter sido criada e contratada para prestar serviço público com exclusividade ao Município de São Paulo.

O TJSP adotou o entendimento de que apenas as denominadas “Contas Sistemas” estariam abrigadas pela impenhorabilidade, posto que abrigam valores públicos necessários à gestão financeira do sistema público de transporte coletivo da Capital, e os demais bens, inclusive as “Contas Gestão”, *podem ser alvo de penhora*. Entendeu a Corte Paulista que a SPTrans é sociedade de economia mista; como tal, tem personalidade jurídica de direito privado, submetendo-se às regras de direito privado, podendo, em tese, sofrer execução forçada, com penhora de bens, independentemente de ser prestadora de serviço público, em decorrência do art. 173 da CF.

Há vasto número de precedentes desse Tribunal a respeito da questão. Assim, cabível trazer à baila as seguintes decisões:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – SOCIEDADE DE

ECONOMIA MISTA – CONTAS BANCÁRIAS – BLOQUEIO E PENHORA – POSSIBILIDADE. As sociedades de economia mista sujeitam-se ao regime de direito privado, podendo, portanto, ter seus bens bloqueados ou penhorados – Ademais, não há afetação de bem ao serviço público, mesmo que admitida tal restrição em relação a dinheiro, bem essencialmente fungível – Decisão mantida – Nega-se provimento ao recurso. (AI n. 0254430-98.2012.8.26.0000 – 1ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – Relator o Desembargador XAVIER DE AQUINO – J. 13.08.2013)

RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – FASE DE EXECUÇÃO – PENHORA SOBRE O PRODUTO DA BILHETERIA – SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA – POSSIBILIDADE. 1. Decisão determinando a penhora sobre o produto da bilheteria da executada. 2. Embora a empresa executada seja sociedade de economia mista e concessionária de serviço público de transporte coletivo ferroviário, a penhora do produto da bilheteria não caracteriza a constrição sobre bens afetados à atividade preponderante. 3. Precedentes deste E. Tribunal de Justiça e do C. Superior Tribunal de Justiça. 4. Decisão mantida. 5. Recurso de agravo de instrumento desprovido. (AI n. 0150616-70.2012.8.26.0000 – 5ª Câmara de Direito Público do TJSP – Relator o Desembargador FRANCISCO BIANCO – Dezembro de 2012)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Penhora de bens. Sociedade de economia mista. Possibilidade. Sujeição ao regime jurídico de direito privado. Inteligência do art. 173, II, da CF. Submissão ao regime comum das sociedades em geral para a cobrança de débitos. Impenhorabilidade relativa dos bens, restrita àqueles diretamente vinculados ao serviço público prestado. Precedentes. Decisão mantida. Recurso improvido. (AI n. 0077465-71.2012.8.26.0000 – 2ª Câmara de Direito Público do TJSP – Relator o Desembargador CLÁUDIO AUGUSTO PEDRASSI – J. 28.08.2012)

Agravo de Instrumento. Execução. Penhora em dinheiro de sociedade de economia mista que presta serviço público. Arguição de impenhorabilidade. Preclusão. Inocorrência. A arguição de impenhorabilidade, decorrente de lei, pode ser arguida a qualquer tempo – Improcedência, contudo, da arguição. A sociedade de economia mista tem personalidade jurídica de direito privado e está sujeita, quanto à cobrança de seus débitos, ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de que preste serviço público. A arrecadação tarifária da empresa estatal constitui renda da atividade e, como tal, fica sujeita à constrição. Art. 242 da Lei 6404/76 e art. 173, § 1º, II, da CF/88. Recurso improvido. (AI N. 0073440-69.1999.8.26.0000 – 8ª Câmara de Direito Público – Relator o Desembargador JOSÉ SANTANA – J. 03.11.1999)

Também o E. STJ já se pronunciou sobre a questão, da seguinte forma:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. BENS. IMPENHORABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. *Cuida-se de Agravo em Recurso Especial interposto contra acórdão que afastou a penhora, no atual estágio do procedimento, uma vez que nem sequer houve a liquidação, além de assentar a impenhorabilidade dos bens de sociedade de economia mista que sejam necessários à comunidade do serviço público.*
2. *Pretende a recorrente o reconhecimento da impenhorabilidade dos valores depositados em conta corrente, que, segundo ela, são destinados exclusivamente à execução do serviço público.*
3. *Não se conhece da alegada ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte limita-se a apresentar alegações genéricas no sentido de que o Tribunal “a quo” não apreciou todas as questões levantadas, sem indicar concretamente em que consistiu a suposta omissão. Aplicação da Súmula 284/STF.*
4. *No que tange à questão da impenhorabilidade dos bens afetados ao serviço público, o julgado recorrido não diverge da orientação do STJ, segundo a qual são impenhoráveis os bens de sociedade de economia mista prestadora de serviço público, desde que destinados à prestação do serviço ou que o ato construtivo possa comprometer a execução da atividade de interesse público (cf. AgRg no Resp 1.070.160/AL, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10.11.2009; Resp 521.047/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 20.11.2003).*
5. *Hipótese na qual o acórdão recorrido afastou, nessa fase do procedimento, a determinação da penhora, não tendo, por conseguinte, analisado a natureza dos bens que a recorrente busca proteger, nem a sua vinculação à regular prestação do serviço público, o que lhe caberá demonstrar no momento processual oportuno. Dessarte, é impossível conhecer, no Recurso Especial, da imprescindibilidade à execução do serviço público dos valores que se pretendem resguardar, sob pena de ofensa à Súmula 7/STJ: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’.*
6. *Agravo Regimental não provido (Ag. no AI em Resp n. 37545-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, j. 07.02.2012).*

