

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

ÉTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas.

Porto Alegre, novembro de 2006.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

<p>Lugon, Luiz Carlos de Castro L951e Ética da administração pública em juízo / Luiz Carlos de Castro Lugon – Porto Alegre, 2006. 240 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006. Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas 1. Ética 2. Direito Administrativo. 3. Administração Pública. 4. Advocacia Pública. CDU 35:172.2</p>
--

Bibliotecária Responsável

Ana Maria Kersting

CRB 10/1401

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO**

LUIZ CARLOS DE CASTRO LUGON

ÉTICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado - da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas.

Porto Alegre, novembro de 2006.

À Christina, iluminada sempre, com muito amor.

AGRADECIMENTOS

À Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul.

Aos professores do Mestrado, pelas preciosas lições que enriqueceram meu patrimônio cultural e que se espelham no presente estudo.

Ao meu orientador Prof. Dr. Juarez Freitas, que, utilizando sua profunda cultura jurídica na luta pela humanização do Direito, faz-se exemplo do ser dinamicamente ético, de vasta dimensão social.

Ao Gérson Tadeu Astolfi Vivan, assessor dedicado e competente.

Ao Sílvio Dieguez Lima Dias, pela zelosa colaboração.

À Dra. Carla Evelise Justino Hendges, pelo precioso auxílio.

À Eliane Maria Salgado Assumpção e ao Sílvio, pelo apoio técnico.

“L’homme est un dieu tombé qui se souvient des cieux;
Soit que déshérité de son antique gloire,
De ses destins perdus il garde la mémoire;
Soit que de ses désirs l’immense profondeur
Lui présage de loin sa future grandeur:
Imparfait ou déchu, l’homme est le grand mystère.
Dans la prison de sens enchaîné sur la terre.
Esclave, il sent un cœur né pour la liberté;
Malheureux, il aspire à la félicité;
Il veut sonder le monde, et son œil est débile;
Il veut aimer toujours, ce qu’il aime est fragile!
Tout mortel est semblable à l’exilé d’Éden:
Lorsque Dieu l’eut banni du céleste jardin,
Mesurant d’un regard les fatales limites,
Il s’assit en pleurant aux portes interdites.”

(Lamartine)

RESUMO

Propõe-se a presente dissertação a analisar o comportamento da Administração em juízo à luz dos preceitos da Ética, na busca de identificar qualidades e vícios, formulando um diagnóstico que auxilie no aperfeiçoamento do modelo existente. Está ela dividida em três partes; na primeira delas, buscamos conceituar ética, tanto em relação ao indivíduo quanto em relação às instituições; na segunda, enfocamos a atuação da Administração em juízo em diversas áreas do Direito, elaborando uma crítica do papel da advocacia pública, buscando, além de soluções tópicas, a sugestão de um modelo de serviço jurídico que (a) torne mais eficaz a administração e atenda melhor os reclamos da cidadania, (b) estreme devidamente as atividades de administrar e de julgar, (c) empreste maior resolutividade às repartições públicas, outorgando-lhes a segurança propiciada por uma assistência jurídica constante, (d) abandonando uma ética distorcida que desconfia do outro, empreste à advocacia pública o respeito e autonomia técnica que ela merece, (e) iniba a judicialização de conflitos administrativos evitáveis, (f) retomando as diretrizes finalísticas que inspiraram a gênese de cada instituição, forneça à autoridade administrativa maior área de discricionariedade, para que esta solucione na origem, com espeque em pareceres jurídicos, questões hoje remetidas ao Judiciário.

Palavras-chave: ética, entidade pública, discricionariedade, advocacia pública.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Lugon, Luiz Carlos de Castro

L951e Ética da administração pública em juízo / Luiz Carlos de Castro Lugon. –
Porto Alegre, 2006.

230 f.

Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS, 2006.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Advocacia 1. Ética 2. Direito Administrativo. 3. Administração Pública. 4.
Pública.

CDU 35:172.2

Bibliotecária Responsável

Ana Maria Kersting

CRB 10/1401

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyse the behavior of the administration inside the Judiciary system, under the light of the rules and principles of Ethics, to identify and bring out into the open its qualities and its vices, in order to formulate a diagnostic useful to the improvement of the existing model. It is divided into three parts: in the first, we try to establish the concept and the meaning of ethics, as in face to the individual as in face to the institutions. In the second part, we focus the performance within the Judiciary administration within the various areas of Law, drawing up a review of the role of public law work, trying to reach, beyond topical solutions, a proposal and suggestions for a juridical model which: (a) makes more effective the administration and provides better services to give an answer to the demands of citizenship; (b) clearly defines the roles and activities of administration and judgement; (c) empowers the capacity of decision making to public offices and institutions, granting them a stronger security made possible through a proper and permanent juridical assistance; (d) allows the public service law and the public attorney to receive the due respect and technical independence they deserve; (e) blocks or turns more difficult the submission to the Court of Justice of avoidable administrative conflicts; (f) provides the administrative authority with a larger field of decision making, in order to solve, in its origin, based on juridical opinions and decisions, questions and conflicts that are nowadays submitted before sent to the Courts of Justice.

Key words: ethics, public entity, discricionarity, public service law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. ÉTICA GERAL E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	16
1.1 CONCEITO DE	16
ÉTICA.....	16
1.2 A BUSCA DE UM ESTADO ÉTICO	37
1.2.1 <i>Visão Filosófica do Ser</i>	48
1.3 ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES	54
1.4 ÉTICA NA ATIVIDADE DO ESTADO	132
2. ÉTICA NO AGIR DA ADMINISTRAÇÃO EM JUÍZO	135
2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO.....	135
2.1.1 <i>O Estado e o Funcionário Público</i>	135
2.1.2 <i>O contencioso administrativo no Brasil</i>	140
2.1.3 <i>O papel da advocacia pública</i>	149
2.1.4 <i>A Administração Pública no Direito Tributário</i>	154
2.1.5 <i>A Administração no Âmbito Penal Tributário</i>	162
2.1.6 <i>A Administração em Âmbito Assistencial</i>	170
2.1.7 <i>A Administração em Âmbito Previdenciário</i>	175
2.1.8 <i>A Administração Pública e o Respeito às Determinações Judiciais – O Contempt of Court no Direito Brasileiro</i>	189
2.1.9 <i>Teses existentes quanto à tipificação da recusa ao cumprimento de ordem judicial por funcionário público</i>	190
2.1.10 <i>Estado de flagrância e competência</i>	194
2.2 A ADVOCACIA PÚBLICA	200
CONCLUSÃO	229
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	233

INTRODUÇÃO

Uma reforma que pretenda atingir relações sociais sedimentadas por séculos de tradição deve partir de um estudo crítico do posicionamento das pessoas e das instituições diante da vida. Toda a cultura pertinente ao tema, imemorialmente acumulada, há de atravessar um filtro de racionalidade, para que se avaliem as condutas, aprovando aquelas que conduzem a um *ser mais* em quantidade e intensidade, condenando aquelas que militam contra o *ser* e contra o *deixar ser*. A eleição de atitudes traz um *plus* de condimento quando se constata que, frente às alternativas presentes, cumpre decidir também sobre o *ser* ou *não ser* eticamente. Perquirir sobre as razões da presença do homem na Terra, sobre seus desígnios, sobre sua finitude, sobre seu dimensionamento, é imprescindível para a conquista da realização do *ser* diante de si mesmo, que significa *ser* com desenvolvimento o mais possível das potencialidades. O homem que supre suas necessidades materiais é apenas *satisfeito*; o homem que quer realizar-se integralmente desenvolve fomes outras, que se não saciam senão com o alcance de bens da vida de natureza espiritual; e o desejo de aceitação, de integração com o *outro*, é a maior de todas as carências.

Ser social que é, o homem vive condicionado pelo próprio universo que o cerca. Sua atividade, desde o nascimento, sofre cerceamento pelo próprio meio e,

principalmente, pela existência do *outro*. Exsurgem, então, em resposta às limitações impostas pelos determinismos, que nos desigualam, a competitividade (a busca de conquistar espaços, de vencer o *outro*) e a adaptabilidade geradora das convenções sociais, que aceita e faz-se aceitar pelo *outro*. Refrear a belicosidade e aumentar a potencialidade de aceitação das diferenças são as necessidades geradoras de regras de convivência.

Em um rápido perpassar de olhos sobre o mundo que nos cerca, depressa verificamos a necessidade imperativa de um realinhamento de condutas, para que as instituições retomem o curso normal de atingimento de suas finalidades. O homem, antes que cultivar as vantagens da convivência, volta-se contra si mesmo. A palavra crise repetida até o enfado, evidencia o desgaste e a desnaturação de valores, cujo refazimento é tarefa que aparenta tanta complexidade que, num primeiro momento, sugere mesmo uma impossibilidade fática. No entanto, as respostas, se devidamente buscadas, apresentam-se simples, contidas que estão em preceitos já conhecidos, mas postergados a segundo plano, quando não desprezados de modo absoluto. A perda do paradigma é apenas consequência do exacerbamento do *eu* no desencontro com o *outro*. Cumpre, ora, voltar a perquirir sobre que espécie de sociedade queremos construir; onde se situa a utopia a ser gradativamente conquistada num *iter* evolutivo. Ninguém achará resposta dentro do apertado casulo dos próprios interesses; o *ser* deve transcender-se, e somente o faz na identificação com o *outro*, que é o que o faz maior e melhor.

O escopo que anima este trabalho é projetar um modelo de Administração que se pautar pela virtude, e que, por isso mesmo, oriente-se para o atendimento das sagradas reivindicações da cidadania. A repetição tolerada ou despercebida de vícios de

conduta da própria Administração, desde o ápice de sua estrutura hierárquica, vai deformando o modelo, a ponto de perverter-lhe o norte, criando um ente teratológico, uma esfinge que, em lugar de uma pergunta, responde tautológico “não”, semelhante ao refrão do agourento corvo de Edgard Poe.

Que se não deixe o leitor levar pelo desânimo de uma impressão apriorística, perfunctória, recusando *prima facie* este estudo, rotulando-o de simplista, ingênuo mesmo, à constatação de que o desejo de uma administração ética, com o comportamento pautado em virtudes, é um escopo comum, freqüentador do universo das obviedades mais flagrantes. Em se visitando a realidade fática, ver-se-á que realmente existe uma necessidade de revisão dos fundamentos da Administração, porque os males que se detectam no serviço público e na defesa dos órgãos públicos, que não são irremediáveis, estão a exigir uma substituição de premissas, pois que possível é criar instituições públicas bem direcionadas, que sejam a favor do cidadão; e, não, suas declaradas inimigas. Qualquer projeto de otimização administrativa que se pretenda deve partir de uma relação entre Poderes e cidadãos pautada numa confiança recíproca. O Poder Público não pode partir de um prejulgamento no sentido de que as pessoas são geralmente desonestas; ao mesmo tempo em que se deve coibir uma descrença geral nas instituições. É porque se parte do falacioso pressuposto de que todos são desonestos, ou de que a maioria é desonesta, que se desvirtuam as entidades públicas.

A descrença nas fórmulas tradicionais de organização estatal tem feito, onde aparece mais exacerbada, nas coletividades mais carentes, surgir uma arrumação improvisada, em que a autoridade passa a ser aquela pessoa que surge como provedor das necessidades coletivas imediatas, sem um exame mais a fundo da origem do poder e de

qual a representatividade que o autoriza. Daí, o surgimento de verdadeiras repúblicas *a latere*, a substituir o Estado demissionário de suas próprias funções. A corrupção do próprio processo eleitoral, evidenciada à simples constatação de que as verdadeiras fortunas gastas em uma campanha superam extraordinariamente tudo aquilo que o eleito vai haurir como subsídios pelo exercício do mandato, já mostra que até mesmo se faz do próprio pleito destinado a ungir de representatividade os futuros detentores do poder um mecanismo de persecução de objetivos menos nobres.

A explosão demográfica e os progressos tecnológicos tornaram extremamente complexas as relações sociais. No acirrado confronto de interesses, esquece-se a sociedade de sua própria razão de existir: o esforço solidário que propicia o bem comum, que traz ínsito o maior desenvolvimento possível de todos.

A questão a ser resolvida é a da existência ou não da possibilidade de, em se fazendo uma revisão de princípios, de valores, de preceitos, modificar-se a Administração, esboçando-se-lhe um desenho melhor, a partir de uma noção moderna de cidadania, com toda a gama de participação e de intensificação de potencialidades que um Estado Democrático de Direito deve proporcionar. Mas já se sabe de antemão que a resposta negativa implica um niilismo nada construtivo. O caminho, portanto, é, a partir de um estudo da própria natureza humana e das relações sociais, na busca de um sentido finalístico da existência; perquirindo-se sobre o escopo que inspirou a gênese das instituições sociais. A seguir, faz-se reverter o diagnóstico alcançado em realimentação retificadora do sistema, levando em conta a crise de confiabilidade existente hoje no nexo entre cidadão e Estado, as distorções existentes numa Administração que se volta contra o povo, renegando seus próprios desideratos. É consabido que a comodidade da negativa

acaba inspirando um positivismo rígido, um apego à literalidade, uma restritividade aos textos de lei e às instruções normativas internas, que gera um excesso de litigiosidade, fazendo com que os tribunais recebam uma enxurrada terrível de demandas. A partir de tal quadro, buscam-se remédios, traçando-se um perfil da advocacia pública em busca de um redirecionamento que implique maior liberdade hermenêutica para emprestar efetividade à Administração, emprestando-lhe uma resolutividade que a visão estreita ora reinante acaba por furtar, lamentavelmente.

Empreende-se este trabalho utilizando, predominantemente, metodologias de investigação denominadas de dedutiva e hipotético-dedutiva, a partir de pesquisa doutrinária e jurisprudencial. Subsidiariamente, para ilustrar as construções sobre o tema posto, recorrer-se-á aos textos constitucionais e legais, além do uso de dados colhidos em dois trabalhos de pesquisa, de natureza indutiva: um deles, realizado pelo Conselho da Justiça Federal (Execução contra a Fazenda Pública: razões políticas do descumprimento às ordens judiciais); o outro, denominado “Comportamento da Administração Pública em Juízo”, realizado em conjunto com colegas mestrandos, sob orientação de Délcia Enricone.

Faz-se aqui um convite à discussão das razões que movem o Poder Público, tantas vezes distorcidas por uma burocracia prepotente, contaminada de autoritarismo, que se aliena e que lamentavelmente culmina por negar a própria razão de ser da entidade pública onde tem existência.

Não anima este estudo a graciosa crítica de vândalo iconoclasta, que sói dar vazão ao ímpeto gratuito de destruir sem buscar substituir por outra melhor a imagem apedrejada. Ausentes ficam preconceitos quaisquer contra as instituições ou contra

aqueles que trabalham em sua defesa; antes, deseja-se mesmo uma valorização maior da Administração, onde há, sim, na cotidiana luta pelo interesse público, pessoas de elevada competência aliada a uma abnegação completa à causa do bem comum. O que se pretende é propiciar maior espaço para que possam elas exercitar eficazmente seus misteres, sem a frustração de esvaírem-se os objetivos à força de um condicionamento forçado pela ótica distorcida de um pragmatismo imediatista.

A instauração de um Estado Democrático de Direito torna imperativo dotar a Administração de uma postura ética. A credibilidade de que desfrutam os órgãos públicos influi fortemente no sucesso das políticas; assim, *v.g.*, um Governo havido como desonesto faz crescer no contribuinte a vontade de valer-se de artifícios menos nobres para refugir aos ônus tributários. Carentes as instituições públicas da confiança popular, ocorre o detestável fenômeno das “leis que não pegam”; cria-se a impossibilidade de sobrevivência do comércio honesto, incapaz este de competir com o menor preço propiciado pela sonegação; instala-se a arrogância impiedosa, que, em lugar de buscar a solução de problemas do cidadão, delicia-se sadicamente na interposição de obstáculos injustificáveis; finda-se a segurança jurídica necessária ao desenvolvimento dos negócios.

Há que se combater neste país a “doutrina do não”, fundada na constatação de que da negativa do agente público não defluem para este maiores conseqüências e na verificação de que o “sim” exige motivação e implica responsabilidade. É ela a síntese da covardia daqueles que em nada contribuem para a história, habitando o estreito espaço de sua própria pequenez.

Estudar a Administração sob prisma ético não é tarefa que se resuma no denunciar enfaticamente a desonestidade que campeia, a lamentável dilapidação do patrimônio público por pessoas inescrupulosas, a prática da sonegação tributária, a pernicioso atuação dos criminosos de colarinho branco. Ninguém, em sã consciência, pode ser contrário a que se punam com rigor os beneficiários de falcatruas, aqueles que se locupletam indevidamente com dinheiro público. Faz-se necessário, contudo, que se retire do discurso a forte carga demagógica, porquanto nem todo rico é criminoso, nem todo empresário é bandido; ao contrário, as pessoas, quer ricas, quer pobres, são em sua quase totalidade honestas. E mais honestas hão de mostrar-se na medida em que a Administração Pública der exemplos de pureza ética em suas intenções e em seu comportamento.

Uma revisão finalística das políticas públicas somente pode trazer benefícios, com a correção de objetivos e de rumos. Não se está aqui dizendo novidade alguma em reconhecer existentes problemas na advocacia pública; medidas têm sido tomadas para tornar mais eficiente o papel da Administração, como é o caso dos enunciados autorizativos de não-interposição de recursos. O que se não pode é fechar os olhos a uma realidade gritante: a existência de verdadeiro caos no Judiciário, que tem como causa, em maior parte, a existência de recursos evitáveis e na utilização sistemática de artifícios procrastinatórios, que oneram os cofres públicos com a utilização indevida da máquina do Judiciário, tornando difícil ou mesmo impossível a prestação jurisdicional; o que se não justifica é a aceitação pacífica de uma Administração avessa a soluções de problemas, vinculada a uma cartilha de regras internas que tresanda a medo.

Para o traçado de um roteiro de correção de rumos, ora se busca: a) uma conceituação da ética; b) uma indagação ontológica sobre o *ser* e o *outro*, para verificar-se a gênese da responsabilidade ética; c) uma investigação quanto à existência de uma ética das instituições, com diretrizes voltadas ao comportamento dos conglomerados diretivos, diversas daquelas que incidem sobre o comportamento das pessoas que os compõem; d) identificar as causas da crise existente na Administração e no Judiciário; e) diante do resultado, sugerir modificações no modelo existente, para que se obtenha um enriquecimento ético nas práticas administrativas.

1. ÉTICA GERAL E NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 CONCEITO DE ÉTICA

Na Cidade Antiga, *ética* guardava por conteúdo semântico a idéia de habitação, o lugar em que se residia. O culto aos *deuses lares*, a veneração aos ancestrais, exigia obediência às regras domésticas, sagradas, vinculadas diretamente à honra, rígido código a que se vinculava o indivíduo desde seu nascimento. O vocábulo *ethos* traduz o chão que se pisa, o solo interior que embasa a práxis, a geratriz de todos os atos humanos.

Octacilio Paula Silva¹ assevera que, etimologicamente, o vocábulo latino *ethica* deriva do grego *ethiké*, sendo *moralis* (filosofia) o vocábulo latino decorrente da tradução, feita por Cícero, do nome grego. A semântica que ambos os termos guardam é a síntese da tradição referente aos costumes, ao caráter, às atitudes humanas em geral e às regras de conduta e sua justificação. Assevera o ilustre magistrado que, para uns, o conceito de *ética* é mais extenso do que o de *moral*, distinguindo os problemas éticos (gerais) dos morais (da vida cotidiana, frente a situações concretas); e que, para outros, a *moral* é teórica, ao passo que a *ética* é a *moral* posta em prática.

¹ SILVA, Octacilio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 26-7.

Aristóteles² formula um sistema ético a partir do fim último, apresentando a vida humana como uma pirâmide de atos-fins e de atos-meios, presidida pelo fim último, que estaria na origem de toda a nossa atividade; fim último esse que é a felicidade, entendida em toda dimensão semântica como realização pessoal em todas as perspectivas, em todas as potencialidades: o bem absoluto.

A ética kantiana, profundamente abordada por Thadeu Weber,³ parte da observação de que existe distinção entre o fenômeno e a coisa-em-si, que inibe que a linha de raciocínio esbarre em paradoxo, caia em contradição. O condicionamento do *ser* pela realidade fática impede a existência em liberdade. No entanto, a lei moral atua sobre o mundo sensível, pois que, quando há uma auto-imposição de uma lei moral é ela feita com liberdade. Aponta o mencionado professor, *verbis*:

Se eu fosse membro de um só desses mundos, ou ‘minhas ações seriam perfeitamente conformes ao princípio da autonomia da vontade pura’ – é o caso do mundo inteligível -, ou ‘minhas ações seriam totalmente conformes à lei natural dos apetites e inclinações’ – é o caso do mundo sensível. Mas, como pertencente dos dois mundos, e como o mundo inteligível é o fundamento do mundo sensível e também de suas leis, o primeiro é ‘imediatamente legislador’ em relação a minha vontade. Pelo fato de pertencer ao mundo sensível, devo, como ser inteligente, submeter-me à razão, isto é, a lei do mundo inteligível, que é o imperativo categórico. Se minha vontade quiser ser livre, a lei da razão deve ser um imperativo para mim. Se a vontade quiser ser livre, terá que dar-se a si própria a lei, caso contrário, só poderá tirá-la do mundo sensível, isto é, dos apetites e inclinações. Mas então não será livre e sim determinada pelas leis da causalidade. O imperativo categórico é possível, porque a idéia da liberdade faz de mim um membro do mundo inteligível. Mas, como sou, ao mesmo tempo, membro do mundo sensível e como aquele é o fundamento deste, minhas ações devem estar de acordo com o primeiro (o inteligível). Ou seja, minha vontade é autônoma, porque age de acordo com o imperativo categórico, que ela se dá a si própria. Observa-se que, assim considerado, o imperativo categórico é um juízo sintético prático a priori. Ele se impõe por si mesmo, já que não pode ser tirado do mundo sensível. A possibilidade de

² ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Trad. Mário da Gama Kuri, 3. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

³ WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, Coleção Filosofia 87, 1999.

*proposições sintéticas práticas a priori, portanto, só pode ser explicada a partir do mundo inteligível.*⁴

Kant⁵ apresenta fórmulas que expressam a relação entre as regras objetivas do querer em geral e a vontade humana no exercício de sua liberdade. Tomando as leis da conduta humana como preceitos, divide estes em duas espécies: os categóricos e os hipotéticos; os primeiros, aqueles que prescrevem uma ação boa em si mesma, independentemente de fundamentação, como o “não mentir”; os segundos, os hipotéticos, quando a ação é preceituada como condição para atingimento de determinado fim, como, *e.g.*, “se você não quer ser condenado por falsidade, não deve mentir”.

O imperativo categórico expressa-se por diversas premissas, assim elencadas por Thadeu Weber⁶: a) fórmula da lei universal, segundo a qual deve-se agir “apenas segundo uma máxima tal que possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal”; b) fórmula da lei da natureza, que prescreve se deva agir como se a máxima da ação pudesse instituir-se, segundo a vontade do agente, em lei universal da natureza; c) a fórmula do homem como fim em si mesmo, que determina que se aja de tal maneira que se use a humanidade, tanto na própria pessoa quanto na de qualquer outra, sempre e simultaneamente, como fim e nunca simplesmente como meio; c) a fórmula da autonomia de vontade, que encerra o agir de modo a que a vontade pela sua máxima possa considerar a si mesma, ao mesmo tempo, como legisladora universal; d) a fórmula do reino dos fins, segundo a qual devemos agir sempre como se fôssemos, através de nossas máximas, membros legisladores de um reino universal dos fins; onde se deve

⁴ WEBER, 1999, p. 47.

⁵ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

⁶ WEBER, 1999, p. 34 e ss.

entender por “reino” a ligação entre vários seres racionais por regras de comportamento que lhes sejam comuns.

Hegel,⁷ por seu turno, apanha três aspectos da realização espiritual: direito, moralidade e eticidade. O alcançar da eticidade também encontra três instantes: família, sociedade e Estado. E no Estado estaria o momento supremo da eticidade, num imperativo categórico, modelo regulador utópico, que se busca atingir sempre, mas que jamais será alcançado de modo absoluto.

Na busca do estabelecimento do princípio supremo da moralidade, segundo Hegel, não se podem aceitar os limites do formalismo kantiano; há que se perquirir sobre a dinâmica da ação humana, que produz resultados. O simples cumprimento do “dever pelo dever”, então, mostra-se insuficiente para um juízo de valor a respeito de um ato. O discernimento entre moralidade e eticidade é a grande contribuição de Hegel para que se evoluísse no estudo da ética até as modernas concepções de J. Rawls, Apel, Habermas etc. A imediatez da vontade há que sofrer uma mediatização para que se torne universalizável.

Direito, moralidade e eticidade são os componentes de uma nova maneira de observar o comportamento humano. Já não aparece a vontade imediatizada pela razão; incide a mediação da vontade dos agentes como síntese de uma determinação histórica. A respeito, preleciona Thadeu Weber:

A imediatez (a vontade imediata) ao ser mediada e reconhecida, conduz ao estabelecimento de um princípio ético universal. Não se pode, portanto, definir abstratamente o que deve ser feito. Com Hegel, saímos de uma universalidade abstrata para entrar na universalidade concreta: a família, as corporações, o Estado. É aí que se determinam valores, normas etc. Numa

⁷ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Trad. Juan Luis Vermal. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975.

comunidade ética, deve ser levado em conta o que é conhecido e prescrito pelas circunstâncias históricas de um determinado contexto. Isso não significa que tudo é a posteriori. Ao contrário, o que, no movimento das mediações, permanece como universalmente coerente é o que serve de critério de moralidade. Novas circunstâncias, porém, podem alterar a validade das normas morais, respeitadas as instituições sociais e os princípios que as orientam. O apriorismo duro da moral kantiana dá lugar à dimensão temporal e histórica. A 'substancialidade ética' é o resultado da mediação das vontades imediatas e naturais, que, negadas e superadas na vontade universal, são efetivamente livres. Essas vontades submetem-se às leis, porque são seus autores. Novos conteúdos, passíveis ou não de universalização, podem entrar nesse processo de mediação. Em vista desses novos conteúdos, o contexto histórico de um povo, por exemplo, pode cair a validade incondicional do imperativo categórico, ou melhor, o imperativo categórico vale, mas podem existir exceções.⁸

Em seu aspecto subjetivo, tal como é vista em uma perspectiva kantiana, a moralidade exige a presença de dois elementos: o saber e o querer. Entre a intenção do ato e as conseqüências advindas, segundo Hegel,⁹ pode haver uma dessintonia; um incêndio provocado pode extrapolar o resultado desejado. Não se há de ignorar as conseqüências, porque elas constituem a própria realização da vontade. Como distinguir os resultados antevistos daqueles contingencialmente acrescidos? A solução parece estar no caminho entre a intenção e o gesto. O propósito é mais subjetivo, enquanto que a atividade resultante alcança aspectos objetivos, concretizando o desejado. Assim, há que se perquirir sobre a previsibilidade, sobre o que está na esfera de conhecimento do agente, porquanto apenas o que este previamente conhece é que lhe pode ser imputado.

É óbvio que Kant,¹⁰ ao situar na intenção ou no respeito à lei o valor moral de uma ação, não está afirmando que os sujeitos agentes devem ignorar as conseqüências; o que está dizendo é que os resultados não podem oferecer embasamento ao valor moral de uma ação. Assim, não se há de reputar moralmente valioso um comportamento que,

⁸ WEBER, 1999, p. 145.

⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.

¹⁰ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.

gerido por uma intenção condenável, alcança, por fatores absolutamente aleatórios, independentes da vontade do sujeito agente, resultados úteis, por melhores que sejam. O homem moralmente bom, portanto, é aquele que obedece à lei pela lei, e não por causa das conseqüências. Aponta ele, Kant:

Os entes, cujo ser na verdade não dependem de nossa vontade, mas da natureza, quando irracionais, têm unicamente um valor relativo, como meios, e chamam-se por isso coisas; os entes racionais, ao contrário, denominam-se pessoas, pois são marcados, pela sua própria natureza, como fins em si mesmos; ou seja, como algo que não pode servir simplesmente de meio, o que limita, em conseqüência, nosso livre arbítrio.¹¹

Fábio Konder Comparato registra, sobre o pensamento de Kant:

... o princípio kantiano não pode ser levado, cegamente, a conseqüências absolutas. Há situações em que a pessoa vê-se confrontada a outra, num conflito radical, cuja solução significa a eliminação de uma delas. Em tais casos, conforme as circunstâncias – legítima defesa ou estado de necessidade, por exemplo – justifica-se eticamente o homicídio. Ocorre, aqui, uma eventual divergência entre os princípios da justiça e do amor. Segundo o amor, é preferível o deixar-se morrer do que matar. O princípio da justiça, diversamente, aceita que o sujeito prefira a sua própria vida à do outro. Os Códigos Penais dos mais diversos países declaram que, nessas circunstâncias extremas, não há crime.

Mas a dignidade da pessoa, segundo o filósofo, não consiste apenas no fato de ser ela, ao contrário das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela se funda também no fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ela própria edita.¹²

Em seu diálogo com Kant, Hegel¹³ aborda o chamado “direito de emergência”, asseverando que a situação de emergência, que ampara a legítima defesa, não invalida a lei; apenas mostra que a norma não é absoluta. Segundo ele, a eticidade está em que a vontade esteja afinizada ao conceito, apartada da subjetividade. A vontade apenas se define quando da tomada da decisão. A decisão é ato de escolha entre duas ou

¹¹ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1994, p. 51.

¹² COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 458-9.

¹³ HEGEL, 1986, p. 1070.

mais alternativas; e, em elegendo uma e em refutando outra ou outras é que o sujeito restringe a própria liberdade, renunciando à totalidade, comprometendo-se com a finitude.

A eticidade trata das determinações objetivas ou da mediação social da liberdade. No palco das relações sociais, as vontades são mediatizadas, a partir de uma diretriz que limite os campos das liberdades individuais a fim de permitir a convivência coletiva, circunscrevendo a liberdade de cada um aos limites em que não cause danos à liberdade do outro. Na subjetividade ética, desaparecem as vontades particulares, adotam-se correlação entre direitos e deveres. É extremamente relevante o nexos existente entre direitos e deveres formando um universo próprio em que somente tem direitos quem tem deveres; um escravo, que não tem direitos, também, conseqüentemente, não possui deveres quaisquer.

Na perspectiva hegeliana, o universal, ao concretizar-se, individualiza-se; o que significa que a concretização se dá num conteúdo determinado, num povo, numa comunidade ética, numa instituição, ao passo que a universalidade kantiana permanece no plano formal, meramente abstrato. Kant exclui da moralidade as instituições e os costumes, pois que considera como atemporal o princípio supremo da moralidade; diferentemente de Hegel, que vê na moralidade o resultado de um processo de sedimentação histórica no sentido de aprimoramento da idéia de liberdade.

Jacqueline Russ, em visão otimista da contemporaneidade em relação ao estudo da ética, assevera:

Tudo parece anunciar, hoje, um retorno da filosofia ética: o desenvolvimento de novas correntes de pensamento, o renascimento do debate sobre ética e a multiplicação das discussões. Assim, a reflexão axiológica e moral beneficia-

*se de inédito interesse. Bioética, ética dos negócios, vontade de moralização da coisa pública ou da política, a ética e a moeda ... tudo ocorre como se os anos atuais sejam de renovação ética, 'anos da moral', surgindo o estandarte dos valores axiológicos como derradeiro ponto de referência de nossas sociedades democráticas avançadas.*¹⁴

Iniciou-se o Século XX com intenso enfrentamento da visão positivista da ética. Tanto foi radicalizada essa tendência que se chegou mesmo a reduzir o juízo ético a mera expressão da pessoa, a simples emoção, sem embasamento em qualquer dado científico ou nexos com uma realidade experimentada. George Edward Moore¹⁵ inaugura uma visão analítica que leva à redução do juízo ético a uma expressão de subjetivismo, a uma carga emotiva, sem embasamento em qualquer esforço científico. Originou-se, daí, uma escola emotivista, que levou ao esboço de uma metaética, um estudo da linguagem ética, em termos epistemológicos, a presumir rígida distinção entre fato e valor. Seguiu-se-lhe uma escola cognitivista. A metaética partia da idéia de absoluta independência entre fato e valor, entre as funções da linguagem (descritiva e expressiva). W.V.O. Quine¹⁶ renunciou o fim da hegemonia da metaética e permitiu o surgimento do realismo ético. Mas quem imprime maior força em outorgar à ética seu lugar de filosofia primeira foi Ortega y Gasset,¹⁷ que aponta a idéia como algo dotado de dinamismo; considera-a como ação em circunstância determinada e com sentido finalístico.

¹⁴ RUSS, Jacqueline. *La Pensée Étique Contemporaine*. Paris: PUF, 1994. p. 3. (coleção "Que sais je?"). Tradução livre do autor.

¹⁵ MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1903.

¹⁶ QUINE, W. V. O. *Two Dogmas of Empiricism*. From a Logical Point of View: Nine Logico-philosophical Essays. Cambridge, Mass: Harvard University Press.

¹⁷ ORTEGA Y GASSET, José. Prólogo à tradução espanhola da História da Filosofia de E. Bréhier. *Obras Completas*. Madrid: Alianza, v. 6.

Surge, então, a mais importante corrente do neokantismo: a axiologia, que, associada à fenomenologia, encontra em Max Scheller¹⁸ seu expoente máximo.

Já nos anos 70, ocorre uma radical mudança epistemológica, com enfoques diversos daqueles embaixadores das teorias tradicionais. John Rawls, com a obra “Uma Teoria da Justiça”, e Enrique Dussel¹⁹ imprimem forte conotação ideológica sobre o conceito de ética e sua incidência sobre as relações sociais, sobretudo no que diz respeito à liberdade e aos direitos das pessoas. Karl Otto Appel²⁰ e J. Habermas²¹ inauguram a ética do discurso.

A presença de Joseph Raz²² e de Ronald Dworkin²³ dão novas tintas aos quadros da visão moderna de ética. Verifica-se, então, o embate entre a modernidade individualista, racionalista, universalista, e uma antropologia social fundada em uma visão histórica, antropológica. Confronta-se o holismo contra o individualismo. Ubiratan Borges de Macedo, faz estampar:

Por que necessitamos de uma fundamentação racional da ética? Resposta: porque uma ética que seja válida para todos os seres humanos, quer dizer, que abranja toda a terra, não pode fundamentar-se sobre a intuição nem sobre a religião ou a tradição, já que estas são diferentes em diferentes povos e diferentes sociedades e culturas. E por que deve ser válida a ética na mesma medida para toda a humanidade? Porque a ciência moderna e sua aplicação técnica conferiu à ação humana um dimensão e uma amplitude não conhecidas antes. Na época das armas atômicas e da energia nuclear, a ação de um indivíduo, ou de poucos, pode ter efeitos sobre toda a humanidade, em toda a vida sobre a terra. Os problemas que hoje nos acoçam não estão no âmbito da família e da vizinhança, senão no da política e da sociedade, num “macroâmbito” que abrange o destino de toda a humanidade. Isso requer padrões éticos que valham para todos os homens,

¹⁸ SCHELLER, Max. *Visão Filosófica do Mundo*. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1986. (Coleção Debates).

¹⁹ DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.

²⁰ APPEL, Karl Otto. *Transformação da Filosofia* (Transformation der Philosophie). 2 vols. Frankfurt: 1973.

²¹ HABERMAS, J. *Consciência Moral e Ação Comunicativa*. Barcelona: Península, 1985.

²² RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. *The Monist*, vol. 68, n. 3. Illinois: The Hegeler Institute. p. 295-324.

²³ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.

*enquanto que hoje, na prática diária, recorrendo a expressões como política realista ou política de interesses, as questões de política nacional ficam dispensadas de qualquer valoração moral.*²⁴

O esboço histórico acima realizado convida, agora, a uma tentativa de definição. Deixando de lado as cosmovisões do mundo, que levaram a diferentes conceituações de ética, perquirir-se quanto ao conteúdo semântico do termo. Seguem-se algumas tentativas realizadas por professores diversos:

O Padre Fernando Bastos de Ávila aponta que “a moral é uma ciência normativa e, por este aspecto, o estudo filosófico da ação e da conduta humana, procurando a justificação natural dos juízos de valor sobre a moralidade”.²⁵

Segundo Adolfo Sánchez Vásquez, “a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”.²⁶ Esta definição enfatiza, primeiramente, a índole científica da disciplina. Ciência que é, a ética parte de estudos de fatos existentes no terreno da moral na busca de deles extrair princípios gerais. Ela é vista, pois, como “a ciência da moral”, que não deve ser confundida com seu objeto, guardando as proposições de ética o mesmo rigor, a mesma coerência, a mesma fundamentação das proposições científicas; o que se não encontra em uma moral determinada, onde as normas ou os juízos apresentam-se, em sua relatividade, mutáveis no tempo e no espaço. Não existe uma moral científica. A ética é, pois, ainda, segundo

²⁴ MACEDO, Ubiratan Borges de. A Aventura da Ética Filosófica no Século XX, in *Problemas e Teorias da Ética Contemporânea*. CARVALHO, José Maurício (org.). Porto Alegre: Edipucrs. p. 21. (col. Filosofia).

²⁵ BASTOS DE ÁVILA, Fernando. *Pequena enciclopédia de moral e civismo*. Rio de Janeiro: MEC-FENAME, 1967. p. 142.

²⁶ VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell’Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 219.

Vásquez, “um conjunto sistemático de conhecimentos racionais e objetivos a respeito do comportamento humano”.²⁷

Estudando o existir sob uma ótica de perspectiva ética, Eduardo Gianetti da Fonseca anota que a ética “lida com aquilo que pode ser diferente do que é”,²⁸ abrindo-se uma brecha para a possibilidade de que o mundo como ele é esteja aquém do mundo como ele pode e deve ser. A pessoa eticamente imaginada é, no seu entender, utópico paradigma a ser perseguido, mas jamais alcançado em sua totalidade. Mostra ele diversas teorias objetivando explicar a crise de ética existente no mundo. Aborda, primeiramente, a tese do “neolítico moral”, segundo a qual o progresso moral não acompanha o avanço científico, tecnológico e material do homem; idéia que evolui para outro momento, onde já não se denuncia mais apenas a dissonância entre o progresso econômico e tecnológico e a evolução moral; pretende-se já uma relação de causa e efeito: seria o declínio moral o preço a pagar pelos benefícios do progredir. A falácia da tese do neolítico moral evidencia-se na pretensão de aplicarem-se a ela critérios que lhe são absolutamente estranhos. Fonseca leciona:

Existem áreas específicas da atividade humana onde o conceito de progresso é bem definido e virtualmente incontroverso. É difícil imaginar, por exemplo, que se possa questionar a existência de progresso na área de extração de dentes entre a época de Lucrécio e a dos netos de Keines; ou que se possa negar a superioridade da descoberta de Haqrvey da circulação do sangue nos animais sobre a teoria do fluxo e refluxo sangüíneo; ou, ainda, duvidar de que a Noruega seja mais desenvolvida que o Paquistão em termos de produção per capita e expectativa de vida ao nascer.

O mesmo já não se aplica, contudo, no tocante à ética. Com base no que, afinal, se poderia sustentar, com um mínimo de rigor e precisão, a afirmação de que os tupis superam, em termos éticos, os franceses do Século XVIII (como quis Rousseau); ou de que a condição moral do escravo negro do século XIX é mais avançada do que a do silvícola africano ainda imerso na ‘noite da Natureza’ (Hegel); ou, então, de que os ‘caçadores de dólares’ millianos estão à frente dos romanos descritos por Lucrécio?

²⁷ VÁSQUEZ, 2004, p. 219.

²⁸ FONSECA, Eduardo Gianetti da. *Vícios privados, benefícios públicos? : a ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 53.

É impossível dizer. O fato é que não há critérios objetivos que permitam fazer comparações claras e inequívocas como é o caso, em geral, no campo restrito da ciência, tecnologia e economia. A noção de um 'neolítico moral' pressupõe, ao invés, a crença em algum tipo de esquema evolutivo grandioso ou filosofia da História (com h maiúsculo) à luz do qual se possa determinar a distância percorrida e a posição relativa de uma dada sociedade na auto-estrada do progresso ético e da perfectibilidade humana.²⁹

A tese do “neolítico moral”, que é negativa, parte da ausência de evolução, encontra contrapartida na consideração da ética como fator relevante no funcionamento normal da sociedade, ajudando a explicar o melhor ou pior desempenho de crescimento das economias nacionais, e como contribuição para a promoção do bem-estar humano.³⁰ Uma primeira abordagem do tema faz sempre emergir a noção do Bem e do Mal, na sua primeira concepção jusnaturalista. Mesmo em se desprezando por superada a ótica maniqueísta, que divide os homens em bons e maus; mesmo abandonadas quaisquer incursões metafísicas, restrito o estudo exclusivamente ao campo da filosofia, ainda assim tem-se o homem, com seu livre arbítrio, a procurar uma bússola que o oriente no sentido de realização pessoal, imprescindível ao alcance da felicidade.

Independentemente de tal constatação, a leitura do “De Lege” (SUMMA THEOLOGIAE. PRIMA SECUNDAE (I-II) QUAESTIO 94) faz exsurgir uma idéia de Bem no sentido de elevação espiritual. Quer com fundamento na fé, quer com espedeque filosófico ou sociológico, impõe-se um direcionamento positivo, contendo um senso de solidariedade e de misericórdia, uma inspiração sadia que habita o nexo relacional entre o homem individualmente considerado e a sociedade em que ele se situa.

²⁹ FONSECA, 1993, p. 55.

³⁰ FONSECA. 1993, p. 57.

Numa primeira abordagem, há que se definir o que não é Ética, para que se evitem confusões muito comuns em relação ao uso do vocábulo. José Renato Nalini³¹ aponta que a ética não se confunde com a moral, ainda que o uso às vezes empreste uma falsa sinonímia. A ética é ciência; a moral, não o é. A moral não é ciência, é objeto da ciência. Antonio Gomes Penna³² em igual diapasão, registra que os termos ética e moral, em princípio, podem ser utilizados em mesma semântica, na medida em que podem apontar o mesmo objeto; mas, no rigor técnico, diferem no sentido que revelam. No caso da moral, considerada a duplicidade de dimensões contida no termo, a subjetiva e a objetiva, o conteúdo é, no primeiro caso, “*o conjunto de idéias, julgamentos, sentimentos etc.*” No segundo caso, ou seja, no concernente à dimensão objetiva, importam as conseqüências nefastas decorrentes de atos praticados em afronta aos preceitos sociais.

Nalini conceitua ética como “a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”, considerando-a como “o estudo dos juízos de apreciação que se referem à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do bem ou do mal, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto”³³, indigitando como seu objeto a “moralidade positiva”,³⁴ consistente, na preleção de Eduardo García Máynez³⁵ em “conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem”. Etimologicamente, como é consabido, *ethos* em grego significa “costume”; literalmente, ter-se-ia ética como ciência dos costumes.

³¹ NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 30.

³² PENNA, Antonio Gomes. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 21.

³³ NALINI, José Renato. O Juiz e a Ética no Processo. In NALINI, José Renato (Org.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994. p. 86.

³⁴ NALINI, 1994, p. 30.

³⁵ MÁYNEZ, Eduardo García. *Ética - ética empírica, ética formal, ética valorativa*. Centro de Estudos Filosóficos na Universidade Nacional do México, 1944. p. 17.

As normas éticas estão alicerçadas em valores. Implicam elas deveres. Imperativos que são os preceitos, demandam eles, para que acatados, uma motivação substancial, consistente. É ainda Nalini,³⁶ quem assevera, ao perquirir sobre a natureza da ética, a existência de posições antagônicas, sendo uma absolutista e apriorista e outra relativista e empirista; ou seja, a primeira das correntes aponta uma ética atemporal e absoluta; para a segunda delas a norma ética teria vigência puramente convencional e mutável. A ética, sendo ciência, é estrutura de princípios; a moral, um conjunto de regras.

Tem-se, portanto, que a ética é a ciência que estuda o conjunto de preceitos que regem a conduta humana na distinção entre o que é moralmente aceitável e o que não o é. Do ponto de vista de um dinamismo histórico, ética é a ciência que estuda os fatores determinantes das mudanças do comportamento humano entre aquilo que é e aquilo que moralmente deve ser. É o conjunto de preceitos que harmoniza o comportamento humano com a noção de certo e errado.

Eduardo García Máynez, na obra citada, faz uma “classificação” da ética. O ilustre professor de direito certamente não pretendeu asseverar a existência de mais de uma espécie de ética, uma vez que esta, como ciência que é, mostra-se una e universal; apenas, buscou apresentar as diversas óticas sob as quais a ética é abordada.

No que concerne à ética empírica, é ela vista por Máynez³⁷ como um caminho para o subjetivismo, a partir da constatação de que, variando de indivíduo para indivíduo, ou de sociedade para sociedade, o bem e o mal não têm existência objetiva.

Ceticismo e niilismo são o passo seguinte.

³⁶ MÁYNEZ, 1944, p. 33.

³⁷ MÁYNEZ, 1944, p. 37.

A ética vista sob um prisma anarquista, a partir do pressuposto de que direito, moral, convencionalismos sociais, religião, tudo isso constitui exigência arbitrária, nascida da ignorância, da maldade e do medo, faz imperar o egoísmo, supervaloriza a vontade humana, gera o hedonismo. O escopo da ética, a definição de princípios para pautar os comportamentos, não se realiza pela substituição dos deveres sociais pela insensata busca do prazer. Interessante, contudo, marcar que a lei, como remédio social que é, deve ser utilizada na mínima dosagem necessária, pois que a intervenção demasiada do Estado acabaria por restringir desnecessariamente a esfera de liberdade. Estivéssemos diante de uma classe de alunos que lograsse atingir os objetivos da aprendizagem em balbúrdia e algaraviada, nociva seria a desnecessária imposição de quaisquer regras. A disciplina justifica-se pelos objetivos a alcançar; não é em si mesma meio e fim.

A ética sob prisma utilitarista, por seu turno, caracteriza-se por considerar bom aquilo de que se possa fazer bom uso. Peca por confundir a eficácia técnica dos meios com o valor ético dos fins. Dizer que “os fins justificam os meios” é incorrer em lamentável falácia; ninguém, em sã consciência, terá Maquiavel como exemplo ético.

Em relação à ética encarada em posicionamento “ceticista”, cumpre discernir, em primeiro lugar, o ceticismo metódico do ceticismo sistemático. A dúvida como passo inicial da busca da certeza é essencial ao comportamento científico. Duvidar, todavia, mesmo diante de toda evidência leva inexoravelmente a uma atitude passiva diante do mundo. Mesmo a atitude absolutamente passiva já representaria em si mesma uma opção; e a adoção de qualquer alternativa já teria como pressuposto o afastamento da dúvida; ter-se-ia, então, um paradoxo.