PROCESSUAL CIVIL. PENHORA. BENS DE SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. 1. *A sociedade de economia mista, posto consubstanciar personalidade jurídica de direito privado, sujeita-se, na cobrança de seus débitos ao regime comum das sociedades em geral, nada importando o fato de prestarem serviço público, desde que a execução da função não reste comprometida pela constrição. Precedentes.* 2. *Recurso especial desprovido (REsp 521.047-SP – 1ª Turma – Relator o Ministro LUIZ FUX – J. 20.11.2003).*

Processo Civil. Bilheteria de empresa concessionária de serviço público – Transporte público coletivo. Companhia do Metropolitano de São Paulo – METRÔ. Penhora. Sociedade de economia mista estadual. Possibilidade. A receita das bilheterias que não inviabilizam o funcionamento da devedora sociedade de economia mista estadual pode ser objeto de penhora, na falta de vedação legal, e desde que não alcance os próprios bens destinados especificamente ao serviço público prestado, hipótese que é diversa daquela da ECT – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, amparada pelo Decreto-lei n. 509/69 (REsp

343.968-SP – 3ª Turma – Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI – J. 05.02.2002).

É pertinente lembrar-se que, se a sociedade ou a empresa exerce atividade econômica, não se submete ao regime dos precatórios (art. 730 do CPC anterior), de modo que os privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública *não lhe são extensíveis*.

Também é pertinente lembrar que é cabível o exame caso a caso das entidades réas de ações de cobrança, como aquela aqui referida, em especial dos Estatutos da empresa ou da sociedade, para verificar algumas de suas características, perante a legislação aplicável.

Assim, apenas para ilustrar, ainda com o caso da SPTrans, verifica-se, pela análise do art. 4º, parágrafo 3º, de seu Estatuto, que, não obstante a Municipalidade de São Paulo seja a controladora da maioria das ações, as demais se submetem à SPTrans, que tem sobre elas o poder de administração. E mais: o art. 18 do referido Estatuto demonstra ser tal sociedade *geradora de lucros*.

Art. 18 – Do lucro do exercício, deduzidos eventuais prejuízos acumulados, a provisão do Imposto de Renda e o percentual destinado à reserva legal, destinar-se-ão:

I – 5% (cinco por cento) para constituição do fundo de aquisição de material novo;

II – 2,5% (dois e meio por cento) para o fundo de contingências ou eventuais; e

III – 1.5% (um e meio por cento) para o fundo de pesquisas e estudos.

Parágrafo 1º – O limite máximo das reservas será o equivalente à expressão monetária atualizada do capital social.

Parágrafo 2º – O saldo remanescente das deduções, provisão e reservas, será imputado no pagamento do dividendo obrigatório e o restante terá o destino deliberado pela Assembleia Geral.

Assim, no caso referido, a conclusão foi no sentido de que, se a “Conta Sistema” gozava de impenhorabilidade, a “Conta Gestão” não estava abrangida por tal benesse, podendo ser efetuada a penhora de numerário nela existente.

O STF também já se pronunciou sobre o tema, igualmente como foi dito na abertura deste humilde contributo ao debate sobre a questão, ressaltando a distinção entre *empresas estatais que prestam serviço público* e *empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito*. Assim, tendo-se em vista a matéria aqui tratada, merecem menção as seguintes decisões, entre tantas outras:

FINANCEIRO. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. PAGAMENTO DE VALORES POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. INAPLICABILIDADE DO REGIME DE PRECATÓRIO. ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. MATÉRIA CONSTITUCIONAL CUJA REPERCUSSÃO GERAL FOI RECONHECIDA.

Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas.

Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. – Eletronorte não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição)

Recurso extraordinário ao qual se nega provimento (RE n. 599.628/DF, Sessão Plenária – Relator para o Acórdão Ministro JOAQUIM BARBOSA – J. 25.05.2011).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF. EMPRESA PÚBLICA. EXPLORAÇÃO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. REGIME JURÍDICO DE EMPRESA PRIVADA. O Supremo fixou entendimento no sentido de que as empresas públicas que exercem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento (AgRg no RE n. 552.217/RGS – 2ª Turma – Relator o Ministro EROS GRAU – J. 29.09.2009).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ALÍNEA “d” DO INCISOXXXIII DO ARTIGO 62 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS – APROVAÇÃO DO PROVIMENTO, PELO EXECUTIVO, DOS CARGOS DE PRESIDENTE DAS ENTIDADES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA INDIRETA ESTADUAL PELA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA – ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL – DISTINÇÃO ENTRE EMPRESAS ESTATAIS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO E EMPRESAS ESTATAIS QUE DESENVOLVEM ATIVIDADE ECONÔMICA EM SENTIDO ESTRITO – REGIME JURÍDICO ESTRUTURAL E REGIME JURÍDICO FUNCIONAL DAS EMPRESAS ESTATAIS – INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL – INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO.