Se o estudo ético recai em subjetivismo, admite-se que cada um formula a sua própria ética. É de toda obviedade que tal senda de raciocínio leva a um relativismo que inviabilizaria o diálogo, pois que cada um, detentor de sua verdade absoluta, esbarraria com as verdades individuais alheias. Perder-se-ia, assim, a universalidade da ética como ciência. Os preceitos morais podem variar no tempo e no espaço; mas a ciência que estuda a natureza desses preceitos é permanente, independentemente de onde e quando for feita a análise.

É Jacqueline Russ quem observa que “tudo parece anunciar, hoje, um retorno da filosofia ética: desenvolvimento de novas correntes de pensamento, renascimento do debate ético e multiplicação das discussões. Assim, a reflexão axiológica e moral se beneficia de um interesse inédito. Bioética, ética dos negócios, vontade de moralização da coisa pública ou da política, ética e dinheiro... tudo se passa como se os anos atuais fossem de renovação ética, ‘anos da moral’, aparecendo o estandarte dos valores axiológicos como último ponto de referência de nossas sociedades democráticas avançadas.”³⁸

A impregnação da ética de um cientificismo exagerado provoca, no alvorecer do Século XX, uma reação antipositivista; a identificação entre ética e ciência é contestada, ao mesmo tempo, por neokantianos, hegelianos, fenomenólogos e neotomistas. Pregava-se, então, que o juízo ético estaria reduzido a uma expressão da pessoa, ou mesmo a uma emoção. O sucesso do emotivismo produz uma metaética, consistente num estudo das categorias utilizadas na linguagem ética, um estudo

³⁸ RUSS, 1994.

epistemológico da ética. A ela, todavia, contrapõe-se uma ética normativa, a estudar as ações objetivando o conteúdo de bem ou de mal nelas inerente.

O papel relevantíssimo que a ética ora assume deve-se, principalmente, à presença de Ortega y Gasset,³⁹ que critica o esqueleto da história da filosofia, destituído da substância de um contato direto com a realidade, com o tempo, e principalmente com as circunstâncias; não se pode compreender filosofia em termos de semântica e sintaxe, cumpre imprimir-lhe diretriz pragmática, pois que a ação é realizada pelo homem em vista de uma circunstância e com uma precisa finalidade.

O século XX inicia-se com a morte de Nietzsche, sua tese da morte de Deus e a índole ideológica da moral cristã explicável pela opressão de que são vítimas os fracos. As guerras mundiais significaram, em si mesmas, a falência da ética; a força é *ultima ratio*, quando não se consideram mais a lei e o valor. Genocídio, campos de concentração, desobediência às leis de guerra, Hiroshima e Nagasaki, Ruanda e Burundi, “limpeza étnica”, terrorismo, tortura, tudo forma um quadro vergonhoso para a espécie humana. E é aí, então, que advém toda a necessidade de reversão de tão lamentável quadro. É preciso elevar-se o grau de consciência moral. Para que se atinja tal escopo, necessário que se aprofunde o estudo dentro das novas teorias que se somaram àquelas já estudadas até aqui.

O espiritualismo de Bergson⁴⁰ não deve ser descartado, no que tange à conceituação, aprioristicamente, por preconceito cartesiano qualquer. Estampa ele uma moral que compreende duas partes distintas; a primeira, firmada na estrutura da sociedade

³⁹ ORTEGA Y GASSET, José. El Tema de Nuestro Tiempo. In: _____. *Obras Completas*, v. 3, 2. Reimpresión. Madrid: Alianza, 1994.

⁴⁰ BERGSON, Henri. Les Deux Sources de la Morale et de la Religion. In: _____. *Oeuvres*. 5. ed. Paris: PUF, Édition du Centenaire, 1991.

humana; outra, cuja gênese está no estudo da estrutura original. Na primeira delas, observa-se uma pressão exercida pelos elementos formadores da sociedade uns sobre os outros, para manter a coesão do todo; na segunda, há a aspiração ou o impulso, a imprimir sentido finalístico. Distinguem-se, então, duas espécies de emoção, duas variedades de sentimento, duas manifestações de sensibilidade, que só têm em comum entre si a condição de afetividade, que os distingue da sensação, e que não se reduzem, como esta, à transposição psicológica de uma excitação física. Entre tais formas de moral não existe tão-somente uma diferença de grau, mas uma diferença de índole; enquanto a primeira encerra-se em fórmulas, permanecendo estática, a segunda mostra-se dinâmica e espontânea.

Konder Comparato discorre sobre a consciência ética assim:

Lembramos, há pouco, a afirmação capital de Kant, de que a dignidade da pessoa consiste não apenas em ser ela a sua própria finalidade, mas também no fato de que só o homem, pela sua vontade racional, é capaz de viver com autonomia, isto é, guiar-se pelas normas que ele próprio edita.

Tal equivale a dizer que só o ser humano é dotado de liberdade, e, por conseguinte, de responsabilidade; isto é, só ele é capaz de escolher conscientemente as finalidades de suas ações, finalidades que podem se revelar boas ou más para si e para outrem, devendo, portanto, o agente responder perante os demais pelas conseqüências dos seus atos. Em outras palavras, só o homem, como Aristóteles já havia assinalado, é, pela sua própria essência, um ser ético, que tem consciência do bem e do mal, capaz das maiores crueldades e vilanias, assim como dos gestos heróicos mais sublimes.

A consciência ética, na teologia bíblica, é a principal característica de semelhança do homem com Deus. No mito da tentação sofrida pelo primeiro casal humano, como reiteradamente assinalado nesta obra, Eva lembra ao demônio a proibição, sob pena de morte, de se comer do fruto da árvore localizada no centro do jardim do Éden. 'A serpente disse então à mulher: 'Não morrereis! Mas Deus sabe que, no dia em que dele comerdes, vossos olhos se abrirão e vós sereis como deuses, versados no bem e no mal.'⁴¹

É interessante verificar, no texto citado, que a consciência ética é exatamente o preço da tentativa de igualar-se o homem a Deus; antes, um estado de

⁴¹ COMPARATO, 2006, p. 463.

ingenuidade inocente; após a ingestão do fruto, a consciência e toda a carga imensa de responsabilidade que traz ela consigo, e a pena de ganhar o pão com o suor do rosto.

Scheller⁴² defende que a ética é constituída, antes de tudo, pelo universo de juízos formados a respeito do que se conhece no plano moral. Assim, na relação do homem com a realidade, a apreciação emocional precede o conhecimento das coisas. Devido a tal ordem de apreciação é que a aspiração emocional adquire maior valor; daí porque o vínculo com os valores é privilegiado em relação ao ato epistemológico. A ética, portanto, prende-se à axiologia, que é saber independente da metafísica. O valor traduz o dever-ser, pertence a um modelo de realidade ideal que serve de diretriz de comportamento.

Nessa linha de pensamento, os valores não representam bem algum, nem estabelecem qualquer unidade com as coisas tomadas em si mesmas. A experiência moral adquire caráter pessoal; no entanto, nem a pessoa nem o ato podem ser isoladamente considerados; interessa a experiência dos valores. Aplica-se, aí, o método fenomenológico, adaptado à nova função que lhe atribui Scheller.

Aperfeiçoando a visão ética kantiana, Scheller opõe-se ao cumprimento da norma pela norma, pelo puro dever imposto à vontade. Já não prega o cumprimento da norma pelo dever de fazê-lo, mas de uma integração, de um imbricamento, de uma adesão íntima e total dos valores, de modo positivo, criativo.

⁴² SCHELLER, Max. *Der formalismus in der Ethic und die materiale wertethk*. Bern und Muenchen: Frank Verlag, 1966. p. 88.

Rawls⁴³ desenvolve sua teoria da justiça como imparcialidade e como equidade, em um neocontratualismo, a partir de uma posição original, a partir da qual se entabulariam as negociações do pacto social. Tal primeiro momento apresentaria as pessoas racionais na busca da defesa dos próprios interesses, encobertas pelo “véu da ignorância”. No levantar da cortina, no acordar para a realidade, surgem dois fundamentos basilares: o direito irrecusável de cada pessoa a um esquema de liberdades iguais, capazes de coexistir em igualdade, e a obrigação de que as desigualdades sociais e econômicas estejam situadas dentro de uma escala de mérito que torne acessíveis a todos as conquistas de progresso social; e que tendam a uma ponderação que beneficie o mais possível a população menos favorecida, evitando a perenização da defasagem.

Feitas tais considerações, voltam-se agora os olhos à Administração Pública. Não se pretende, aqui, a otimização ao absoluto, refutada por Bergson em relação à sociedade, asseverando que “uma sociedade mística, que englobasse a humanidade inteira e que marchasse, animada de uma vontade comum, para a criação incessantemente renovada de uma humanidade mais completa, não se realizará evidentemente no futuro tanto quanto não existem no passado sociedades humanas de funcionamento orgânico, comparáveis às sociedades animais.”⁴⁴ Pessimista que pareça tal assertiva, não colide ela com uma evolução gradativa, a aproximar-se do perfeito, mesmo sem que jamais o atinja. Cabem perguntas quanto ao julgamento, de um prisma kantiano, quanto às condutas administrativas, se devem ou não ser universalizadas; e a resposta exsurge afirmativa. E tanto há condutas administrativas éticas (como, *v.g.*, a devolução *ex officio* de indébitos tributários) como existem as aéticas (*v.g.*, a recusa de

⁴³ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: *Justice as fairness: a restatement*.

⁴⁴ BERGSON, 1991, p. 1046.

prestar informações ou de emitir certidões). Também é de perquirir, agora sob o crivo de Max Scheller,⁴⁵ se nas atitudes administrativas podem ser identificados valores; e, mais uma vez, responder-se-á com um sim, porque cabível tal avaliação à luz das idéias de interesse público e de bem comum.

O momento ora vivido, em que a palavra *crise* alcança todo o seu conteúdo semântico, tudo o que de ruim acontece debita-se à ausência de ética. Segundo registra Moacyr Motta da Silva, “de todas as formas de excelência moral, a justiça é a que possui grau mais elevado”.⁴⁶ Ainda que não se confundam Justiça e Ética, há atualmente uma tendência hermenêutica de identificação entre o legal e o justo, de modo que, à luz de princípios éticos positivados, não se tenha como lícito o que estiver contrário ao senso de justiça, ou ao arpejo do bem, ou contunda valores morais.

No Brasil, à busca de uma sociedade justa e solidária deu-se sede constitucional. De indagar-se, então: quem quer a solidariedade, quem quer a justiça? Querem-nas os donos do capital? Querem-nas os estamentos sociais privilegiados? Querem-nas os adoradores do poder? Por que, a cada dia, torna-se mais espaçado o abismo que separa as classes sociais? Por que se convive ainda com a vergonha da fome e do analfabetismo? Por que se concentra a renda, em vez de implementar mecanismos de melhor distribuição das riquezas?

⁴⁵ SCHELLER, 1966. p. 91.

⁴⁶ SILVA, Moacyr Motta. *Direito, justiça, virtude moral & razão*. 1. ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003. p. 55.

1.2 A BUSCA DE UM ESTADO ÉTICO

Imperativo pregar-se uma visão solidária: há que se desejar um mundo melhor. Objetiva-se segurança, igualdade de oportunidades, desenvolvimento integral de todo cidadão. A justiça deve ser meta comum, com uma distribuição de rendas numa proporcionalidade tal que propicie a todos vida com dignidade. Os homens não devem ser classificados em vencedores e vencidos. O poder, antes que instrumento de opressão, deve ser utilizado construtivamente, na direção do bem comum.

Quando se busca um posicionamento sadio frente a um mundo de intoleráveis dessemelhanças, exsurge, imediatamente, a idéia do justo. É óbvio que não se confundem ética e direito; a primeira, a ética, mais abrangente em conteúdo, abriga também a idéia de moral. Cláudio Souto,⁴⁷ buscando espeque em Leon Petrazhitzky e seus discípulos Nicolas Timasheff⁴⁸ e Georges Gurvich⁴⁹ busca a conceituação do direito em função da idéia de justiça, colocando o direito, em companhia da moral, no degrau mais alto da experiência ética. Admitir-se uma eticidade do direito significa negar ao Estado a condição de origem básica do direito; o direito não é aquilo que o Poder positiva. A idéia de direito, ínsita no conceito de justiça, existe independentemente de qualquer coerção ou de possibilidade de coerção. Define-se o direito, portanto, em função da justiça, como fato social.

⁴⁷ SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. p. 27.

⁴⁸ TIMASHEFF, Nicolas. *La teoria sociologica*. Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1961. p. 132.

⁴⁹ GURVICH, Georges. Les cadres sociaux de la connaissance sociologique. *Cahiers Internationaux de Sociologie*, XXII, Paris, 1959.

Souto apresenta como norma de direito, no sentido sociológico, “aquela de acordo com o sentimento humano de justiça e com dados de conhecimento científico-empírico (conhecimento comprovável por técnicas precisas de pesquisa); e conduta jurídica aquela de acordo com as normas de direito.”⁵⁰ Na seqüência de suas preleções, acrescenta que as regras jurídicas diferenciam-se sociologicamente das regras morais, pois que, enquanto as primeiras são harmonizadas com dados de conhecimento científico-empírico, as morais condizem com dados de conhecimento metacientífico (isto é, conhecimento para além da ciência, sem possibilidade de comprovação científico-empírica). O direito assim conceituado não se logra realizar pelo simples cumprimento de leis. A idéia de uma Administração vinculada, agrilhoadada aos textos legislativos, sem possibilidade qualquer de alçar mínimos vôos de hermenêutica, parece-me superada; ao mesmo tempo em que se encontra bastante flexibilizada a teoria da intangibilidade do mérito dos atos administrativos. É certo existirem atos em cuja prática “o agente público fica inteiramente preso ao enunciado da lei”.⁵¹ A gênese da burocracia nociva está exatamente em restringir-se o papel do Administrador a um mero cumprir de regras, quer aquelas contidas nas disposições legais, quer as difundidas em instruções de serviço. Ao agente público deve-se-lhe sempre reservar a faculdade de analisar as conseqüências dos atos administrativos, à luz do norte maior do Direito Administrativo: o interesse público.

Qualquer estudo a respeito dos departamentos de uma empresa privada há que constatar que excesso de centralização corresponde sempre a decréscimo de resolutividade do próprio sistema; a delegação de poderes acrescenta em eficiência e eficácia. Em se buscando diferenciar eficiência e eficácia, para melhor entendimento

⁵⁰ SOUTO, 2002, p. 57.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Editora RT, 1989, p. 96.

semântico, registramos que a primeira cuida do *modus operandi*, do método, da estratégia: a segunda, trata do atingimento dos fins. Idalberto Chiavenato faz estampar:

A eficiência está voltada para a melhor maneira (the best way) pela qual as coisas devem ser feitas ou executadas (métodos), a fim de que os recursos (pessoas, máquinas, matérias primas) sejam aplicados de forma a mais racional possível. A eficiência preocupa-se com os meios, os métodos e procedimentos mais indicados que precisam ser devidamente planejados e organizados a fim de assegurar a otimização da utilização dos recursos disponíveis. A eficiência não se preocupa com os fins, mas, simplesmente, com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia.⁵²

Para que se alcance a realização do princípio da eficiência, explicitado ora no caput do art. 37 da Lei Maior, faz-se necessária maior resolutividade dos departamentos do sistema. É um escopo que exige uma radical mudança de mentalidade. Insistimos em que o servidor público, qualquer que seja sua posição hierárquica, deve aprender a dizer sim quando o deva dizer; deve estar conscientizado de que é pago para resolver problemas alheios, para servir à clientela do órgão público. Rogério Medeiros Garcia de Lima registra:

Ao cabo deste ensaio, reporto-me ao discurso do notável magistrado paulista José Renato Nalini. Embora referente à prestação jurisdicional, aplica-se ao desempenho da função pública. Para Nalini, juízes e serventuários necessitam de promover uma ‘insurreição ética’, contaminando-se todos pelo ‘vírus da eficiência’ e renunciando à sua condição de ‘surdos morais’. Sem alma, de nada valerão a tecnologia e os recursos materiais.⁵³

A “insurreição ética” referida diz intimamente com o escopo deste estudo. O primeiro passo para que se realize uma Administração ética – e, porque ética, eficaz – é a conscientização motivadora. Deve o servidor público sentir-se ínsito no mundo, parte dinâmica de um todo que ao mesmo tempo é processo e resultado, pois que o universo da

⁵² CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993. p. 238.

⁵³ LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ética e Eficiência na Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 227.

realidade é um devenir que se aperfeiçoa no tempo. Há de tornar-se, portanto, um participante da luta constante por um país melhor; transcendendo as estreitas barreiras do egoísmo para buscar além das próprias fronteiras sua realização. O homem realiza-se como *ser* no sentir-se útil; no perceber-se servindo ao *outro*. Na preleção de Moacyr Motta da Silva, “a construção da idéia de justiça volta-se sempre para o semelhante; não existe a idéia do ser para si, senão o reconhecimento do outro.”⁵⁴ Acrescente-se, porque relevante, que o enclausuramento em si próprio frustra a própria razão do ser.

João Bosco Batista preleciona:

A ética de Levinas baseia-se na primazia da experiência do Outro que permanece inacessível ao próprio pensamento em seu anseio de possuir. A alteridade radical do outro escapa e está além da vontade de poder da totalidade da ontologia que perfaz todo o pensamento ocidental. É fundamental nesta abordagem da alteridade a experiência do rosto como expressão da exterioridade do Outro que interpela o homem a estar com ele por meio da responsabilidade e da bondade “des-inter-essada”. No bojo da experiência do rosto que se manifesta sempre nu e desarmado em sua indigência, é que se encontra o pivô da ética como filosofia primeira, anterior a qualquer tipo de reflexão epistemológica e à própria ontologia. Levinas, com sua Ética da alteridade, é um representante ilustre do pensamento ético contemporâneo. O seu pensamento se insere fundamentalmente no contexto atual de questionamento e indagação do sentido fundamental da Ética para o homem e a sociedade atual.

Emmanuel Levinas elabora uma Ética do Outro a partir do conceito de “rosto”, ele inicia a fundamentação de sua Ética fazendo uma análise da ontologia, como expressão filosófica dominante no pensamento ocidental. O filósofo submete a questão do Ser a uma crítica baseada em categorias éticas. O ser permanece no plano impessoal, sendo sempre o “Mesmo”, isto é, a mesmidade sempre idêntica a si mesma. O Mesmo é, nesta perspectiva, a categoria fundamental que determina o modo de relação com o outro; este sempre alijado e anulado pela “totalidade” criada por essa forma de “imperialismo ontológico”.

A Ética para o filósofo é Filosofia primeira, é contato, é estar frente a frente com o existente, que, no seu entender, é manifestação do ‘infinito’. Para que isto se dê, é necessária a suspensão do Ser que, segundo Levinas, possui uma forma impessoal de existir. Porém, no decorrer de sua obra, a discussão com a ontologia transforma-se numa Ética da linguagem, uma linguagem onde o “Mesmo” sai de si e se doa ao Outro e encontra sua manifestação por excelência no rosto.

Esta visão primordial formalizada numa Ética da alteridade, na qual o ente existente (o eu) se responsabiliza pelo outro, é o eixo central que mobiliza as principais discussões e questionamentos do autor, como meio de alcançar

⁵⁴ LIMA, 2003, p. 34.

uma relação que não descaracterize a exterioridade e a transcendência da alteridade do outro em sua radicalidade.”⁵⁵

Um dos fundamentos básicos de uma idéia correta de Administração é o respeito à dignidade humana. Sem que se dê o devido valor à condição de pessoa; sem que se observe o homem como o outro habitante da mesma realidade, como o próximo, como o ente irmanado na construção de uma mesma realidade, um todo maior do que a soma de seus componentes, não se construirá uma Administração positiva e eficaz.

É o atingimento eficaz dessa alteridade que se tem obstaculizado pelo excesso de vinculação pregado cotidianamente *intra muros* de nossa Administração. Necessário é aumentar a faixa de discricionariedade, dotando o servidor público de maior poder de decisão; discricionariedade que aumentar-lhe-á a responsabilidade. Poder-se-á obter o almejado escopo com muita segurança, se aperfeiçoarmos os serviços jurídicos dos órgãos públicos, para que prestem consultoria cotidiana às autoridades administrativas. Do mesmo modo que uma empresa particular deve saber como agir para evitar futuros conflitos, também à entidade pública lhe devem ser mostrados os caminhos da prevenção; do mesmo modo que uma empresa particular deve ser conscientizada de como agir na melhor forma de direito, também a entidade pública deve ter presente o que deve exigir, onde pode ceder, quando deverá ir a juízo, quando deverá conciliar, quando deverá recorrer; tudo, à luz do interesse público. Faz-se extremamente necessário, aí, imprimir uma visão sistemática de direito, em que se estabeleça topicamente uma axiologia de valores.

⁵⁵ BATISTA, João Bosco. O tema do outro e da justiça em Emmanuel Levinas. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). *Problemas e teorias da ética contemporânea*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. p. 254. (Coleção Filosofia 170).

Dir-se-á, em contrapartida, que a interpretação da lei é atividade exclusiva do Poder Judiciário? Não. Todos os operadores do direito trabalham impondo aos dispositivos legais uma significação. Na advocacia pública, são intérpretes de modo mais acentuado os consultores jurídicos, que a eles lhes cabe especialmente empreender esforços de hermenêutica.

Apenas no que tange à inconstitucionalidade é que existe maior restrição à exegese administrativa, conforme se vê do voto do Ministro Moreira Alves lavrado na Decisão de Medida Liminar relativa à Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 221 (RTJ 151), *verbis*:

Os Poderes Executivo e Legislativo podem declarar nulos, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, atos administrativos seus, e não leis ou atos com força de lei, e quando declaram a nulidade desses atos administrativos ficam sujeitos ao controle do Poder Judiciário, e poderão ser responsabilizados pelos prejuízos advenientes dessa declaração se este entender que inexistente a pretendida ilegalidade ou inconstitucionalidade. Em se tratando de lei ou de ato com força de lei, os Poderes Executivo e Legislativo, por sua Chefia – e isso mesmo tem sido questionado com o alargamento da legitimação ativa na ação direta de inconstitucionalidade - podem tão-só determinar aos seus órgãos subordinados que deixem de aplicar administrativamente as leis ou atos com força de lei que considerem inconstitucionais.

O que se não pode é admitir uma Administração proibida de pensar, agrilhoada aos alfarrábios a ponto de obliterar todos os exercícios de semântica.

Um posicionamento modificado pela “insurreição ética” acima referida levaria o parecerista da entidade de direito público a mostrar a legislação afinizada com os elevados fins da instituição. Aqui guarda lugar a preleção de David Wilson de Abreu Prado, *verbis*:

Vislumbra-se, na elaboração teórica de Freitas, a mais nítida oportunidade de concretização dos valores insculpidos na Constituição, principalmente aqueles previstos nas denominadas normas programáticas, alvos de infundáveis controvérsias no plano jurídico-doutrinário. Ora, a partir do

momento em que o sistema jurídico é visto de forma hierarquicamente axiológica, os valores que estão no topo da escala normativa são os seus fundamentos últimos, que pela posição hierárquica superior deverão ter procedência na configuração do “programa normativo” (Müller) que resolverá o caso concreto. Dessa forma, uma vez que a lei contrarie a Constituição, bem como os valores aí consagrados, deverá adequar-se normativamente aos preceitos hierarquicamente superiores, sob pena, inclusive, de inconstitucionalidade. Nesse sentido, Haak, citado por Bonavides: ‘O método da interpretação conforme a Constituição permite aos juízes fazer valer a Constituição sem contudo anular a lei contestada – nem completamente, nem parcialmente – e sem aguardar que o legislador cumpra suas obrigações constitucionais.’⁵⁶

A idéia de interpretação sistemática é basilar na construção de uma hermenêutica eticamente inspirada. Necessariamente, casar-se-á a visão de sistema com a possibilidade de uma interpretação também tópica, na empreitada de uma devida configuração hierárquica dos valores constitucionais, somente possível a partir de argumentos tópicos que preencham os “conceitos abertos” do sistema jurídico-constitucional.

Propugna-se aqui, portanto, por uma interpretação conforme os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos (insculpados nos valores e princípios constitucionais), em que estes de fato conformem a decisão de qualquer instância judicial, como respeito ao sistema jurídico hierárquico-axiológico. Dar-se-á, assim, passo importante e imprescindível para a concretização dos direitos fundamentais, realizando-se os direitos sociais, estabelecendo-se amplas possibilidades de o Judiciário converter-se em implementador mais eficaz da justiça, abandonando o juiz vez por todas a acanhada e superada condição de “boca da lei”.

Extrai-se daí a fundamentação jurídica para o que se denomina ativismo judicial, ou seja, o obrigatório comprometimento dos juízes na construção política do

⁵⁶ PRADO, David Wilson de Abreu. Interpretação tópica e sistemática da Constituição. In: DOBROWOLSKI, Silvio (Org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 71 e ss.

desenvolvimento social, já que “o Judiciário, nos tempos atuais não se pode limitar a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos”.⁵⁷

Cristina Tereza Gaulia aponta, com propriedade:

Inaugura-se uma era em que ao Estado Democrático compete ‘assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a Direito segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.’

Entretanto, apesar dos 12 anos transcorridos desde a promulgação da Constituição Federal, em verdade – e aqui nos manteremos exclusivamente no campo jurídico – os ventos modernizantes não passaram de mera brisa, e a modernização almejada pelo Constituinte ainda não se per fez no campo próprio.

Os juristas, na universidade ou nos tribunais, ainda se recusam a desviar seus olhos da letra dos textos tradicionais, mor das vezes fossilizados e absolutamente desconectados da realidade social.

Pontua, com a pertinência que lhe é costumeira, o procurador de Justiça gaúcho Lenio Luiz Streck:

‘No Brasil, a modernidade é tardia e arcaica. O que houve (há) é um simulacro de modernidade. Como muito bem assinala Eric Hobsbawn, o Brasil é ‘um monumento à negligência social’, ficando atrás do Sri Lanka em vários indicadores sociais, como mortalidade infantil e alfabetização, tudo porque o Estado, no Sri Lanka, empenhou-se na redução das desigualdades. Ou seja, em nosso País, as promessas de modernidade ainda não se realizaram.’ (In Hermenêutica Jurídica e (m) crise, Livraria do Advogado, 2ª Edição).

Não perceberam ainda os magistrados, e os professores de nossas faculdades de Direito, que são, em última análise, os formadores, a médio e longo prazo, dos juízes de amanhã, que o mundo mudou, as pessoas mudaram e, por conseguinte, a aplicação concreta das normas legais tem de acompanhar essas mudanças.

Não basta ao juiz do século XXI o conhecimento memorizado dos textos de lei, tampouco lhe é suficiente o domínio da jurisprudência de todos os tribunais superiores. De igual sorte, se o professor universitário deste novo tempo for um mero repetidor de fórmulas decoradas, os novos operadores do Direito entrarão no novo milênio sem qualquer capacidade criadora ou interpretativa.⁵⁸

O que ora se disse do Judiciário pode-se dizer em relação à Administração.

Não há lógica que justifique frustrarem as próprias entidades públicas a concretização dos

⁵⁷ DOBROWOLSKI, 2000, p. 99.

⁵⁸ GAULIA, Cristina Tereza. A interpretação das leis principiológicas e a convicção político-ideológica do magistrado. *Revista Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 5, n. 11, 2º semestre 2001.

direitos fundamentais. O ser humano, onde quer que esteja, deve ser elemento de mudança. A cada um compete deixar no mundo a marca de sua presença, a sua colaboração num processo de otimização. Somente os animais devem conformar-se com a satisfação das necessidades primárias; o homem há de querer mais, há de dilatar os horizontes da alma na persecução de objetivos que transcendam os limites mesquinhos do “eu”. Se há desideratos constitucionalmente postos no sentido de que assegurado o caminho de uma vida digna para todos, hão que trabalhar todos, juízes ou não, para refletir o ideal no universo da realidade.

Pode-se afirmar, pois, que a morosidade do Judiciário se deve em grande parte a um comportamento viciado dos demais órgãos componentes do complexo sistema de relações públicas que envolvem a prestação da Justiça. Se, de um lado, critica-se o advogado que busca engenhosos meios de obstaculizar o andamento do processo, que se pode dizer de uma advocacia pública que, lamentavelmente, discute até mesmo a liberação de valores de uma execução que restaram incontroversos? Não causa espanto o fato de que se aplicam sanções pecuniárias a entidades de direito público em razão de litigância de má fé?⁵⁹

⁵⁹ Na jurisprudência, tornam-se cada vez mais comuns as penalidades processuais contra a Administração, fundadas em litigância de má-fé, conforme exemplificam os seguintes julgados: “SEGURO-DESEMPREGO. CARÊNCIA DE AÇÃO. LEVANTAMENTO DO BENEFÍCIO. COMPROVAÇÃO DE RENDA.

1.O envio do benefício do seguro-desemprego à agência localizada em outra cidade que não o domicílio do autor é o mesmo que lhe negar o benefício, não se podendo falar em ausência do interesse de agir.

2. A carteira do trabalho faz prova juris tantum, que somente pode ser elidida por prova inequívoca em contrário.

3. Hipótese em que a União, vinculada aos motivos determinantes do seu ato, litiga contra fato incontroverso e, opondo resistência injustificada ao processo, incide nas penas de litigância de má-fé.” (AC 95.04.17016-1-RS, rel. Juiz Federal EDUARDO VANDRÉ O.L.GARCIA, TRF4, DJU 23.06.1999, p. 829).

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CARÁTER MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIO. PENALIDADE MULTA. ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.

Ainda, aos 31 de outubro de 2005, o jornal “O Globo” publica matéria da jornalista Regina Alvarez afirmando que ao Estado cabe a principal responsabilidade pela morosidade do Judiciário.⁶⁰

A cura para os males que a Administração aponta está em cultivar-se um *animus* participativo, solidário, construtivo. É preciso “reinventar” a alma das instituições, ou seja, ressuscitar os pressupostos fáticos que a elas lhes deram origem. Chegar-se-á a obviedades esquecidas, como o fato de que a Previdência Social foi criada para prestar benefícios; ou a constatação de que o Direito Tributário existe para propiciar meios de o contribuinte defender-se dos excessos de poder do Estado.

O “amar ao próximo como a si mesmo” não é uma cantilena de apelação romântica; é efetiva fórmula de vivência social; é caminho de encontro do homem consigo mesmo; é receita eficaz de vida.

1. Os embargos declaratórios não se prestam ao propósito de reexaminar pontos sobre os quais já houve pronunciamento.

2. É cabível a imposição de multa em face do manejo de recurso com intuito manifestamente protelatório.

3. *Embargos de declaração rejeitados; condenada a embargante no pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa, com fulcro no art. 538, parágrafo único, do CPC.*”(AI 2003.04.01.012266-8-RS, de minha relatoria, DJU 03/03/2004).

⁶⁰ ALVAREZ, Regina. OAB - Governo é culpado pela lentidão do Judiciário. O Globo, Rio de Janeiro, 31 out. 2005. “BRASÍLIA. O Presidente Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Roberto Busato, atribui ao poder público – incluindo a União, estados e municípios – a principal responsabilidade pela morosidade do Judiciário. A declaração foi feita a propósito do resultado da pesquisa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), publicada pelo GLOBO ontem, que revelou que 48,9% dos juízes consideram a Justiça lenta e 59,8% acham que a relação do governo com o Judiciário é ruim.

Busato disse que o poder público é o campeão de processos nos tribunais brasileiros, informando que 80% do movimento forense são gerados por ações públicas: - O Poder público no Brasil é o maior litigante de má-fé que existe. É preciso que o Congresso aprove uma legislação que evite que ele sempre recorra das decisões, principalmente quando tem certeza absoluta de que vai perder – afirmou.

A OAB defende uma reforma infraconstitucional (de leis complementares e ordinárias que regulam os artigos da Carta), que atinja os códigos processuais em uso no país para tornar a Justiça mais ágil e destaca que o primeiro passo, que era a aprovação da reforma do Judiciário, foi dado. O presidente da entidade chama a atenção para a economia de recursos que uma mudança de atitude por parte do poder público provocaria”

A filosofia moderna deixa bem claro que o *ser* guarda dependência do *outro*; somente se *é com*. O homem competitivo, pragmático, egocêntrico, frustra-se porque vive contra o *outro*. Sintomas disso são *stress*, consumismo e alienação induzida pelas drogas legais ou ilegais. A construção de um homem novo inicia-se por uma consciência ética, por uma estrutura de valores que o situe no mundo, que lhe dê razão de viver e sentido finalístico à existência. Uma instituição também se frustra quando desvirtuada em sua finalidade, quando adquire uma vontade própria diversa daquela que lhe deu gênese e, em decorrência, passa a pensar com uma perversa lógica distorcida, que a faz ser um fim em si mesma, e não um instrumento de persecução dos ideais inspiradores em seu nascedouro.

Há um estado ético individual e uma ética social. O homem da Grécia antiga considerava a *polis* como imbricada na natureza. Em Aristóteles, a moral forma parte da ciência da política porque a vida individual só se pode realizar dentro da cidade; o bem particular somente existe em interação com o bem comum. A felicidade individual somente deixa-se alcançar na medida em que se afina com o bem-estar coletivo, e constitui a suprema justificação da vida do homem.

Para que se delineie um quadro onde se possa perfeitamente alcançar a transformação ética que se faz necessária, há que se revisitar a idéia de ser, observando que há um dever-ser-ético, uma diretriz que leva ao *ser* em maior intensidade. Convida-se aqui o leitor a um questionamento sobre o existir e as razões do existir, sem o qual não se alcança a necessidade de reformular valores, indispensável ao redirecionamento da Administração.

1.2.1 Visão Filosófica do Ser

O ser, que Hegel diz “imediatamente indeterminado”, é, paradoxalmente, o conceito mais obscuro. Heidegger, em “O Ser e o Tempo”, revisita a pergunta básica da ontologia: o que é o *ser*? Encontramos o *ente*, logramos conhecê-lo ainda que em sua representação, diversa da essência; mas o *ser* refoge à definição, exatamente porque a pergunta nasce viciada em sua gênese, formulada um instante antes de tornar-se possível: há que existir, primeiramente, alguém que *é* e que a si mesmo se pergunta; o resultado é a perplexidade. Na tentativa de explicar o conceito de *ser*, fez-se sua objetificação (entificação).

O *ente* nada pode acrescentar ao *ser*, inferior que lhe é em hierarquia. O *ser* não é algo como um *ente*. O *ser* não ocorre logicamente. O *ser* de um *ente* não é ele mesmo um *ente*. A realidade vem antes de toda e qualquer representação. Mas, na medida em que incorporamos o que conhecemos, categorizamos, catalogamos, dilatamos o *ser* e, na integração entre sujeito e objeto, estabelece-se a paz.

No entanto, existe o *outro*. O *outro* que não somente responde, mas que também interroga; e, em interrogando, desafia. A relação com o *outro* não é uma relação necessariamente de paz; o *outro* é quem ocupa espaço de *ser*; é quem também *é* e quer *ser*. Se o *ser* aí inclui um *procurar por*, um *ser com*, guarda também uma necessidade de afirmação, que conflita, que compete, que agride. E, no entanto, o *outro* adentra nosso universo de *ser* e, em o fazendo, imbrica-se em nosso *eu*, dilatando a existencialidade. A relação entre o *ser* e o *outro* sugere John Donne⁶¹ (“nenhum homem é uma ilha”; “a

⁶¹ DONNE, John. *Devotions upon emergent occasions* (Meditations XVII), 1624.

morte de qualquer homem me diminui”). A destruição do outro desfaz o mundo do outro em mim; quem mata o outro mata-se um pouco também em si mesmo.

O *ser aí* é *ser com*. Mas ser com significa renúncia de autenticidade. O *ser-com-os-outros* implica submissão aos outros no viver cotidiano.

Paga-se tributo a uma receita de ser imposta por uma aceitação coletiva que, ao mesmo tempo que dispensa justificativa, retira de cada um o fardo da responsabilidade. Mas, nesse “*a gente*”, perde-se a própria identidade do *ser*.

Heidegger houve como primeiro escopo, que logrou bem atingir, recolocar a filosofia na posição dominante da qual os jovens hegelianos a haviam retirado. A dessublimação do espírito foi realizada como uma reabilitação do exterior ante o interior, do material ante o espiritual, do ser perante a consciência, do objetivo ante o subjetivo, do sensível ante o entendimento e da empiria ante a reflexão.

Os destinos históricos de uma cultura ou sociedade são determinados em seus sentidos respectivos por uma pré-compreensão coletivamente vinculante de tudo o que pode acontecer no mundo. É uma pré-compreensão ontológica que depende de conceitos básicos formadores do horizonte que quase prejulgam o sentido do *ente*. A época que apelidamos moderna passa a ser definida como aquela em que o homem se tornou meio e medida do *ente*. O homem é aquilo que subjaz a todo *ente*; isto é, na era moderna, a toda a objetivação e ao que representa o *subjectum*.

A contribuição mais importante de Heidegger consiste em classificar a dominação moderna do sujeito de acordo com uma história da metafísica. Descartes encontra-se, por assim dizer, a meio caminho da consciência de si como o fundamento absolutamente seguro do representar; assim, o *ente* em sua totalidade passa a constituir-se

do mundo subjetivo dos objetos representados. A verdade passa a ser certeza subjetiva. Combate Heidegger a razão centrada no sujeito, havendo como irrelevante a diferença entre a razão e o entendimento.

A mesma compreensão do *ser* que incita a modernidade à expansão ilimitada do seu poder de controle obriga a que, no âmbito da subjetividade, estabeleçam-se vínculos que sirvam de garantia a seu procedimento imperativo. Abandonam-se aí os conteúdos universalistas do humanismo, do esclarecimento e do próprio positivismo, por um lado, e das idéias particularistas de auto-afirmação do racismo e do nacionalismo. O *ser* decompõe todas as orientações normativas em pretensões do poder, do desejar *mais ser*.

A metafísica passa, com Heidegger, a ter princípio e fim. O tempo passa a importar. O início dos tempos modernos situa-se pelo corte produzido pela filosofia da consciência, iniciada com Descartes; e a radicalização nietzscheniana dessa compreensão do ser faz-se marco do tempo mais recente, o qual determina a constelação do presente.

O messianismo de Nietzsche, que ainda deixava espaço para que se acelerasse a busca de salvação, transforma-se, no sentir de Heidegger, na expectativa apocalíptica da entrada catastrófica do novo, utilizando-se do mito romântico do *deus ausente*, para fazer a separação entre o *ser*, que sempre fora compreendido como o *ser* do *ente*, do próprio *ente*. Somente o *ser* que se distingue de modo hipostático do *ente* pode assumir o papel de Dioniso, o deus ausente. O *ente* é abandonado pelo próprio *ser*, num distanciamento que alcança completamente o *ente*, não daquela espécie de homem que representa o *ente* como tal, em cujo representar escapa-lhe o próprio *ser* em sua verdade. A ausência do *ser* é vista como o próprio *ser* enquanto ausência.

Heidegger, todavia, não entende a destruição da história da metafísica como crítica desmascaradora, ou a superação da metafísica.

Segundo Heidegger,

*a pessoa não é uma coisa, uma substância, um objeto. Com isso, acentua-se o mesmo que Husserl sugere, ao exigir para a unidade da pessoa uma constituição essencialmente diferente do que é exigida para as coisas da natureza... Pertence à essência da pessoa existir apenas no exercício de atos intencionais... O ser psíquico não tem, portanto, nada a ver com o ser-pessoa. Atos são executados, a pessoa é executora de atos.*⁶²

Avançando no tema, o filósofo indaga qual o sentido ontológico de “executar”, como se determina, de modo ontologicamente positivo, o modo de ser da pessoa? Daí deduz a noção de *ser-pessoa* enquanto *ser no mundo*. No início da obra “Ser e Tempo”, Heidegger, primeiramente, confere à problemática transcendental um sentido ontológico. A “Crítica da Razão Pura” de Kant passa a ser, então, uma “lógica objetiva *a priori* da região de ser que é a natureza”. Empresta-se coloração ontologizante à filosofia transcendental, que assim se torna inteligível, a considerar-se que as próprias ciências não se originam das operações cognoscitivas flutuantes, como afirmara o neokantismo, mas estão assentadas em contextos de vida concretos: “*As ciências são modos do ser-aí.*”

Num segundo momento, Heidegger confere ao método fenomenológico uma diretriz de hermenêutica ontológica. Fenômenos só aparecem indiretamente. O que aparece é o *ente*, que justamente encobre o *como* do *ser-dado* desse *ente*. Os fenômenos refogem ao conhecimento direto, pois que, em seu aparecer ôntico, não se mostram realmente como são. A fenomenologia diverge das ciências exatamente por não guardar

⁶²HEIDEGGER, Martin apud STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1990. p. 84.

relação com espécie qualquer de fenômenos, mas com a explicação daquilo que se oculta em todos os fenômenos. A fenomenologia trata do *ser* dissimulado pelo *ente*.

Prosseguindo, Heidegger associa a analítica do *ser-aí*, que procede ao mesmo tempo de modo transcendental hermenêutico, a um motivo da filosofia existencial. O *ser-aí* humano entende-se a si mesmo a partir da possibilidade de ser ou não ele próprio. O conflito instaurado é entre a autenticidade e a inautenticidade. Existe um tipo de ente cujo *ser* “*há de ser*”, o *ser-aí* humano de apoderar-se do horizonte de suas possibilidades e responsabilizar-se pela sua própria existência. Quem tenta evitar o conflito decide-se pelo “*deixar-se levar*”, entrando em decadência. É preciso o cuidado (Sorge) com a própria existência, com a responsabilidade que cada um tem de fazer a própria história, exercitando o mais possível sua capacidade de ser, dilatando suas dimensões (potencialidades de ser).

Ernilo Stein preleciona, *verbis*:

*Heidegger sabe que o novo paradigma que ele instala com a proposta de sua fenomenologia existencial envolve uma espécie de redução das pretensões do conhecimento metafísico. A definição do homem como cuidado, que é o resultado da analítica existencial provisória, já supõe um corte que denomino, na falta de um termo mais adequado, de ‘encurtamento hermenêutico’. Ao definir o homem como cuidado, Heidegger já praticou a exclusão do mundo teológico e a forclusão do mundo natural de sua filosofia. Com isso, ele passa a desenvolver sua analítica entre duas rupturas, ou duas faltas: o modelo teológico ausente suprime a possibilidade do adjetivo ‘racional’ aplicado ao homem, e a forclusão do mundo natural afasta o adjetivo ‘animal’ de uma possível definição de homem. É assim que o filósofo liquida com a definição metafísica do homem, o homem apenas referido na auto-reflexão. A auto-referência surge com o fato de ser-no-mundo. O homem não é mais exterior a si mesmo como observador. Está referido a si como ‘tarefa de ser’. ‘To be or nor to be’.*⁶³

⁶³ STEIN, 1990, p. 84.

Ricardo Timm de Souza⁶⁴ apresenta preciosa abordagem a respeito da alteridade, que conduz a uma série de questionamentos fecundos. Aponta que o *outro* chega repentinamente, frustrando todas as tentativas possíveis de anular sua presença e relegar seu sentido. É o *outro* que adentra o mundo do *ser*, sem permissão, que desafia o *ser*, que pode dizer “*não*” ao “*sim*” interno do *ser*. O que o *outro* representa originalmente frente ao *ser* é um problema concreto, que “desestabiliza as certezas da minha inteligência”. O que o *outro* é não se alcança; e, porque se não alcança, é indizível. Sabe-se do *outro* apenas o que dele se pode captar, perceber, classificar. Muito embora o abismo criado pela impossibilidade de perceber a essência do *outro*, de compreender sua íntima natureza, há a real possibilidade de uma aproximação, a mágica faculdade do encontro.

Ricardo Antônio Lucas Camargo apanhou com maestria a necessidade de vivência filosófica que direciona a realização pessoal em direção ao outro, apontando, *verbis*:

Aqui, a presença do outro é essencial, mesmo no plano fático, pois de uma posição deste em relação ao eu depende a realização da vontade deste.

O outro como espaço do não-eu, como negação do eu, como limite humano do eu, comparece para nos lembrar, como diz Tarcísio de Miranda Burity, que ‘todos estamos mergulhados na mesma condição humana. E saída para uma convivência pacífica consistirá no reconhecimento da igualdade entre todos, o que faz limitar o espaço de liberdade de cada um e, em consequência, reconhecer o valor do outro como um ser dotado de inteligência e de senso de moralidade, o qual não pode ser instrumentalizado por ninguém.

É interessante observar que esta visão do outro como um ser dotado da mesma dignidade que o eu aparece identificada como um traço aproximativo entre os pensamentos de Buddha, Confúcio e Zoroastro.

Esta consciência da interação social é a chave para alcançar-se uma consciência ética.⁶⁵

⁶⁴SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 56.

⁶⁵CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia pública, mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. p. 28.

Das idéias acima lançadas, pode-se extrair um fio condutor, que leva da filosofia à ética do existir, impondo como conclusão as seguintes diretrizes: (a) da análise ontológica de nosso estar no mundo, surge uma nova filosofia, que supera a metafísica, mas não a elimina, podendo mesmo com ela coexistir; (b) observando o *ser* como dinâmico, como existente no Tempo, dotado pois de presente, passado e futuro; e, mais ainda, observando que o *ser* é aberto a acrescentamentos, que se pode sempre *ser* mais, desenvolvendo potencialidades, deparamos com a responsabilidade de cuidado, para que não anulemos as chances de *mais ser* no sentido positivo; e (c) na mágica do encontro com o *outro*, a diferença é que permite a disponibilidade, a abertura em relação ao *outro*, imperativo ético de realização do *ser*.

Conforme está visto, é o *estar no mundo*, o *estar com*, que nos oferece a lógica do existir, ao mesmo tempo opondo limites e descortinando horizontes. Tem-se já, neste estudo, um norte que leva ao que é moralmente correto (ética) e um *ser* que há de seguir tal bússola na procura da própria realização. Mas o estágio alcançado abre novas portas de indagação: a imprescindibilidade da ética alcança apenas o *ser* individualmente considerado, ou haverá também uma ética do coletivo, da organização social, do próprio Estado? É o que ora se passa a examinar.

1.3 ÉTICA DAS INSTITUIÇÕES

Para perfeito entendimento do tema, cumpre responder, primeiramente, a esta pergunta: Existe um comportamento ético das pessoas jurídicas, ou apenas os indivíduos podem ser indagados quanto à eleição dos comportamentos sob o crivo dos preceitos de conduta? Mostra-se indefensável, hoje, a tese de que somente a pessoa

natural guarda arbítrio para a escolha entre o bem e o mal, o certo e o errado, o justo e o injusto. Verdade é que a pessoa jurídica, *fictio iuris* que é, trilha o caminho que lhe destinam as pessoas físicas que as regem, mas é notório que se cria uma política própria, uma filosofia de agir, diretriz da presença da entidade moral no universo das relações sociais.