[...]

2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no parágrafo 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito.

4. O parágrafo 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público [...]. (ADI 1.642 – Pleno – Relator o Ministro EROS GRAU – J. 03.04.2008)

Pertinente concluir-se, em face do que até aqui foi dito e das repetidas decisões de nossa jurisprudência, inclusive das Cortes Superiores, que, nos casos de empresas públicas e sociedades de economia mista *prestadoras de serviços públicos, descaberá a penhora de seus bens ligados à referida prestação dos serviços*, impondo-se, nesses casos, a execução dos seus débitos por meio do sistema de *precatórios judiciais*, o que por certo é uma conclusão absolutamente desalentadora para os seus diversos credores.

Há alguns casos específicos, por certo, que são, aliás, apontados por Mauro Spalding com acerto; entre eles, a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), que, segundo

o referido autor, se embasa em entendimento do STF, quando devedora inadimplente, deve “submeter-se ao regime especial dispensado à Fazenda Pública na condição de executada” (2008, p. 96-97).

Aliás, a respeito, merece lembrança a seguinte decisão do STF:

PENHORA – Bens, rendas e serviços de empresa pública – Inadmissibilidade – Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que é mantida pela União Federal – Prestação de serviço de “competência do Estado” – Circunstância que viabiliza o direito ao privilégio da impenhorabilidade.

Ementa da Redação: A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, por ser empresa pública que presta serviço de “competência do Estado”, mantida pela União Federal, faz jus ao privilégio da impenhorabilidade de seus bens, rendas e serviços. (EDcl no RE 230.051-6-SP – Sessão Plenária – J. 11.06.2003 – Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – DJU 08.08.2003; in RT 819/135)

8. Conclusões

Destarte, questão já devidamente sedimentada na jurisprudência de nossas Cortes, inclusive de sua Corte máxima, é pertinente concluir-se no sentido de que: a) as empresas estatais são *pessoas jurídicas de direito privado*, pertencentes à denominada Administração Pública Indireta; b) as *empresas públicas*, nos termos do art. 5º, II, do Decreto-lei nº 200/1967, são *entidades dotadas de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio* e capital público, criadas por lei e voltadas à exploração de atividade econômica que o governo seja levado a exercer, por força de contingência ou por conveniência administrativa; têm a sua criação *autorizada por lei específica*, sendo *todo o seu capital público*; sua *forma organizacional é livre*; c) as *sociedades de economia mista* são, nos termos do inciso III do art. 5º do Decreto-lei nº 200/1967, as entidades dotadas de *personalidade jurídica de direito privado*, criadas por lei para a *exploração de atividade econômica*, sob a forma de *sociedade anônima*; a *maioria* do seu capital é *público*; d) os *bens públicos* são *impenhoráveis*, a teor do disposto nos arts. 100 do Código Civil de 2002 e 833, I, do novo Código de Processo Civil, o que leva à execução por meio de precatórios contra as Fazendas Públicas; e) tal tipo de execução tem se cingido às próprias Fazendas (União, Fazendas Estaduais e Municipais), além das respectivas autarquias, não abrangendo as empresas públicas e as sociedades de economia mista; a doutrina majoritária aponta no sentido de não ser possível utilizar-se o sistema de precatórios judiciais contra as empresas públicas e as sociedades de economia mista; f) em face, entretanto, de reiteradas decisões das nossas Cortes, inclusive do STF e do STJ, já se forma sólido entendimento no sentido de que *não são penhoráveis ativos financeiros de empresas públicas ou de sociedades de economia mista que não exerçam atividade econômica, cingindo-se à prestação de serviços públicos*, caso em que, por raciocínio inverso, será cabível a execução por meio do sistema de precatório. Aquelas empresas e sociedades que exercerem tais atividades econômicas *estão sujeitas à penhora de seus ativos financeiros*.

Referências bibliográficas

- ATALIBA, Geraldo. Execução contra pessoas administrativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 30, n. 119, p. 5-24, jul./set. 1993.
- CATHARINO, José Martins. *Do Precatório*. São Paulo: LTr, 2000.
- CRETELLA Júnior, José. *Administração Indireta Brasileira*. 3. ed.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FEDERIGHI, Wanderley José. *A Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal Anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Manual da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SPALDING, Mauro. *Execução contra a Fazenda Pública Federal (por quantia certa)*. Curitiba: Juruá, 2008.
- VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética, 1998.

Coordenação geral
Wanderley José Federighi

Coordenação editorial
Marcelo Alexandre Barbosa

Capa
Esmeralda Luana Wonke Scopesi

Editoração, revisão, impressão e acabamento
Tikinet

Formato
175 x 245 mm

Mancha
140 x 210 mm

Tipologia
Trebuchet MS

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 75g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados - brochura

Tiragem
700 exemplares

Fevereiro de 2019