Hodiernamente, há uma tendência de superar o jargão *societas delinquere non potest*, e países como os Estados Unidos, Canadá, Nova Zelândia, Áustria, França, Venezuela, Portugal, Grã-Bretanha, Irlanda do Norte, Holanda e Itália já contemplam em suas legislações crimes praticados por pessoas jurídicas. Natália Paludetto Gesteiro, estudando profundamente o tema, afirma que parte da doutrina (Paulo Affonso Leme Machado, Gilberto Passos de Freitas, Sérgio Salomão Shecaria, Antônio Evaristo de Morais Filho, Fausto Sanctis, Walter Claudis Rothemburg, José Afonso da Silva, Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Pinto Ferreira, entre outros) entende que a Constituição Federal prevê nos artigos 173, § 5º e 225 (§ 3º) a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, o mesmo ocorrendo na Lei nº 9.605/98 (art. 3º, principalmente), que regulamentaria o mesmo instituto de direito em relação aos crimes ambientais. Juristas de escol, contudo, segundo a mesma professora de direito, tais como o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Cezar Roberto Bitencourt, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira, Luiz Regis Prado, José Carlos de Oliveira Robaldo, William Terra de Oliveira e René Ariel Dotti, defendem a tese contrária, apontando o último fatores que, a seu sentir, impossibilitariam a responsabilização da pessoa jurídica no Direito Brasileiro, tais

a dificuldade de investigar e individualizar as condutas nos crimes de autoria coletiva que se situa na esfera processual e não na material; a quebra do princípio da isonomia, bem como o princípio da humanização da pena e do princípio da personalização da pena; o fato de que o legislador definiu o momento do crime com base em ação humana, o que dificultaria

*localizar o crime no tempo; a dificuldade em se identificar o lugar do crime em casos em que a pessoa jurídica tenha diretoria e administração em várias partes do território pátrio ou de se identificar o lugar onde foram cometidos os atos de execução do crime no caso de se adotar a teoria da ubiqüidade, entre outros.*⁶⁶

Ainda que registrando meu posicionamento no mesmo sentido apontado por Natália Paludetto Gesteiro, o de que a responsabilização da pessoa jurídica afronta diversos princípios constitucionais, especialmente o da intervenção penal mínima (*ultima ratio*), deixo de aprofundar aqui a discussão, pois que, para o desenvolvimento deste trabalho, o que aqui importa é a existência da celeuma, a deixar bastante claro que, quer criminalizáveis ou não, parece-me unívoco que há comportamentos de pessoas jurídicas que são moralmente condenáveis. Daí já se pode deduzir que as entidades públicas, pessoas jurídicas que são, também estão sujeitas a um alinhamento ético.

O comportamento ético transcende, pois, o indivíduo. Na estruturação de uma coletividade em Estado, há uma relação de direitos e deveres não-somente entre os indivíduos entre si, mas também entre o indivíduo e o Estado; se há deveres frente ao Estado, há também direitos. É óbvio que o Estado deve guardar um sentido finalista de persecução do bem comum; é irrecusável que o autoritarismo, o abuso de poder, o desrespeito à esfera de direitos individuais, a supressão das liberdades essenciais, a negativa de direitos fundamentais, tudo isso foge ao campo da ética. O nazismo e o fascismo deram já dolorosos exemplos do quanto nocivo pode ser o Estado quando abandona os preceitos éticos e distorce suas próprias finalidades.

⁶⁶ PALUDETTO GESTEIRO, Natália. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Escritório Online*, Brasília, 16 nov. 2004. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5362> Acesso em: 10 nov. 2006.

Em grau menor, mas evidenciando o mesmo fenômeno, estaria o posicionamento do legislador que, em âmbito tributário, instituisse ônus inconstitucional fundado na maquiavélica certeza de que nem todos reclamariam em juízo, constituindo “lucro” para o Tesouro o locupletamento às custas daqueles que não perseguem seus direitos. Igualmente exemplificativa a atitude de um agente público que, nos meios de imprensa, afirme o que seja favorável ao Governo e omita aquilo que prejudicial.

Existem, sim, circunstâncias em que agentes políticos, ainda que acreditando agirem na defesa do interesse público, perdem-se por veredas de lamentáveis deslizes éticos. Pode-se, portanto, identificar uma ética da Administração; pode-se propugnar por um Estado ético.

Em tal escopo, primeiramente cumpre estudar semanticamente o termo “Administração”. Conceituá-la é tarefa muito bem desempenhada por Nadine Poulet-Gibot Leclerc,⁶⁷ em estudo onde se vislumbram duas abordagens: a primeira, material, que tem a Administração como um conjunto de atividades jurídicas e materiais sob a responsabilidade das autoridades públicas, complexo cujo entendimento varia em função da natureza, intervencionista ou não, do Estado (o Estado-polícia guarda misteres delimitados, que são a manutenção da ordem pública e a defesa da coletividade nacional contra os perigos externos e o Estado-providência incumbe-se de responder às necessidades da vida social); e a segunda, sistêmica, que a tem como o conjunto de pessoas físicas ou jurídicas que participam das tarefas administrativas (as pessoas físicas são os servidores públicos, os agentes públicos organizados em estrutura hierarquizada; as pessoas jurídicas compreendem o Estado, as coletividades locais, os estabelecimentos

⁶⁷LECLERC, Nadine Poulet-Gibot. *Droit Administratif, sources, moyens, contrôles*. Paris: Bréal, 1995. p. 8, tradução livre.

públicos; havendo, ainda, pessoas de direito privado que gravitam em torno da administração: as associações que são encarregadas de atividades de interesse geral).

Em resumo, consideradas as duas abordagens, a mestre de conferências da Faculdade de Direito de Limoges define a Administração como “o conjunto organizado pelo qual as autoridades públicas promovem a satisfação das necessidades de interesse geral (bem comum)”.⁶⁸

Prosseguindo no estudo, destaca a ilustre professora que o fim da administração é o “interesse geral”, o interesse público. Os particulares agem com uma finalidade escolhida livremente; a Administração, no entanto, está a serviço do interesse público, da persecução do bem comum. A noção de interesse geral, público, é contingente, variando segundo as épocas, de acordo com a evolução da sociedade e conforme a concepção que dele façam os governantes do que é “bem comum”.

José Afonso da Silva aponta que

*a ética política é a ética da responsabilidade pelo todo, diz que o interesse mais fundamental há de ser satisfeito em primeiro lugar, primeiro hão de criarem-se as condições efetivas nas quais podem ser realizados os valores superiores individuais.*⁶⁹

O mesmo autor prossegue asseverando que a redução da ética política à ética individual, no Estado de Direito, assim como a ética de grupos de interesse, no Estado Social, propiciou o crescimento desmesurado da corrupção. A preponderância do utilitário, individualista (no Estado de Direito) ou corporativo (no Estado Social) traz como consequência o predomínio da chamada “Lei de Gérson”, que, no dizer da

⁶⁸ LECLERC, 1995, p. 11.

⁶⁹ SILVA, José Afonso da. Corrupção e o estado de direito (o caso brasileiro). In: *Livro de Estudos Jurídicos*. Rio de Janeiro: IEJ, 1993. v.7, p. 1.

propaganda comercial, pauta-se em que “o importante é levar vantagem em tudo”, com a decorrente crise de confiança, corroída toda a consciência moral das pessoas.

A nossa história recente registra páginas lamentáveis de longo período de ditadura. Segundo José Afonso da Silva, “a corrupção é uma íntima companheira das ditaduras”, assertiva a que acrescenta que “a vigência democrática efetiva é um pressuposto fundamental para a vigência da ética política”.⁷⁰

De fato, conforme o professor de direito supracitado demonstra amplamente, muito embora o regime militar houvesse como um dos principais pretextos a eliminação da corrupção, “foi apoiado e sustentado pelos políticos mais corruptos da vida pública do país”; e ainda hoje, numa demonstração extraordinária da capacidade que os corruptos têm de sobrevivência política, aí estão eles, os então governadores “indiretos”, os “filhotes da ditadura”, a exercer cargos importantíssimos, influenciando intensamente nos destinos do país. É de pasmar a capacidade de sobrevivência desses aproveitadores, que continuam a corromper o processo eleitoral, logrando elegerem-se com discursos mentirosos e alianças desonestas.

Apenas com a implantação de um Estado Democrático de Direito, no modelo esboçado na Constituição ora vigente, encontra-se o caminho para debelar a rapinagem dos corruptos; valores como a dignidade da pessoa humana devem prevalecer, instituindo-se um Estado ético, uma sociedade livre, justa e solidária.

José Augusto Delgado, já nos idos de 1964, em substanciosa preleção, averba:

⁷⁰ SILVA, José Afonso da, 1993, p. 10.

Não satisfaz às aspirações da Nação, a atuação do Estado de modo compatível só com a mera ordem legal. Exige-se muito mais. Necessário se torna que a administração da coisa pública obedeça a determinados princípios que conduzam à valorização da dignidade humana, ao respeito à cidadania e à construção de uma sociedade justa e solidária. Está, portanto, obrigada a se exercitar de forma que sejam atendidos os padrões normais de conduta que são considerados relevantes pela comunidade e que sustentam a própria existência social. Nesse contexto, o cumprimento da moralidade, além de constituir um dever do administrador, apresenta-se como um direito subjetivo de cada administrado.⁷¹

Prossegue o renomado jurista em ótica ainda hoje vanguardista, expressando que: a) não se mostra convincente, na atualidade científica, a assertiva de que a noção de moralidade ultrapassa a de legalidade; b) o valor jurídico do ato administrativo não pode estar à míngua do valor moral; c) a Administração Pública não está apenas sujeita à lei, devendo “vincular a gestão administrativa aos anseios e às necessidades do administrado, mesmo que atue, por autorização legal, como senhor da conveniência e da oportunidade”; d) o princípio da autoridade administrativa não deve ceder a posições doutrinárias que lhe ponham limites; e) o interesse jurídico contido no ato administrativo deve subordinar-se ao interesse jurídico da moralidade.⁷²

Jürgen Habermas, cuidando de responder à questão “como é possível legitimidade através da legalidade?” comenta:

A unidade das normas jurídicas, no seu todo é, já só, de caso para caso, acessível para uma apreensão reconstrutiva e orientada por princípios que não se encontra objectivada, como tal, no código civil. E, de facto, os programas teleológicos, orientados por regras, na medida em que o posicionamento jurídico programa as intervenções políticas, socialmente formadoras, com efeitos conseqüentes difíceis de prognosticar. Tanto os factos concretos, como as pretensões teleológicas abstractas, conseguem entrar na linguagem da lei; e características, anteriormente, jus-externas, são, cada vez mais, aceites nas decisões jurídicas. Esta ‘ascensão do objecto do direito’ (Ihering) liberta, por fim, a obrigação legal da justiça e da administração, outrora, possivelmente, não-problemática. Os tribunais de justiça têm de ser capazes de lidar com cláusulas gerais e fazer justiça

⁷¹ DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 701/34, p. 40, 1994.

⁷² DELGADO, 1994, p. 41.

perante, tanto a um maior número de contextos diferentes, como uma maior interdependência de proposições jurídicas desordenadas. Semelhante é válido para um 'agir administrativo situacionista'.

Quando antigamente se viam as qualidades formais do direito caracterizado pela sistematização do corpo jurídico na forma de uma lei, abstracta e geral, e por procedimentos rigorosos que limitam a opinião de juristas e funcionários, isso devia-se a uma forte estilização, que desde sempre, consubstanciou esta interpretação; porém, as alterações do sistema jurídico que surgem com o estado social, tinham também, obrigatoriamente, de abalar a autocompreensão liberal do direito formal. Até aqui podia-se falar de uma 'materialização' do direito num sentido, inteiramente descritivo. Decerto, Max Weber atribuía a esta expressão um sentido crítico, só por esta estabelecer duas relações explicativas: ele via, igualmente, fundamentada a sua racionalidade nas qualidades formais do direito; e a materialização significativa, para si, moralização do direito; isto é, a introdução de pontos de vista, de justiça material no direito positivo. Daqui resultou uma afirmação jus-crítica de que aquela racionalidade, inerente ao meio jurídico, é destruída na medida em que se estabelece uma ligação interna entre direito e moral.⁷³

O que se deduz, pois, da evolução do Direito é uma nova ordem em que o intérprete não mais se distancia dos fatos para uma posição de neutra imobilidade; é-lhe mister imiscuir-se no fenómeno histórico. Há que decidir entre acumpliciar-se com a injustiça dominante no sistema ou abraçar as causas sociais que apontam na direcção da “justiça justa”. As instituições devem ser morais e justas.

Há, nas relações entre o Estado e o particular, necessidade absoluta de confiança recíproca. Se o conjunto das actividades públicas, aquilo a que se costuma chamar Governo, aparece aos olhos do cidadão como mal inspirado, tem-se como consequência pretexto para actividades lesivas aos cofres públicos, conforme ocorre, v.g., em âmbito tributário, em que existe um caldo de cultura no sentido de que, para compensar as perdas decorrentes da sonegação, aumenta-se a carga tributária, em vez de incrementar-se a fiscalização. Quem se pretenda estabelecer como empresário já é adrede avisado de que impossível a sobrevivência honesta num mercado onde a regra é a existência do “caixa 2”, da “nota calçada” e de artifícios outros para eliminar ou reduzir

⁷³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

os ônus fiscais. Ao depois, o excessivo peso dos tributos impostos praticamente força o contribuinte a abandonar um ou outro: a atividade comercial ou a ética. A equação está a exigir um pacto de co-responsabilidade, um quadro de reciprocidade, um compartilhamento de mútuos deveres.

Quando se desenha o perfil do criminoso de “colarinho branco”, não basta o chamado “Psicograma de Mergen”, que nele vê características como materialismo, egocentrismo, narcisismo, dinamismo, audácia, inteligência, periculosidade, hipocrisia, neurose e consciência da culpabilidade. Dentre outros traços de personalidade que regem a conduta delituosa, André Luís Callegari (com fulcro em lição de Bajo Fernandez, Miguel e Bacigalupo, Silvina, “Derecho Penal Economico”, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 33 e ss.) aponta que tais delinqüentes

não consideram seus atos como criminosos, por diversas razões, quais sejam :a) acreditam que sua alta posição social lhes outorga um direito a violar a lei, sobretudo quando entendem perseguir um fim de interesse social (exemplo: aumentar as exportações); b) consideram a lei injusta ou irracional; c) porque o fato ilícito se comete com certa habilidade no grupo a que pertence (exemplo: fraude fiscal); d) porque tem uma imagem estereotipada do ‘criminoso’, que associa a classes inferiores e com a qual não enquadra a sua própria imagem.⁷⁴

Num exame de tais caracteres de personalidade, o que parece avultar é uma reação desonesta contra um Estado igualmente desonesto. Não se está aqui intentando uma defesa dos criminosos que praticam fraudes fiscais, que devem sofrer as penas da lei. O que se busca mostrar é que, em se tratando de conduta ético-jurídica, o exemplo há que partir do Estado. Houvesse um culto de valores maiores, uma atividade pautada em preceitos sadios, uma idéia de que o legal não satisfaz se não alcançado o justo, ter-se-ia autoridade para fazer nascer no cidadão a repulsa aos infratores que tão

⁷⁴ CALLEGARI, André Luís. *Criminologia e temas atuais de Direito Penal*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2005 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo IV).

perniciosamente privam o Estado dos meios de alcançar suas metas, inclusive no atendimento às mais prementes necessidades sociais.

Indagamos nós, agora: Que dizer de uma Administração que não devolve espontaneamente aquilo que lhe é indevidamente prestado; que dizer de uma Administração que cria percalços a uma execução restrita à parte incontroversa da condenação judicial; que dizer de uma Administração que, agindo como um devedor inadimplente em estado pré-falencial, procrastina o andamento de um processo em que nítido o direito do cidadão?

Numerosos são os preceitos éticos que vinculam o Estado; deste impende exigir-se uma atitude de honestidade, de obediência à lei, de fidelidade a seus elevados fins. Assim, podemos afirmar que a Administração deve pagar ao cidadão tudo o quanto lhe deve, até o último centil; ao mesmo tempo em que deve cobrar também tudo aquilo de que for credora. Muito embora, lamentavelmente, não se tenha no Brasil adotado tal comportamento, mais ético é devolverem-se *ex officio* quaisquer valores que o contribuinte tenha recolhido por engano aos cofres públicos, pois que a Administração não se deve apropriar daquilo que não lhe pertence por direito. Condenar o contribuinte que pagou a maior a uma *via crucis* judicial para reaver o indébito é atitude que colide com os mais comezinhos princípios éticos.

Do mesmo modo, infringe o dever ético uma Administração que adota, em seu departamento jurídico, uma política de recorrer indiscriminadamente de toda e qualquer decisão contrária à defesa da entidade pública, sem realizar um juízo de valor quanto à desejabilidade do resultado. Um órgão público que empeça ou procrastina a obtenção do direito do cidadão está a militar contra sua própria razão de existir. A

Administração existe para servir; e qualquer atitude contrária a esse escopo significa traição à própria finalidade dos órgãos públicos.

Em relação a seu comportamento no âmbito tributário, a Administração, forte em leis inspiradas, de um lado, pela necessidade de incrementar a receita, e de outro lado pela exploração demagógica do espírito repressor da maioria mal informada, atinge hoje elevadíssimo grau de truculência, partindo para a equivocada criminalização de ilícitos meramente fiscais, utilizando o Judiciário como instrumento de cobrança de tributos. Dirão alguns, buscando defender tal política, que se trata de uma tendência mundial. A generalização do erro não faz com que este se torne acerto. A verdade é que, no geral, o empresário brasileiro, verdadeiro herói que ousa assumir o risco de um negócio dentro de um país em constante crise econômica, quando mais cômodo seria viver de investimentos no mercado de capitais, passa imediatamente a ser bandido quando, por contingências do próprio mercado, além de perder tudo o que tem, ainda sofre a dolorosa humilhação de sentar-se no banco dos réus, em face de haver deixado de recolher tributos ficticiamente “descontados” de seus empregados.

Interessante notar que, na ânsia de “punir os sonegadores”, abandonam-se preceitos constitucionais basilares, afasta-se a presunção de inocência, adota-se a execrável responsabilidade objetiva. Exemplifica-o bem a criminalização do inadimplemento de tributos (“apropriação indébita” de impostos ou de contribuições sociais); inventa-se um “tipo” que não corresponde de nenhum modo a um evento doloso ou culposo; reputa-se delito uma atitude que em si mesma não condiz com o que se sói entender como crime. E, voltando-se aos tempos do Príncipe João e de Robin Hood, justiça e polícia constroem o contribuinte a cumprir pesadíssima carga de ônus fiscais.

No universo do Direito Penal, há um ente que se denomina “crime”, que está ao alcance do senso comum, e que tecnicamente se tem como “ação típica, antijurídica e culpável”.⁷⁵ Em relação à identificação de tal figura, não dispõe o legislador de discricionariedade absoluta para criar ou extinguir, para criminalizar ou descriminalizar condutas; possui, sim, um espaço de opção, mas uma faixa estreita, concernente à necessidade ou desnecessidade de considerar penalmente relevantes determinadas condutas. A ele não lhe é dado erigir em crime fato que naturalmente não implique numa eleição nociva de comportamento.

Poder-se-ia opor à afirmada existência do crime como ente a objeção de que significa ela um retrocesso a superato jusnaturalismo; que determinado fato passa a constituir crime quando a lei o define como tal. A respeito, Aníbal Bruno averba que

*(...) essa idéia de crimes naturais é repelida pela experiência e pela lógica. Todo crime resulta de uma definição legal. Não há ato, por mais imoral e agressivo que se apresente, que se possa chamar crime, se este caráter não lhe é atribuído por uma lei penal.*⁷⁶

No entanto, não se está aqui a defender a tese do “crime natural”; o que se assevera é que nem todas as condutas podem ser criminalmente tipificadas; que ao legislador compete colher da realidade cotidiana as atitudes que, por lesivas e dolosas (ou culposas) comportam tratamento penal. Segundo o mesmo Professor Aníbal Bruno “o crime oferece aspectos biológicos e sociais, além do jurídico, mas só quando a norma jurídica lhe impõe o seu imperativo, juntando-lhe como consequência a sanção penal, é que se o pode dizer verdadeiramente crime”.⁷⁷

⁷⁵MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1. 2003. p. 98.

⁷⁶BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Tomo 1º. 1967. p. 283.

⁷⁷BRUNO, 1967, p. 284.

Cumpre ao legislador, portanto, apenas um *plus* – a configuração e a sanção; não lhe é dado inventar crimes. Pode ele eleger, dentre as espécies incrimináveis, aquelas que, por maior relevância social, devem ser reprimidas e sancionadas. Daí a impossibilidade de um tipo que não contenha em si dolo ou culpa; ou que deixe tais elementos integrantes do tipo para demonstração *a posteriori*, invertendo-se o ônus da prova, estabelecendo responsabilidade objetiva.

Indaga-se, então: Como discernir se determinado fato é ou não penalmente considerável? A teoria finalista da ação soluciona bem a questão, situando o dolo no tipo. O crime traz em si ínsito o dolo (ou culpa). Percebe-se facilmente que, *v.g.*, o furto é uma conduta geralmente dolosa, que o homicídio, *v.g.* é, no geral, doloso ou culposo. Quando se observa, contudo, a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias ou de qualquer outro tributo, tem-se forçosamente de admitir que, na quase totalidade dos casos, quem não paga é porque não dispõe de recursos para fazê-lo; mesmo porque os consectários da dívida (juros, correção monetária e multa sobre o capital corrigido) despem de atrativos o inadimplemento.

A vedação ao confisco, o respeito à liberdade religiosa, as limitações ao poder de tributar, tudo se insere num Código de Ética cogente à Administração. Sérgio Ferraz empresta gênese autoritária ao Direito Administrativo Brasileiro, asseverando que o conceito de Direito Administrativo comumente adotado é o de “um ramo de direito público dedicado ao princípios e/ou normas que regem a atividade estatal de gestão”,⁷⁸ adotando cada jurista, para tanto, uma perspectiva que pode ser considerada anatomo-

⁷⁸ FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen L. A. (coord.). *Perspectivas do direito público* – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 291-306.

fisiológica: a estrutura (anatomia) do aparato administrativo e sua dinâmica (fisiologia) são os pólos da atenção. Julga o ilustre jurista que tal visão, que reputa ele apertada, não deixa espaço para o indivíduo, extremamente objetizado, olvidando-se que é exatamente no âmbito do Direito Administrativo que se travam os mais graves embates entre o indivíduo e o Estado (entre a autoridade e a liberdade).

Na seqüência de seu estudo, Ferraz⁷⁹ busca definir o que é mérito do ato administrativo, numa conceituação que envolve toda a gama de elementos contingentes e variáveis que a atuação administrativa apresenta; adentrando, aí, os dados de oportunidade e conveniência, de escolha de motivos, da utilidade, da finalidade, do móvel psicológico. Obviamente, temos aí uma fortíssima conotação ética, que há de seguir o grande norte de diretriz hermenêutica do Direito Administrativo: o interesse público. Surge, então, a importância de aquilatar o maior ou menor grau de vinculação ou de discricionariedade. Já se pode adiantar, aqui, que não admitimos vinculação absoluta, nem discricionariedade plena. O professor de direito sobre cujo trabalho ora nos debruçamos apresenta dois dados fundamentais no estudo do mérito do ato administrativo: o objeto (causa, conteúdo, adequação) e a vontade (motivo, fim); para, em seguida, invadir a *vexata quaestio* da possibilidade de interferir o juiz em áreas de oportunidade e conveniência, asseverando estar convicto de que há muitas hipóteses em que o ato administrativo tem de ser examinado sob o prisma da legalidade, com uma inflexão ou uma reflexão sobre o mérito.

Tem sido notável o progresso de doutrina e jurisprudência em relação à matéria ora enfocada. Quebrando antigos preconceitos, a cada dia mais se admite o

⁷⁹ FERRAZ, 1995, p. 297.

exame de atos de natureza marcadamente política, ao arripio de vozes conservadoras que pretendem possível uma delimitação completa entre o político e o jurídico. Principalmente agora, que a Lei Maior albergou mais enfaticamente os direitos fundamentais, a cujos dispositivos garantidores outorgou eficácia imediata, sempre se há de cotejar a *meta optata* imediata com os princípios maiores do direito à vida e da dignidade humana, que não devem ser simplesmente relegados a meras promessas vãs.

Recentemente, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região (processo nº 1999.04.01.014944-9) determinou, nos autos de ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal, a imediata implantação de um determinado programa de saúde destinado às comunidades indígenas, para evitar que continuasse a morte de índios, principalmente crianças.⁸⁰

⁸⁰ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO À SAÚDE. ARTS. 6º E 196 DA CF/88. EFICÁCIA IMEDIATA. MÍNIMO EXISTENCIAL. RESERVA DO POSSÍVEL. INAPLICABILIDADE.

1. Mesmo que situado, como comando expresso, fora do catálogo do art. 5º da CF/88, o direito à saúde ostenta o rótulo de direito fundamental, seja pela disposição do art. 5º, § 2º, da CF/88, seja pelo seu conteúdo material, que o insere no sistema axiológico fundamental - valores básicos - de todo o ordenamento jurídico.

2. Os direitos fundamentais, consoante a moderna diretriz da interpretação constitucional, são gravados pela eficácia imediata. A Lei Maior, no que diz com os direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações; houve a conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se vêem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

3. Consoante os novos rumos interpretativos, a par de dar-se eficácia imediata aos direitos fundamentais, atribuiu-se ao intérprete a missão de desvendar o grau de eficácia imediata dos direitos fundamentais, porquanto, mesmo que se pretenda dar máxima elasticidade à premissa, nem sempre se estará infenso à uma *interpositio legislatoris*, o que não ocorre, vale afirmar, na porção do direito que trata do mínimo existencial.

4. A escassez de recursos públicos, em oposição à gama de responsabilidades estatais a serem atendidas, tem servido de justificativa à ausência de concretização do dever-ser normativo, fomentando a edificação do conceito da "reserva do possível". Porém, tal escudo não imuniza o administrador de adimplir promessas que tais, vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, quanto mais considerando a notória destinação de preciosos recursos públicos para áreas que, embora também inseridas na zona de ação pública, são menos prioritárias e de relevância muito inferior aos valores básicos da sociedade, representados pelos direitos fundamentais.

5. A moderna doutrina, bem como autorizada jurisprudência, retirou força do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, deixando ao Judiciário a faculdade de examinar também a motivação, sob o aspecto da razoabilidade, tomando considerável espaço onde imperava a discricionariedade.

O que se não pode admitir é que o juiz substitua o administrador na normal eleição entre duas alternativas políticas viáveis. Mas a opção sempre sacrificará um dos direitos; e deverá sacrificar aquele menos relevante. Que dizer quando o prefeito municipal resolve construir a praça em frente à casa da namorada, quando existentes outros locais mais apropriados e com menor custo? Que dizer quando um candidato reprovado em um concurso mostra à clareza mais meridiana que respondeu corretamente as questões havidas como incorretas pela banca examinadora?

A Administração não pode ser vista como tirana do processo administrativo; não se há de tolerar a *reformatio in pejus*; não se há que abrir válvulas de desrespeito ao princípio da legalidade; não se concebe mais uma administração que negue vista dos autos aos advogados ou uma autoridade que se recuse a protocolizar uma petição, ou a expedição de uma certidão, agindo ao arrepio dos preceitos constitucionais.

Impossível aferir moralidade do ato administrativo sem exame de seus fundamentos. Ausência de suporte, insuficiência de motivo ou improcedência das razões alegadas maculam completamente o ato, retirando-lhe toda validade.

Para aferimento das questões de mérito, utilizam-se os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Aqui não se cuida de uma disputa entre a autoridade pública e o juiz para aferir-se quem administra melhor; o que faculta a ingerência do juiz na escolha administrativa é a ilicitude, é o confronto com princípios, normas ou regras, que fazem falecer espede ao ato, impondo a correção pelo Judiciário.

6. Dar provimento aos embargos infringentes para fazer prevalecer o voto vencido, cassando a sentença que havia indeferido a inicial, determinando o retorno dos autos ao R. Juízo de origem para prosseguimento da ação. (Embargos Infringentes em AC 1999.04.01.014944-9, rel. Des. Federal Valdemar Capeletti, acórdão de minha relatoria)

Dentre as evoluções mais expressivas da atual Constituição, está o dever de motivar as decisões, quer administrativas, quer judiciais. Como, segundo a teoria dos motivos determinantes, a administração quando pratica atos discricionários e os motiva fica vinculada às razões explicitadas, acreditamos que hoje já não se possa sequer falar em atos discricionários propriamente ditos; o que cabe, apenas, é aquilatar um maior ou menor grau de liberdade de opção do administrador na adoção de uma ou outra das alternativas. Na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello,

(...) o mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo. Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal. É o que se passa naqueles : a) contaminados por intuits pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercitada – pois à lei não são indiferentes os meios utilizados; c) que revelam opção desarrazoada – pois a lei não lhe confere liberdade para providências absurdas; d) que exprimem medidas incoerentes: 1. Com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar o juízo; 2. Com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. Com as decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismo, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedem ao necessário para atingimento de um fim. Em todos esses casos, a autoridade haverá desbordado o ‘mérito’ do ato, evadindo-se ao campo de liberdade que lhe assistia, ou seja, terá ultrapassado a sua esfera discricionária para invadir setor proibido. O ato será ilegítimo e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, pois estará colhendo, a talho de foice, conduta ofensiva ao direito, que de modo algum poderá ser havida como insindicável, pena de considerar-se o direito como a mais inconsequente das normações e a mais rúptil e quebradiça das garantias.⁸¹

É preciso, pois, libertar o agente público da obediência servil às regras escritas, adicionando-lhe um grau de discricionariedade bastante para que os pleitos dos cidadãos obtenham dele uma resposta; sem que se abra, contudo, vaza ao nefasto arbítrio.

⁸¹MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Desvio do Poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 172, 1-19 abr./jun 1988.

Deve o intérprete partir sempre do pressuposto de que as leis e regras são boas. O *dura lex sed lex* já não encontra em nosso universo jurídico o mesmo império de antanho. *Virtus in medius*, cumpre buscar as dosagens exatas de vinculação e de discricionariedade necessárias a tolher o abuso de direito sem engessar o Administrador no que tange à solução de problemas, sem que necessariamente estes se tornem conflitos.

Ricardo Timm de Souza expõe em termos candentes o distanciamento da ética de que padecem nossas instituições, *in verbis*:

Estas reflexões nos conduzem ao redimensionamento das próprias instituições já existentes. Quais das instituições existentes são fiéis à vida? Quais das instituições existentes promovem condições que permitem não só a sobrevivência dos indivíduos, mas a sua vida propriamente dita enquanto conteúdo de realidade mais próximo delas mesmas? Por outro lado, quais são as instituições atualmente vigentes que não fazem senão mutilar, ou mesmo impedir, que a vida possa se desenvolver em toda a sua exuberância? A resposta a esta questão é uma resposta decisiva, que nos conduz à reconfiguração histórica e social das instituições hoje existentes. Ressalteemos uma vez mais: evidentemente, temos para esta reconsideração um parâmetro muito claro de validade, e este parâmetro não pode ser senão ético. Instituições que têm vida própria e que funcionam como grandes, imensas, máquinas anônimas, a bem da produção de riquezas ou da reprodução do poder, nas quais os indivíduos não passam de números, autômatos ou engrenagens substituíveis, são instituições que nada têm a ver com a vocação humana, e, portanto, são instituições absolutamente antiéticas. Não têm como subsistir em um mundo pensado nos moldes que aqui estamos propondo. Pensar, por outro lado, no seu aperfeiçoamento, é algo que parece, até certo ponto, improvável. Na verdade, a instrumentalização da razão, a razão instrumental, tal como chamavam, por exemplo, Adorno e Horkheimer, é capaz de destilar monstruosidades onde as pessoas se sintam de certa forma pertinentes, sem que sua pertença seja concreta. Números que flutuam, símbolos que se substituem à carne e ao sangue de cada um de nós, estruturas estreitas, ordenações, lógicas anquilosadas, sistemas de poder, na verdade tudo isso se constitui numa espécie de repositório de neuroses sociais, que, uma vez examinado a fundo, revelará nada mais do que uma extrema violência de origem, uma totalização que conspira, em todos os sentidos, contra a vida.

(...)

Uma implementação, uma instituição, uma formalização, muitas vezes acaba por afastar os seres humanos uns dos outros, estabelece entre os indivíduos limites invisíveis que impedem a natureza das relações vitais mais fundamentais. Todavia, temos que reconhecer que, na complexidade do mundo atual, seria muito difícil sobrevivermos sem instituições reguladoras. O que é agora necessário, então, é que consigamos, com o crivo ético, no sentido que temos agora desenvolvido, ser capazes de criticar a fundo a

*lógica de constituição e perpetuação de toda e qualquer instituição, em nome da ética.*⁸²

O preclaro jusfilósofo guarda toda razão em emprestar tanta ênfase ao desanimador quadro que se mostra aos nossos olhos. Instituições carcomidas sobrexistem e perenizam-se desvinculadas completamente de seus rumos, afastadas de seus objetivos, à deriva, sem bússola que lhes outorgue sentido finalístico. É desolador o estado de abandono social em que se encontra o país, vampirizado pela agiotagem (interna e externa), curvado à vontade dos “investidores” (especuladores?), sacrificando no altar da usura os valores mais altos da cidadania, toda a tradição jurídica, todas as conquistas sociais duramente conseguidas no curso de toda a história. Tudo em nome de pretensos avanços econômicos, que não se refletem em benefícios nas mesas das grandes massas desassistidas.

O caos reinante dispensa cassandras que lhe vaticinem cataclismos, pois, sem válvulas naturais de liberação das tensões sociais, sem a via certa de reivindicações (os partidos políticos não representam correntes de opinião, sequer tendências ideológicas), com políticos governando segundo a mesmíssima consabida receita, resta a idolatria do bezerro de ouro, de um lado, e a revolta crescente de outro.

Já se disse mais de uma vez que a reforma do Judiciário guarda como escopo, antes que resolver problemas de morosidade, antes mesmo de objetivar uma otimização da prestação jurisdicional, tornar “previsível” o Judiciário, para maior segurança dos “investidores”. De perguntar-se, pois: Deverá o juiz, ao lavrar sua sentença, preocupar-se com a repercussão na bolsa de valores? Ou deve cingir-se à busca

⁸² SOUZA, Ricardo Timm. *Ética como fundamento* – uma introdução à ética contemporânea. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 31.

de uma solução justa para a questão posta? É de temer que se esteja neste país perdendo o senso de decência, de dignidade, que uma criança deve desenvolver logo no início de seu discernimento do mundo. Imagine-se, para ilustração, um jogo de futebol, com o estádio lotado, dependendo o time da casa apenas de uma vitória contra inexpressiva equipe visitante. Ocorrendo, já cumprido o tempo regulamentar, um pênalti contra o esquadrão local, que deverá fazer o árbitro? Um menino de sete anos de idade responderá que o pênalti deve ser consignado, mesmo que venha a estragar a festa, mesmo ao risco da própria integridade física do árbitro. Exige-o a ética.

O convite de Ricardo Timm de Souza, contido na citação acima, vibra forte em nosso espírito: cumpre repensarem-se as instituições.

Para repensá-las, devem-se observar, primeiramente, os recursos humanos de que se dispõe. Há que se traçar, pois, um perfil do servidor público.

Dentro de um órgão público, as posturas divergem, mas, no geral, os servidores são motivados, acreditam no que fazem, dedicam-se ao extremo, “vestem a camisa” da instituição. Mas, pouco espaço se lhes oferece para uma crítica das diretrizes; por mais doloroso que seja o “não”, por mais dramática que seja a situação, por mais que injusto o resultado, a tendência natural é que se comprazam com o simples “cumprimento do dever”, com espeque na instrução de serviço.

Mais que se tenha a Administração como vinculada às leis, mais que o servidor esteja cingido às ordens internas, tal sujeição não pode ser havida como absoluta, assim como a discricionariedade também não o é. A legalidade, ela mesma, não pode ser posta acima da justiça. Nada pode fazer com que se frustrem os objetivos da Administração pela simples obediência cega ao direito positivado; nada justifica que, *v.g.*,

a Administração reveja e casse benefícios previdenciários pagos durante décadas - a pessoas de idade avançada, esfacelando assim a segurança jurídica. Há que respeitar um prazo peremptório de caducidade, que iniba fique o aposentado com eterna espada de Dâmocles sobre a cabeça, sujeito a interpretações a respeito de relação jurídica objeto já de solução administrativa.⁸³ Muito tempo passou e longas discussões foram travadas até o advento da Lei nº 9.794, de 29 de janeiro de 1999, que estabeleceu em seu art. 54 um prazo de caducidade de 5 (cinco) anos; ressalvados, contudo, os atos em que evidente a má-fé. Tal exclusão, todavia, é de ser temperada segundo uma gradação de culpa, pois

⁸³ A jurisprudência, felizmente, já vinha, mesmo antes de regulada por lei a matéria, obstaculizando as tentativas de negativa, de cancelamento ou de redução de benefícios previdenciários em desobediência ao prazo decadencial, de que fazem exemplo os seguintes arestos:

“PREVIDENCIÁRIO. TEMPO DE SERVIÇO URBANO RECONHECIDO PELO INSS. DESCONSIDERAÇÃO DO RECONHECIMENTO POR OCASIÃO DO PEDIDO DE APOSENTADORIA. IMPOSSIBILIDADE. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A administração não pode rever decisão tomada anteriormente em regular processo administrativo em razão de simples mudança de critérios interpretativos, pois isso caracteriza ofensa ao princípio da segurança jurídica, inspirador da ‘coisa julgada administrativa’. Assim, não havendo demonstração de qualquer ilegalidade no reconhecimento administrativo de tempo de serviço, a administração não pode se negar a considerá-lo posteriormente.

2. Contando o segurado 30 anos, 09 meses e 20 dias de serviço, tem direito à concessão de aposentadoria proporcional por tempo de serviço, nos termos do artigo 53, inciso II, da Lei nº 8.213, de 24-07-1991, correspondente a 70% (setenta por cento) do salário-de-benefício, a contar do requerimento administrativo.

3. (...).” (AC 2002.04.01.0222627-5, Rel. Juiz Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, TRF4, DJU 15/03/2006, p. 682).

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REINGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO ANTERIOR À EC Nº 20/98. ACUMULAÇÃO DE PENSÕES. SEGURANÇA JURÍDICA. DIREITO ADQUIRIDO. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÕES AO PODER CONSTITUINTE DERIVADO. TUTELA ANTECIPADA.

- Por imposição político-constitucional e pelo princípio da segurança jurídica, é defeso ao poder constituinte derivado romper completamente com a ordem constitucional anterior e desconsiderar as situações jurídicas já consolidadas, devendo ser resguardado o direito adquirido.

- Há direito adquirido à acumulação de pensões, quando, após a aposentadoria, o servidor reingressa no serviço público em outro cargo, anteriormente à vigência da EC nº 20/98.

- A EC nº 20/98 assegura aos membros do poder e aos inativos que tenham ingressado novamente no serviço público por concurso de provas ou de provas e títulos, até a publicação da Emenda Constitucional nº 20, que teve lugar em 16 de dezembro de 1998, não se aplicando a vedação da percepção simultânea de proventos de aposentadoria com a remuneração de cargo, emprego ou função pública, devendo ser observado, no entanto, o limite previsto no art. XI do artigo 37 da Constituição da República.

- (...).”

(AC 2002.72.00.015267-8-SC, Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, relatora p/acórdão Desa. Federal SÍLVIA GORAIEB, DJU 07/12/2005, p. 879).

que é comum na Administração, máxime em âmbito previdenciário, reputar como “fraude” todas as irregularidades encontradas nos processos de benefício. Assim, v.g., o surpreender, em posterior revisão, de uma contradição em depoimento de testemunha tomado em uma justificação administrativa não se pode reputar em “fraude” a pretexto que se tenha por viciado o ato da concessão do benefício.

Almiro do Couto e Silva aponta a existência de “elementos realmente antinômicos no Estado de Direito”, exemplificando com institutos como a prescrição, a coisa julgada e a preclusão a prevalência da segurança jurídica sobre os ideais de justiça; ressaltando, contudo, que tal confronto apenas ocorre “quando tomamos a justiça como valor absoluto, de tal maneira que o justo nunca pode transformar-se em injusto e nem o injusto jamais pode perder essa natureza”, linha de raciocínio que faz coroar com a assertiva de que “segurança jurídica não é algo que se contraponha à justiça; é ela a própria justiça”.⁸⁴ O professor de direito, ao cuidar da possibilidade da Administração Pública anular seus próprios atos, averba que, na Alemanha,

*fora os casos de dolo, culpa etc., o anulamento com efeitos ex tunc é inaceitável e o com eficácia ex nunc é admitido quando predominante o interesse público no restabelecimento da ordem jurídica ferida, quando predominante o interesse público.*⁸⁵

O famoso caso Dame Cachet representa um marco histórico no que concerne ao tratamento legal, no Direito Francês, do poder da Administração de revogar seus próprios atos, apresentando as observações feitas pelo Conselho de Estado os seguintes trechos bem elucidativos:

⁸⁴ SILVA, Almiro do Couto e. Cadernos de Direito Público. *Revista da PGE*, Porto Alegre, n. 57, supl., p. 13-4.

⁸⁵ SILVA, Almiro do Couto e, p. 24.

A. – Si l'acte est régulier, il n'y a apparemment aucune raison d'admettre son retrait: aucune considération de légalité ne justifie qu'on revienne sur la décision initiale; le principe de non-rétroactivité doit jouer pleinement.

1° Il en est bien ainsi lorsque l'acte est non seulement régulier, mais créateur de droits: son retrait est impossible pour simple opportunité ([...] impossibilité de retirer un acte qui avait régulièrement rapporté une mesure disciplinaire; – Sect. 13 nov. 1981, Commune de Houilles, Rec. 410; A.J. 1982.79, chr. Tiberghien et Lasserre: “le maire ne pouvait retirer rétroactivement son arrêté... qui avait créé des droits au profit de l'intéressé et qui n'était entaché d'aucune illégalité”).

Cette règle rencontre des exceptions. La première résulterait d'une loi autorisant le retrait d'actes même créateurs de droits. La seconde tient à la demande de l'intéressé: l'auteur d'une décision peut la rapporter “lorsque le retrait est sollicité par la voie d'un recours gracieux et qu'il n'est pas susceptible de porter atteinte aux droits des tiers, pour lui substituer une décision plus favorable à l'auteur de ce recours” [...].

Le délai du retrait est le même que le délai de recours. Cette solution est logique: tant que l'acte est susceptible de recours, sa survie est menacée; elle peut donc être remise en cause autant par l'administration elle-même que par le juge.

On va voir que ce principe conduit à prolonger parfois la durée du retrait, mais qu'il comporte des restrictions.

[...]

Cette publicité peut combiner à la fois publication à l'égard des tiers et notification à l'égard des intéressés (Ville de Bagneux); normalement la publication suffit pour les actes réglementaires et la notification pour les actes individuels (C.E. 16 mars 1990, Ministre de l'agriculture c. consorts Machet, Rec. 69): le retrait n'est plus possible à l'expiration du délai de deux mois suivant la forme de publicité nécessaire.

Aqui, no que respeita às fontes históricas do nosso Direito Administrativo, tem-se o marco para determinação de um prazo para que a Administração revogue o ato por ela mesma praticado. Modernamente, a França vem reiterando a diretriz segundo a qual o tempo consolida os atos administrativos, imperando o princípio da segurança jurídica.

Couto e Silva⁸⁶ assevera que, na Itália, a jurisprudência apresenta-se cautelosa; aceita-se, sem controvérsia, ter a administração a faculdade e não o dever de anular seus atos ilegais, havendo situações relevantes em que o interesse público estaria a recomendar o não-exercício daquela faculdade; guardando, pois, o ato de anulamento natureza discricionária, constituindo mister da autoridade administrativa decidir em área

⁸⁶ SILVA, Almiro do Couto e, p. 31.

de oportunidade e conveniência. Ressalva, contudo, que um anulamento excessivamente tardio, quando já irradiados incontestavelmente seus efeitos por um período demasiadamente longo de tempo, padece de excesso de poder, cumprindo que se promova sua anulação. No que concerne a Portugal, averba o ilustre professor que o princípio da segurança jurídica aparece junto ao da legalidade da Administração Pública, até mesmo em se tratando de ato jurídico inexistente, e não apenas nulo.

Em relação ao Brasil, mostra-se um grande silêncio doutrinário sobre o destino a ser dado a situações irregulares, nascidas de atos administrativos inválidos, mas que são, por tempo considerável, toleradas pela Administração Pública, destacando-se Seabra Fagundes como um dos poucos que adentraram a matéria, tratando-se, porém, o anulamento ou a convalidação do ato como faculdade da Administração. Refere, ainda, José Frederico Marques, que externou entendimento de que o poder anulatório há de ser exercido em prazo razoável, como exigência implícita no devido processo legal. Após realizar um histórico da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do assunto, registra o nobre mestre de direito:

Finalizando, e em síntese: os atos inválidos praticados pela Administração Pública, quando permanecem por largo tempo, com a tolerância do Poder Público, dando causa a situações perfeitamente consolidadas, beneficiando particulares que estão em boa fé, convalidam, convescem ou sanam. Diante o ato inválido no nosso sistema jurídico, não me parece que tenha a Administração Pública, de regra, como é afirmado na doutrina, o poder e não o dever de anular o ato. O anulamento não é uma faculdade, mas algo que resulta imperativamente do ordenamento jurídico. Tanto isso é certo que, se do ato inválido resultou prejuízo para o patrimônio ou para os cofres públicos, como ordinariamente sucede, pode a autoridade que o praticou vir a ser responsabilizada pela via da ação popular. Se o ato de anulamento fosse facultativo ou discricionário, essa consequência jamais havia de produzir-se.⁸⁷

⁸⁷ SILVA, Almiro do Couto e, p. 31.

Contudo, um posicionamento radical no sentido da existência do poder-dever pode trazer como resultado, em muitas hipóteses, um comportamento absolutamente cruel, que o Judiciário certamente deve rever. Não pode a Administração, diante de um quadro em que, *v.g.*, se discute a difícil comprovação de tempo de serviço rural, abster-se de suprimir a única e parca fonte de sobrevivência de uma senhora de avançada idade? É preciso que o problema seja levado ao Judiciário? Não há uma consultoria jurídica que emita um Parecer dando respaldo à manutenção do bônus, mesmo diante de vícios formais, em nome dos princípios da segurança jurídica e da dignidade humana?

O desafio está em tentar uma reformulação da política administrativa, modificando-se a postura ideológica e aumentando-se o grau de resolutividade dos estamentos inferiores. A atitude administrativa de vinculação rígida, que olvida o sentido finalístico da entidade pública, traz como conseqüência, uma presença excessiva da Administração em juízo, forçando o advogado público, dotado de pouca autonomia técnica, a desenvolver teses absurdas, que sequer ele próprio em sã consciência acata, simplesmente para desempenhar o melhor possível seu papel, já que não lhe é dado espaço para fazer-se ele realmente um auxiliar da justiça, função constitucionalmente reservada ao advogado.

Em relação à presença do Estado em juízo, cumpre discernirem-se o Estado-parte e o Estado-juiz. O juiz não está subordinado tecnicamente ao órgão que lhe paga os vencimentos; não é seu mister zelar pelos interesses dos órgãos públicos que vêm à sua presença como partes, embora, obviamente, não possa ele ter os olhos fechados ao interesse público. A distância necessária para uma prestação jurisdicional isenta é obtida

quando o magistrado se cinge à sua elevada missão de dizer o direito, sem preocupações tendenciosas que o levem a beneficiar as entidades públicas.

O interesse público não coincide necessariamente com o interesse do órgão público. Essa dessintonia merece estudo. O interesse público é a grande diretriz do Direito Administrativo. Pode o órgão público defender pontos de vista que, embora satisfatórios a seus próprios interesses imediatos, contrariam valores maiores? A resposta há de ser negativa, muito embora algumas questões, na prática, não apresentem nitidez quanto à incidência do princípio de ordem geral. Nada, porém, justifica que o órgão público fique a discutir o pagamento de precatório concernente à parte incontroversa dos valores de uma execução.

Como regra, é vedada às partes a utilização de artifícios de chicana, de meios processuais menos nobres, viciados em seus objetivos. À Administração não se lhe perdoa infração aos preceitos da lealdade processual; infelizmente, a introdução de penalidades à litigância de má fé e ao abuso de defesa em nosso Direito Processual não evitou o prosseguimento de atitudes deletérias de alguns órgãos, existindo diversos deles submetidos a *astreintes* mais de uma vez pelo mesmo motivo.

Em época de prevalência inegável dos temas econômicos, os argumentos *ad terrorem* (v.g. o “rombo da Previdência”, a possibilidade de falência da Caixa Econômica Federal em caso de derrota nas ações do FGTS) com que a Administração tenta sensibilizar o Judiciário não devem lograr êxito. Não estamos aqui a defender o *fiat justitia pereat mundus*; é óbvio que o juiz deve atentar para as conseqüências de suas decisões. O que descabe é a encampação pelo Judiciário de argumentos extrajurídicos como pretexto para negar socorro àqueles que lesados em seus sagrados direitos.

Indaga-se, em prosseguimento: Qual é o interesse do INSS frente ao segurado que pleiteia um benefício? Dir-se-á que é o sucesso na demanda? Mas, se o segurado tem direito, a vitória da autarquia na lide não estará contrariando sua própria finalidade? Se lograr êxito contra um segurado que realmente tenha direito, não estará ela traindo sua própria razão de existir? O interesse público, no caso, não está em deferir o benefício?

A advocacia pública decalcou-se da advocacia particular, o que provoca distorções seriíssimas. A principal delas está no escopo de “ganhar” a lide, a índole emulativa do processo, que, em se tratando de entidades públicas, é absolutamente descabida. Instado o órgão por uma citação, não se tem oferecido ao advogado público a formulação de um diagnóstico sobre a lide, com um juízo de valor sobre a utilidade de uma defesa. Flagrante o direito do autor, inarredáveis as razões jurídicas que o socorrem, iterativa a jurisprudência pacificando a matéria contra a entidade-ré, por que apresentar defesa, por que utilizar artifícios procrastinatórios, por que recorrer em vão?

Não se pode deixar simplesmente escoar *in albis* o prazo de defesa, é verdade; imprescindível a presença tempestiva em juízo, mesmo que para expressar fundamentadamente o desejo de não contestar, não impugnar ou não recorrer. É que o representante da entidade pública em juízo não pode ficar exposto a indigações de desídia de prazo; há de deixar sempre claro que a ausência da peça jurídica apropriada foi objeto de decisão técnica consciente; e, não, de desleixo no cumprimento das obrigações de patrono.

Onde está, na esfera administrativa, a autonomia do advogado? Correto obrigá-lo a agir contrariamente à sua convicção? Alguém força um engenheiro a construir

uma estrada absurda? Alguém obriga um médico a fazer desnecessária cirurgia? A autoridade técnica dos profissionais liberais não deve ser respeitada? Por que o advogado deve agir contrariamente à sua opinião profissional?

Dir-se-á, em contrapartida, que as questões jurídicas são complexas, e que deixar a uma única cabeça a tomada de decisões quanto ao reconhecimento do direito da parte *ex adversa* implicaria grave risco de prejuízos aos cofres públicos. Acrescentar-se-á, outrossim, que há necessidade de coerência no posicionamento jurídico do órgão público sobre a matéria em exame, o que dimanaria uma homogeneização, que o respeito à opinião técnica individual inviabilizaria. As contraposições não guardam razão como justificadoras da política de defesas vazias, inúteis, destinadas apenas a um tosco cumprimento do prazo judicial. É preciso abandonar essa praxe, imprimindo ao departamento jurídico do órgão público uma descentralização que aumente a eficiência dos serviços locais. A economia resultante da correta utilização do Judiciário há de premiar regiamente a novel postura.

Lamentavelmente, parece que não há vontade de corrigirem-se os rumos da política de prestação jurisdicional no vezo da celeridade. Prazos duplicados, privilégios de intimação pessoal, duplo grau obrigatório de jurisdição, pagamentos por precatório (hoje, realizado em parcelas, a longo prazo), há toda uma parafernália provocando um desequilíbrio entre as partes. O reexame necessário, odioso fator de delonga dos feitos, com inútil assoberbamento dos Tribunais, tem resistido às reformas empreendidas e, ao contrário de desaparecer, ainda ganha maiores dimensões. Aquilo que seria mero controle de legalidade para evitar lesões aos cofres públicos assumiu tamanho grau de devolutividade que se está tornando, conforme a jurisprudência reinante, um

novo julgamento da causa, rejeitada a sentença de primeiro grau e realizada nova prestação jurisdicional, chegando mesmo alguns tribunais a decretar *ex officio* a prescrição em sede de remessa oficial, sem que mesmo tenha a primeira instância feito qualquer pronunciamento a respeito. Lamentável que, a pretexto de imprimir celeridade ao processo, haja a Lei nº 11.280/2006, distorcendo fortemente a índole de institutos de direito (prescrição e decadência), admitido sua decretação *sponte própria* do magistrado. Pior ainda é o ampliar-se a faculdade às instâncias superiores, devolvendo-se matéria não submetida ao crivo do contencioso e sequer alegada em recurso.

Ao juiz descabe ampliar a área de contenciosidade. Posto emprestar jurisprudência moderna à remessa oficial translatividade plena, ainda assim a plenitude limita-se ao universo das questões aventadas e sujeitas ao contraditório, a que se acrescentam apenas aquelas que, em razão de constituírem matéria de ordem pública, pode delas conhecer o tribunal *ex officio*.⁸⁸

⁸⁸ Há textos jurisprudenciais que limitam o reexame necessário ao adágio *tantum devolutum quantum appellatum*, que o julgado seguinte exemplifica:

“REMESSA OFICIAL. MATÉRIA OBJETO DO REEXAME. A remessa oficial, por si, não autoriza o tribunal ad quem a manifestar-se sobre toda a matéria posta em juízo. Considerações divergentes do relator. Recurso provido. (STJ, 1ª T., Resp 30661-2-SP, rel. Min. Milton Pereira, j. 13.9.1993, v.u., DJU 4.10.1993, p. 20513, bol. AASP 1820/479, apud “Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante em vigor, NELSON NERY JUNIOR E ROSA MARIA ANDRADE NERY, 3ª Edição, Editora Rt, p. 689).

“PROCESSUAL CIVIL. CONTESTAÇÃO. AUTARQUIA. PRAZO EM QUÁDRUPLO. LEI 9.469/97. IMPUGNAÇÃO À SENTENÇA., INEXISTÊNCIA

- Aplica-se à Ordem dos Advogados do Brasil o disposto na Lei nº 9.469/97, no que se refere ao prazo quádruplo para contestar, uma vez que se trata de uma autarquia.

- Se o recorrente não impugna os termos da sentença que entende devam ser modificados, não há como analisá-los de ofício, sob pena de inobservância do princípio ‘*tantum devolutum quantum appellatum*’. (AC 2000.71.10.005140-0, rel. Des. Federal Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, DJU 17/12/2003)

Enquanto redigíamos este texto, adveio a Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006, que, *permissa maxima venia* de forma equivocada, alberga, em seu art. 3º, alteração no § 5º do art. 219 a tornar cogente a declaração *ex officio* da prescrição. Tal dispositivo legal, *permissa venia*, prima por desconhecer completamente a índole do instituto legal (a prescrição), que, havendo como pressuposto fático evitar que a passagem do tempo prejudique a formulação de defesa, deve ser voluntária, porquanto, por dever moral, quem possui consigo todos os comprovantes do cumprimento da obrigação ou quem não encontra dificuldade qualquer em formular defesa, há que se abster de suscitar a prejudicial de mérito.

Fernando de Castro Fontainha, em estudo minudente sobre os benefícios da Fazenda Pública em Juízo conclui:

5. A questão das vantagens exclusivas da Fazenda Pública já fora abordada por Pontes de Miranda, para o qual o fundamento hodierno da exceção está em precisarem os representantes de informações e provas que, dado o vulto dos negócios do Estado, duram mais que as informações e provas de que precisam os particulares.

No julgamento paradigma para nossa abordagem, Sepúlveda Pertence afirma ser a constitucionalidade das discriminações em favor da Fazenda Pública oriundas de sua não-arbitrariedade, uma vez que visam compensar deficiências das entidades estatais quando de sua defesa em juízo. Tal hipótese é logo depois rechaçada pelo Ministro, ao citar o exemplo do art. 6º da Medida Provisória, o qual suspendeu os prazos para a União quando da criação da Advocacia-Geral. O STF entendeu parcialmente inconstitucional a norma, restringindo seus efeitos em face da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Isso porque a suspensão não se justificava diante de órgão já estabelecido e pleno de capacidades, diferentemente da recém-criada AGU.

Discriminar positivamente os entes estatais, concedendo-lhes benefícios exclusivos, decorreria unicamente do reconhecimento da sua hipossuficiência. Porém, não é o que acontece.

No aspecto econômico, a Fazenda Pública, além de gozar da isenção de custas – benefício também deferido a pessoas carentes de recursos, mediante declaração e às vezes comprovação – está protegida pela enorme teia burocrática. Dispõe de orçamento volumoso e funcionários de carreira exclusivamente lotados e remunerados para sua defesa em juízo, selecionados mediante rigoroso e concorrido concurso público, os quais podem recorrer a outros funcionários de carreira para lhes prover assessoria técnica. Tem acesso mais fácil a informações que comumente se encontram dentro de suas próprias repartições, superando dificuldades que o cidadão muitas vezes encontra, por exemplo, para obter um documento público.

(...)

Por fim, não podemos fugir à conclusão de que a Fazenda Pública é, em regra, um gigantesco litigante habitual.

(...)

Resguardadas as exceções – como de poucos estados e municípios com orçamento reduzido – não há como sustentar o deferimento de benefícios discriminatórios em favor do estado em juízo, notadamente as dilações de prazo e o reexame obrigatório, verdadeiros obstáculos ao acesso à Justiça.

Prendem o Brasil em lógica antagonista ao da construção de um Estado verdadeiramente democrático, que respeita e busca a mitigância das disparidades sociais. Devemos inverter a atual lógica e superar o modelo de um Estado que funciona ao contrário, concedendo benefícios ao mais forte e apenas prerrogativas genéricas ao mais fraco. Benefícios deveriam ser concedidos àqueles que litigam em face do Estado e encontram nas prerrogativas deste verdadeiro óbice à realização de seus direitos.⁸⁹

⁸⁹ FONTAINHA, Fernando de Castro. Benefícios da Fazenda Pública em juízo: barreira de acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, ano IX, p. 19, jul.-set. 2005. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

Dentre os demais mecanismos idealizados a pretexto de estabelecer equilíbrio na relação processual entre o órgão público e a pessoa de direito privado, está também a suspensão de segurança,⁹⁰ figura jurídica de natureza pouco definida, forjada para a excepcionalidade. Lamentavelmente, neste país há uma forte e mal inspirada tendência de transformar-se em regra geral aquilo que talhado para casos raros; as medidas provisórias são o exemplo mais clamante. A substituição de um juízo jurídico por outro de natureza política distorce fortemente o papel dos tribunais; apenas quando presentes razões gravíssimas, de real perigo à saúde, à segurança ou à economia é que se pode utilizar justificadamente o instituto em comento.

Marcelo Abelha Rodrigues⁹¹ localiza a origem da suspensão de segurança na *intercessio* da antiga Roma, faculdade de que gozava um magistrado de obstaculizar a execução de ordem emanada de juiz outro de inferior hierarquia. Muito embora a Lei nº 1.533/51 já a houvesse previsto, foi a Lei nº 4.348/64 (não por mera coincidência de 1964) que aumentou seu alcance, incluindo risco de lesão à economia pública como hipótese de sustação dos efeitos de medidas liminares. Assim, impetrantes dotados de toda razão jurídica, demonstrada de plano, houveram cassados os efeitos de determinações judiciais ao argumento simplista de que onerados os cofres públicos; o que significa o interesse do órgão público posto acima do interesse público, porquanto o elastério emprestado à semântica do termo *lesão* faz com que não se considere tão-somente o prejuízo injusto, mas qualquer perda monetária por parte de entidade qualquer da Administração.

⁹⁰ Medida que autoriza a sustação dos efeitos de medidas liminares ou de sentenças em casos excepcionais, quando existe risco de grave lesão à ordem pública, à segurança pública ou à saúde.

⁹¹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 72.

A jurisprudência registra mesmo casos em que o risco de lesão estaria na possibilidade de multiplicarem-se as ações. O fato de centenas de pessoas guardarem o mesmo direito, sendo também vítimas do malferimento, não deve servir de fundamento à recusa ou à suspensão de medidas de urgência; não há segurança jurídica que logre sobrexistir à utilização de um juízo político contra o direito líquido e certo. As vulnerações a direitos de muitas pessoas, porque guardam maior grau de nocividade, com mais razão devem ser tolhidas. Evitar-se a vinda dos demais lesados a Juízo é política que navega em sentido contrário à concretização do direito de ação. A busca da Justiça na persecução de direitos deve ser incentivada; não, desestimulada.

Infelizmente, o abuso que acima se denunciou no uso da ferramenta processual em exame transformou o juízo político em pavoroso arbítrio.⁹² A figura em exame guarda como razão de existir empecilho a decisões tomadas sem a devida avaliação de resultados desastrosos. Assim, cumpre que se saiba distinguir o que é realmente lesão ao interesse público do mero efeito econômico do reconhecimento de que a entidade de direito público realmente está sujeita à obrigação de pagar. Ao advogado público cumpre dotar-se de suficiente boa-fé para que não pleiteie a suspensão de segurança senão em hipóteses extremas, não transformando o remédio processual em algo tão rotineiro que acabe por constituir mais um recurso, dentro do extenso rol daqueles já existentes.⁹³

⁹² v. Ag. Suspensão de Cautelar 94.04.56349-8-PR INSS x IGASA.

⁹³ A jurisprudência, felizmente, vem tolhendo a utilização indevida da suspensão de segurança e instrumentos afins, conforme mostram os julgados seguintes:

“AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. INDEFERIMENTO. OFERTA DE VAGAS A CANDIDATOS APROVADOS EM MESMO CONCURSO PÚBLICO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. REMOÇÃO. GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA ADMINISTRATIVA NÃO CONFIGURADA. PRETENSÃO RECURSAL MANIFESTA. REITERAÇÃO DOS ARGUMENTOS. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

Outro ponto a ser abordado em relação à conduta da Administração Pública é a ausência ou limitação da autonomia e capacidade decisória dos advogados públicos, evidenciada na carência de poderes para acordar, possível a conciliação apenas em casos excepcionalíssimos, com autorização dos escalões superiores. O problema é complexo, mas encontra solução na revisão do comportamento hoje adotado. Já dissemos acima: a Administração pública, em princípio, deve receber seus créditos até o último centil; também deve pagar o que deve ao pleno esgotamento. Mas a radicalização de tais postulados pode ocasionar graves prejuízos aos cofres públicos, porquanto há situações em que a recusa de receber menos pode significar não receber; a recusa em pagar menos

1. A via estreita da suspensão de decisão proferida na tutela antecipada contra a pessoa jurídica de direito público não comporta apreciação do mérito da controvérsia principal, matéria que deve ser apreciada na via recursal adequada.

2. Não restando evidenciada grave lesão à ordem pública administrativa, nem ofensa aos demais bens jurídicos protegidos pelas Leis nº 4.348/64 e nº 9.494/97, quais sejam: a saúde, a segurança e a economia públicas, há que ser indeferido o pedido de suspensão.

3. Propósito evidente do manejo da contracautela excepcional como substitutivo da instância recursal adequada.

4. Precedentes da Corte (AgrSS nº 718/BA, Agp 1057/DF).” (STJ, Corte Especial - AGRSTA – AGRADO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA-67, Processo 200400160991-PE, relator Min. Edson Vidigal, DJU de 20/09/2004, p. 171)

“SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. LIMINAR CONCEDIDA PARA DETERMINAR A CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL PARA TEMPO DE SERVIÇO COMUM.

1. O âmbito de análise do pedido de suspensão de segurança se restringe aos casos de risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo inadequada sua utilização como substitutivo recursal.

2. A liminar que determina a conversão de tempo de serviço especial para tempo de serviço comum, conforme a tabela constante do artigo 64 do Decreto 2.170/97, não justifica a formulação do pedido de suspensão, devendo ser atacada pelo recurso de agravo de instrumento.”

(TRF 3ª Reg., Processo 199903000195515-SP, Rel. Juiz JOSÉ KALLÁS, DJU 06/06/2000, p. 452)

“AGRAVO REGIMENTAL – SUSPENSÃO DE SEGURANÇA INDEFERIDA. DESCABIMENTO. SÚMULA Nº 217/STJ. REITERAÇÃO DOS FUNDAMENTOS,. PRETENSÃO RECURSAL MANIFESTA.

I) De acordo com o enunciado nº 217 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, “não cabe agravo de decisão que indefere o pedido de suspensão da execução de liminar, ou da sentença em mandado de segurança.”

II) É de rejeitar a reiteração de argumentos já repelidos na decisão agravada.

III) A angusta via da suspensão da segurança (indevidamente manejada como substitutivo da instância recursal adequada) não comporta pretensão de reforma de decisão adversa.

IV) Agravo não conhecido.”

(STJ, AGRADO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA 726, Processo 1999900124740-UF PR, Corte Especial, Relator Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, unân.-DJ 31/05/1999, p. 70)

pode resultar em condenação maior. No tópico, duas flexibilizações importantes ocorreram atualmente: o trabalho pioneiro de tentativas de conciliação em processos do Sistema Financeiro de Habitação já em grau de recurso e a atividade conciliatória dos Juizados Especiais Federais.

Quanto às tentativas de conciliação em processos já na fase recursal, merece encômios a experiência do Projeto Conciliação, realizado no âmbito do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, iniciando quando no exercício da Presidência o Desembargador Vladimir Passos de Freitas, pelo qual antigos conflitos do Sistema Financeiro de Habitação foram em grande parte resolvidos, solucionados problemas de mutuários que conviveram longos períodos com a ameaça de perderem suas casas em razão de contratos patológicos, que geraram dívidas gigantescas, a ponto de não comportarem quitação. A coragem com que se quebraram vetustos dogmas processuais, sacrificando-se a forma em benefício de uma prestação jurisdicional efetiva é merecedora de todo encômio. Pioneiramente, evitaram-se julgamentos de recursos inúteis, abreviando o *iter* processual, alcançando-se solução por meios suasórios, na maioria dos casos com resultados melhores do que aqueles que seriam obtidos em um julgamento ortodoxamente realizado.⁹⁴

Outro avanço importante é o incremento da prática de conciliação empreendida pelos Juizados Especiais Federais. A novidade, contudo, ainda que esteja produzindo excelentes resultados, pede especial senso crítico dos magistrados. Conforme

⁹⁴ A Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4^a Região, por iniciativa de sua então Diretora, Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, inseriu na execução de seu currículo permanente oficina de trabalhos concernente a técnicas de conciliação, levando os magistrados do corpo discente ao trabalho efetivo em audiências conciliatórias, que se mostraram extremamente eficazes, coroadas por manifestações de alegria de muitos mutuários que viram enfim afastados os fantasmas de dívidas que os atormentavam durante mais de uma década.

acima referimos - e, ora, porque relevante, insistimos - dentre os princípios éticos que regem a Administração está a obrigação de pagar integralmente aquilo que por ela devido. A utilização da morosidade do Judiciário como meio de coação do hipossuficiente para forçar um acordo desvantajoso é, evidentemente, uma atitude aética. Os magistrados federais que labutam nos foros especiais têm demonstrado espírito elevado e consciência jurídica, recusando a homologação de acordos lesivos aos interesses dos segurados. Mas, assim mesmo, nunca é demais que se aponte o perigo de utilização da Justiça como meio de locupletamento indevido dos cofres públicos, forçando-se o segurado a aceitar menos do que tem direito para que não enfrente a delonga de um processo; quando bem se sabe que os Juizados Especiais foram criados para propiciar maior rapidez na prestação jurisdicional.

Roberto Portugal Bacellar registra:

No contexto de idéias de eliminação dos obstáculos abre-se a possibilidade de que os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais conciliem, transijam ou até desistam. Isso é um grande avanço, mas ainda não é suficiente, até porque é preciso lembrar que essa autorização poderia ter sido implantada independentemente da criação dos Juizados Especiais Federais. Fundamental será, com os novos Juizados Especiais Federais, uma mudança de mentalidade, pois de nada adiantará a autorização se os representantes não estiverem conscientizados da importância do novo sistema e seguros de que não serão responsabilizados pelos acordos que aceitarem. Quais são as bases? Até onde poderá o Procurador transigir? Terá autonomia estabelecida em quais parâmetros? De maneira incipiente, esses parâmetros, singelamente, começaram a ser fixados.

*Havemos de confiar em nossos procuradores, representantes do Ministério Público e juízes federais, que, nos termos da lei, tiveram seus poderes ampliados para eficaz aplicação do direito.*⁹⁵

Mais uma vez, presente a necessidade de guardar-se imperativo ético: uma advocacia pública fulcrada em consciência finalística, que vislumbre o interesse público

⁹⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual. São Paulo: Editora RT, 2004. p. 56.

mediato acima do escopo da simples necessidade de defender a entidade pública não pode formular propostas lesivas aos beneficiários. É preciso que se insista à exaustão no fato de que o Poder Público não “perde” nem “ganha” ações; o comportamento das partes em juízo não é um evento emulativo, não se trata de um jogo; e a advocacia pública deve objetivar o interesse público que está no cumprimento da finalidade do órgão. Mas, há hipóteses, sim, em que cabível o acordo, quando o direito não esteja tão nítido, trazendo a ambas as partes um percentual de risco que aconselhe solução suasória. Há que se dar crédito, sim, aos procuradores e aos juízes, cujas formações jurídicas implicam visão crítica, senso de justiça.

Faz-se necessário, portanto, empreender uma reformulação do papel da advocacia pública, a fim de evitar o ajuizamento de milhares de ações, v.g., aquelas concernentes a doenças graves não elencadas nas regras específicas, mas que são letais e incuráveis, a exigir uma resposta jurídica pautada em analogia. Maior poder de resposta do setor administrativo competente, com o devido apoio jurídico, propiciaria que a questão encontrasse decisão *intra muros*, sem se tornar em mais uma demanda a ter existência no caos ora existente nos cartórios.

Por mais que se reconheça o mérito de tantos dedicados servidores à causa pública, a verdade é que as invectivas que se fazem para melhorar a conduta da Administração em juízo ainda são temerosas e, como tal, insuficientes. A faculdade de criação de Súmulas Administrativas, tais quais as propiciadas à Advocacia-Geral da União, autorizando a não-interposição de recursos (arts. 4º e 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) vem tendo utilização ainda tímida, parcimoniosa.

Além de soluções gerais, necessário que haja a possibilidade de resolução cotidiana de casos específicos. O advogado público deve ponderar se a parte adversa detém o direito; se existe real vantagem em recorrer; se o interesse público na espécie supera o imediato interesse do órgão; enfim, deve promover um diagnóstico sobre a necessidade de promoção ou de manutenção da demanda, não juridicizando indevidamente, nem mantendo injustificadamente a demanda, emprestando por meio de recursos procrastinatórios sobrevida a processos onde já desenhada a solução definitiva.

A Administração deve agir sempre com amparo jurídico, é certo; mas não com apego à letra da lei tão severo que a force a remeter ao Judiciário os problemas que a ela lhe compete resolver. O excesso de juridicização no país é um dos princípios causadores do abarrotamento dos gabinetes dos juízes. A utilização de um órgão do Judiciário como se fosse instância recursal administrativa traz como conseqüência abarrotarem-se os cartórios e a conseqüente demora no julgamento dos processos.

Determinadas defesas formais jamais deveriam ser apresentadas; aos órgãos públicos interessa o atendimento das reivindicações justas, não constituindo política sadia a criação artificiosa de obstáculos às reivindicações de sua clientela. Saudando a implantação de prévia conciliação nos juizados especiais, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e Silva e Jairo Gilberto Schäfer apontam, *verbis*:

É a mais importante alteração legislativa no campo do Direito Administrativo e Processual dos últimos tempos, pois rompe com o sistema vigente, abrindo uma nova perspectiva para a solução das controvérsias de direito público e, que, logo, deverá ser seguida por Estados e Municípios. Não é necessária a regulamentação do artigo, pois confere, de forma clara, poderes especiais ao Procurador/Advogado do ente-réu, bem como ao representante indicado pela parte autora. Agora, os Procuradores poderão trabalhar de acordo com a sua consciência, as suas convicções a respeito do processo e da finalidade da Justiça. Não são mais obrigados a elaborar peças de defesa vazias e despidas de qualquer

*espírito crítico, lavradas pelo simples dever de defender o ente público em qualquer hipótese.*⁹⁶

Dentro de um rigor técnico, teria razão a exigência de prévia negativa da Administração, ou mesmo o esgotamento das vias administrativas, como condição da ação; na prática, todavia, antes que fechar os olhos aos clamores dos poucos hipossuficientes que dentro da grande massa desassistida consegue chegar às portas do Judiciário, cumpre sobrelevar tal exigência, principalmente quando o órgão público fere o mérito da questão, deixando assim flagrante a existência de litigiosidade a tornar imperativa a existência da ação. Nos juizados especiais, contudo, existe hoje forte reação à tolerância em relação ao prévio estímulo à via administrativa (que se não deve confundir com esgotamento das vias recursais administrativas). É que a inexigência de um prévio requerimento propicia que sejam judicializadas questões que se resolveriam a um mero pedido no balcão da própria entidade pública. Mas, para que se obrigue o cidadão a uma prévia tentativa na instância administrativa, faz-se necessário que haja, no geral, mínima possibilidade de êxito em tal atitude; verdadeira crueldade será submetê-lo em vão a uma Administração demasiadamente vinculada à letra das leis e instruções internas, para que colha o previsível costumeiro “não”. Verdade é que os juizados especiais não foram criados como substitutos das naturais instâncias burocráticas; mas, há que se cogitar se o prévio pedido administrativo, em cada caso, guarda chance, mínima que seja, de êxito. Parece-me que a jurisprudência está correta, fixando-se no sentido de que, havendo a entidade pública adentrado o mérito, não se justifica o indeferimento da inicial por ausência de contenciosidade no pedido. A litigiosidade instaura-se com a contestação; o encaminhamento da questão à Administração mostra-se inútil.

⁹⁶ SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Juizados especiais federais: aspectos cíveis e criminais*. Blumenau: Acadêmica, 2002.

Apela-se, aqui, mais uma vez, para a sensibilidade do advogado público, na tomada de uma atitude ética; em nada contribui com a realização da Justiça o fechar das portas de acesso ao Judiciário quando adrede consabido que a resposta administrativa será pela negativa do direito.

Mas, falando-se no papel do advogado público, torna-se necessário conhecê-lo. Primeiramente, é imperativo cogitar sobre os problemas criados pela existência do procurador do quadro permanente, misto de funcionário e de advogado. A confusão entre estas duas índoles denota-se fortemente nos meios de manutenção da advocacia pública. Perquire-se, desde já: É lícito, é justo ao advogado público atribuírem-se honorários advocatícios? E, em caso de resposta positiva, a quem pertencem tais verbas?

O advogado público deve ser muito bem remunerado. Contudo, com vênias dos entendimentos em contrário e da política que vem sendo seguida pelos legisladores, com aval dos Tribunais, não se há que encarar com bons olhos nem o recebimento de honorários pelas pessoas de direito público, nem qualquer participação por qualquer forma do corpo jurídico na arrecadação das quantias pertinentes. O advogado público que se pretende neste estudo tem seu trabalho subsidiado pelos cofres públicos, como decorrência natural de seu *munus*. O serviço público deve ser sustentado pela arrecadação de tributos. No Brasil, lamentavelmente, embora tenhamos uma das maiores cargas tributárias do planeta, ainda assim pululam meios outros de arrecadação. A cobrança de honorários pelas entidades públicas evidentemente desestimula o cidadão a pleitear em juízo seus direitos, o que milita contra a melhor política de educação para a cidadania; porquanto forçoso estimularem-se as pessoas à persecução do que lhes é justo e devido. A

ausência de parâmetros bem definidos para a fixação dos honorários deixa área demasiadamente vasta de arbítrio, um espaço de indefinição que cria uma variedade de respostas a atormentar cotidianamente juízes e advogados. Alguns magistrados, em especial aqueles que não passaram pelas duras lutas da advocacia privada, escandalizam-se com condenações de órgãos públicos ao pagamento de grandes somas, pois que em muitos casos superiores àquilo que eles, juízes, recebem em muitos anos de trabalho. Por seu turno, os advogados enfrentam o drama da exposição de seus clientes ao risco do pagamento de quantias enormes em caso de fracasso em suas pretensões.

O parágrafo 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, introduzido pela Lei nº 8.952, de 13/12/1994, inovou em relação ao arbitramento de honorários advocatícios, impondo que “nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas ‘a’, ‘b’ e ‘c’ do parágrafo anterior.” A expressão “apreciação eqüitativa” é de conceito aberto. Em relação às causas de pequeno valor, é fácil deduzir que se pretende evitar verba honorária fixada em valores irrisórios, que não compensem sequer o deslocamento do advogado ao foro. Nas causas de valor inestimável, a própria inviabilidade de alcançar-se um *quantum* que se tome por base torna imperativo o arbitramento. Nas causas em que não houver condenação, geralmente se toma o valor da causa, mas nem sempre corresponde este àquilo que razoável, o que pode tornar obrigatório o recurso à eqüidade. Em relação à Fazenda Pública, no entanto, a indagação, a meu sentir, encontra resposta numa constante avareza demonstrada pelos magistrados quando se trata de fixação de verba honorária a ser paga pela Fazenda Pública. Enquanto que o particular arca com pesados ônus, premiando muitas vezes o

simples apresentar de uma petição estereotipada (na Execução Fiscal, a União cobra um “encargo legal” de 20% - Decreto-lei nº 1.025/69), as entidades públicas são mais uma vez tratadas com privilégio, o que desequilibra fortemente a relação processual. Atentos para o fato, alguns operadores do direito têm feito uma leitura de interpretação sistêmica, entendendo que a “apreciação equitativa” deve obedecer aos limites fixados nos limites mínimo e máximo do § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil.

A jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região vem iterando a fixação da honorária em hipóteses em que vencida a Fazenda Pública num índice de 10%, raramente admitindo que extrapolado o percentual.⁹⁷

Em se submetendo a matéria à crítica, à luz dos preceitos éticos, tem-se, primeiramente, que insistir na reprovação da incidência de verbas sucumbenciais decorrentes de simples apresentação de petição inicial, geralmente em formulário próprio, quando o executado providenciar imediato pagamento, em vez de opor embargos; irrisório, irrelevante o serviço jurídico a justificar tal ônus. Há, também que se repudiar o

⁹⁷ “PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 1º -D DA LEI Nº 9.494/97. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO.

1. Embora o art. 1º da Lei nº 9.494/97 determine serem indevidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas e não tendo o exequente participado da ação cognitiva, deve ser fixada verba honorária, ante a necessidade de se constituir advogado para que promova a execução do julgado.

2. Conforme precedentes, mostra-se cabível a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios nas execuções, ainda que não embargadas, promovidas por beneficiários de título judicial oriundo de ação civil pública. Precedentes: STJ, EREsp 475.923/PR.

3. Honorários advocatícios fixados em 10% do valor embargado, consoante o disposto no art. 20, § 4º, do CPC e precedentes desta Corte.

4. Apelação da parte autora provida e apelação da União improvida.” (TRF 4ª Reg., 200471000248056-RS, 3ª T., rel. : Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, DJ de 07.12.2005, p. 881)

“(…)

9. Tendo os autores decaído de parcela mínima de seu pedido, deverá a União suportar na íntegra o pagamento da verba honorária. É entendimento desta Turma que, na restituição, em havendo condenação, o percentual de 10% sobre o valor desta é o *quantum* adequado para remunerar condignamente o trabalho do profissional. (...)”

(TRF 4ª Região, 1ª Turma, AC 200370000255650, Rel. Juiz Federal Artur César de Souza, 1ª T./TRF4, DJ 14/12/2005, p. 567)

acréscimo de 20% em favor da Fazenda Pública Federal,⁹⁸ objetivando a cobertura de honorários advocatícios e de despesas processuais, incidentes desde o simples ajuizamento; e, ainda, que condenar a fixação de verba honorária em valores irrisórios, insuficientes para remunerar condignamente o profissional da advocacia.

Olvidar não se pode que um escritório de advocacia enfrenta, no geral, anos e anos de inglória luta até que logre obter notoriedade e confiança que lhes atraia grandes causas. Descabe esquecer, outrossim, que a estruturação de uma banca de advocacia impende gastos com aquisição (ou locação) de salas, com empregados, com a utilização de uma equipe de profissionais; enfim, com um somatório de gastos ponderáveis.

Ultimamente, surgiram leis que restringem a verba advocatícia,⁹⁹ limitando-lhe o *quantum* nas desapropriações em 0,5% a 5,0% da diferença entre o preço

⁹⁸Encargos nas execuções fiscais, Decreto 1.025/69.

⁹⁹A limitação quantitativa da verba honorária, que não poderia ultrapassar R\$ 151.000,00, houve sua suspensão liminarmente decretada pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 2332-MC, em julgamento assim ementado:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000, na parte que altera o Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzindo o artigo 15-A, com seus parágrafos, e alterando a redação do parágrafo primeiro do artigo 27 – Esta Corte já firmou o entendimento de que é excepcional o controle judicial dos requisitos da urgência e da relevância de Medida Provisória, só sendo esse controle admitido quando a falta de um deles se apresente objetivamente, o que, no caso, não ocorre.- Relevância da arguição de inconstitucionalidade da expressão ‘de até seis por cento ao ano’ no ‘caput’ do art. 15-A em causa em face do enunciado da súmula 618 desta Corte. – Quanto à base de cálculo dos juros compensatórios contida também no ‘caput’ desse artigo 15-A, para que não fira o princípio constitucional do prévio e justo preço, deve-se dar a ela interpretação conforme a Constituição, para se ter como constitucional o entendimento de que essa base de cálculo será a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença. – Relevância da arguição de inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 15-A, com fundamento em ofensa ao princípio constitucional da prévia e justa indenização.- A única consequência normativa relevante da remissão, feita pelo § 3º do aludido art. 15-A entra em choque com o princípio constitucional da garantia do justo preço na desapropriação.- Relevância da arguição de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 27 em sua nova redação, no tocante à expressão ‘não podendo os honorários ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais)’. Deferiu-se em parte o pedido de liminar, para suspender, no ‘caput’ do artigo 15-A do Decreto-lei 3.365, de 21 de junho de 1941, introduzido pelo artigo 1º da Medida Provisória nº 2.027-43, de 27 de setembro de 2000 e suas sucessivas reedições, a eficácia da expressão ‘de até seis por cento ao ano’, para dar ao final desse ‘caput’ interpretação conforme a Constituição no sentido de que a base de cálculo dos juros compensatórios será

oferecido e o valor finalmente fixado (Medida Provisória 2.027-46, de 21/12/2000 e Medida Provisória nº 2.109-48/2001) e abolindo-a nas causas concernentes ao FGTS (Medida Provisória 2.164-41/2001).¹⁰⁰

A política moderna que se imprime à advocacia pública, no sentido de dotá-la de uma estrutura própria, com procuradores pertencentes aos quadros de servidores públicos, impõe que se repense o cabimento de honorários advocatícios que,

a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença; e para suspender os parágrafos 1º e 2º e 4º do mesmo artigo 15-A e a expressão ‘não podendo ultrapassar R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais) do parágrafo 1º do art. 27 em sua nova redação.’”

No que tange aos honorários concernentes às ações do FGTS, resultou vencedora a tese homologatória do velho e condenável artifício de embutir em legislação específica texto que lhe é absolutamente estranho, logrando-se, assim, confundir os parlamentares quando da votação do texto de lei. A interpretação, segundo a moderna hermenêutica jurídica, deve ser sistêmica; o texto de lei deve existir em íntima relação com os dispositivos que o precedem. O Superior Tribunal de Justiça, em um primeiro momento, julgou em igual linha de pensamento, assim estampada no julgado seguinte:

“FGTS. CONTAS VINCULADAS. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CABIMENTO. ART.29-C DA LEI Nº 8.036/90, REDAÇÃO DADA PELA MP Nº 2.164-40, DE 27.7.2201. INAPLICABILIDADE.

1. A isenção da verba honorária prevista no art. 20-C da Lei nº 8.036/90, com a redação dada pela MP n. 2.164-40, por ter vinculação a dispositivos anteriores da mesma lei, aplica-se a questões que versam sobre o descumprimento das obrigações do empregador relativas ao FGTS, de competência da Justiça do Trabalho.

2. As causas que tratam da correção monetária das contas vinculadas do FGTS, pleiteando a aplicação dos índices relativos a expurgos inflacionários de planos econômicos, não têm natureza trabalhista. Cabível, portanto, condenação ao pagamento dos honorários advocatícios. Embargos de divergência providos.” (ED em RESP nº 585.479, Primeira Seção, relator o Min. João Otávio de Noronha, julg. 24/11/2004)

Posteriormente, a jurisprudência firmou-se na aplicação da Medida Provisória também no que condiz com as causas concernentes à correção monetária das contas do FGTS (AGRESP nº 200500740445/SC, RESP 200500411290/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA; AGRESP nº 200401810465/SC, Rel. Min. LUIZ FUX, dentre outros).

¹⁰⁰ Urge que se faça uma revisão completa nos critérios da verba advocatícia, porque: a) do mesmo modo como os órgãos públicos estão sendo contemplados com limitações em sua sucumbência, dever-se-ia também restringir o valor a ser pago às mesmas entidades nos casos de inexitasas suas pretensões (ônus decorrentes de indeferimento do pleito não devem constituir fator de desestímulo à persecução de direitos, pois, no Brasil, deve ser estimulada a busca do que juridicamente devido, como sadio exercício da cidadania.); b) ausente uma tabela para orientar a fixação de honorários segundo a natureza da causa, carente a matéria de uma regulamentação mais particularizante, o juiz, apenas com os critérios vagos existentes, encontra dificuldade até mesmo para manter coerência no arbitramento das verbas sucumbenciais; c) impende atentar-se para a natureza remuneratória da verba honorária, levando-se em conta o serviço prestado e a carga de responsabilidade que o exercício do mandato exige do advogado. Imprescindível é, a meu sentir, que se faça uma rediscussão, com a necessária presença da Ordem dos Advogados do Brasil, no sentido de estabelecer regras mais claras que permitam guardar-se proporcionalidade entre trabalho, responsabilidade e remuneração.

antes de constituírem retribuição aos causídicos, têm funcionado como um esdrúxulo tributo, um inusitado fator de arrecadação absolutamente avesso à sua natureza. A penalização da sucumbência, em se tratando de órgãos públicos, é fator de desestímulo à persecução dos direitos do cidadão frente ao Estado, o que milita contra a educação para a cidadania; um país há que se construir com pessoas libertas, conscientes e dotadas do direito de petição e de ação, sem peias decorrentes de medos de futuros onerosos fracassos.

Adentrado já o universo da advocacia pública, cumpre, agora, conceituá-la. Plácido e Silva aponta: “Advocacia. O mesmo que advocacia. Exercício da profissão de advogado. Ato de procurar em juízo, exercido por pessoa, que se encontra devidamente habilitada ou autorizada. É considerada *munus* público. Procuradoria”.¹⁰¹

O mesmo estudioso de semântica registra ser “advogado”, *lato sensu*, “toda pessoa que, patrocinando os interesses de outrem, aconselha, responde de direito, e lhe defende os mesmos interesses, quando discutidos, judicial ou extrajudicialmente.” Na abordagem do termo *stricto sensu*, aponta que “advogado é toda pessoa legalmente habilitada e autorizada a exercer a advocacia ou procuradoria judicial, para o que, principalmente, deve achar-se devidamente inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil”, sendo, pois, no particular, “o patrono ou patrocinador da causa ou ação posta em juízo, como representante de uma das partes litigantes e que, com os seus conhecimentos jurídicos, defende os interesses que lhe são confiados, a fim de que retornem à sua posição normal e fiquem livres das importunações ou ameaças, que os perturbem”.

¹⁰¹ PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico Forense*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 98.

Entendida, assim, a palavra advocacia, avança-se no estudo para buscar a conceituação de advocacia pública. Cláudio Grande Junior preleciona:

*A advocacia pública pode ser considerada como o conjunto de funções permanentes, constitucionalmente essenciais à Justiça e ao Estado Democrático de Direito, atinentes à representação judicial e extrajudicial das pessoas jurídicas de direito público e judicial dos órgãos, conselhos e fundos administrativos excepcionalmente dotados de personalidade judiciária, bem como à prestação de consultoria, assessoramento e controle jurídico interno a todas as desconcentrações e descentralizações verificáveis nos diferentes Poderes que juntos constituem a entidade federada.*¹⁰²

Decorre do conceito exposto que a advocacia pública é o trabalho do advogado realizado como *munus* público. Advocacia pública é aquela prestada em prol de entidade administrativa.

A história registra uma evolução em que aparecem, primeiramente, procuradores oficiais, presentes, como se verá a seguir, desde os tempos do império; advogados alheios aos quadros do funcionalismo público, no exercício de cargos de confiança; advogados pertencentes aos quadros permanentes da Administração; e advogados “constituídos” ou “credenciados”. Antes do advento do regime único, os procuradores do quadro permanente de alguns órgãos públicos, notadamente os das autarquias previdenciárias eram admitidos sob o regime jurídico da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), havendo convivência no mesmo ambiente de serviço de funcionários (estatutários) e servidores “celetistas”. Recente emenda constitucional, a de nº 19/98, fez ressuscitar a possibilidade de contratação de servidores públicos sob o regime das leis trabalhistas, o que constitui um retrocesso, retorno a uma experiência já frustrada, cujo único efeito é desigualar pessoas em idênticas condições de trabalho. Se a

¹⁰² GRANDE JUNIOR, Cláudio. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, ano 5, n. 57, p. 6386, nov. 2005.

intenção é a retirada da maior estabilidade de que goza o funcionário, para que, atemorizando-o com a possibilidade de perda do emprego, cobrar-se-lhe maior eficácia, tal política já se mostrou inócua; os servidores contratados sob regime da CLT não se mostraram, no geral, mais zelosos e produtivos do que aqueles fruidores da paz de espírito decorrente de maior estabilidade; de crer-se, mesmo, que a tranqüilidade seja fator de incremento de maior produção e zelo. Leve-se em consideração, por outro lado, que as decisões administrativas devem, por força da Constituição, ser motivadas. Como entender que a Administração possa demitir sem justa causa? Por outro lado, o princípio da ampla defesa foi explicitamente estendido aos processos administrativos (art.5º, inciso LV da Constituição Federal), o que significa que a demissão de servidor depende sempre de regular processo administrativo.

Visto, assim, o advogado público sob o prisma do regime da relação do trabalho, cuidar-se-á, a seguir, de abordá-lo quanto aos deveres éticos. Deontologicamente, está ele vinculado tanto em relação à condição de funcionário público quanto no que respeita à condição de advogado. Como funcionário, há que se submeter às regras do art. 116 da Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990, devendo exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo; ser leal às instituições a que servir; observar as normas legais e regulamentares; cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; atender com presteza ao público em geral, à expedição de certidões e às requisições para defesa da Fazenda Pública; levar ao conhecimento da autoridade superior as irregularidades de que houver ciência em razão do cargo; zelar pela economia do material e a conservação do patrimônio público; guardar sigilo sobre assuntos da repartição; manter conduta compatível com a moralidade administrativa; ser assíduo e pontual ao serviço; tratar com urbanidade as pessoas; representar contra

ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Em relação ao fato de ser advogado, Gisela Gondim Ramos averba:

O Estatuto distinguiu a advocacia privada da pública, abrangendo no conceito desta aqueles profissionais que integram a Advocacia Geral da União, a Defensoria Pública, as Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos municípios e respectivas empresas públicas, autarquias e fundações.

*Assim, para o exercício profissional, os integrantes destas entidades são obrigados à inscrição na OAB e sujeitam-se às normas estabelecidas no Estatuto, no Regulamento Geral e no Código de Ética e Disciplina.*¹⁰³

Reconhece a citada autora que os exercentes da advocacia pública sofrem limitações decorrentes da condição de servidores. Após citar como espeque Paulo Lobo, a denuncia ela conflito de sua opinião com a do mesmo jurista, porque este entende que “os advogados públicos e até mesmo seus dirigentes máximos (procuradores gerais, defensores gerais etc; art. 29 do Estatuto) estão parcialmente proibidos de exercer a advocacia, ou seja, fora de suas atribuições institucionais, ou a particular.”¹⁰⁴ Defende ela que a regra aplicável é a do art. 30, inciso I, que determina a proibição de advogar apenas contra a Fazenda Pública à qual esteja vinculada a entidade empregadora. Com razão, assevera que a questão necessita de um estudo particularizado. Houve tempo em que mesmo em relação aos advogados públicos pertencentes aos quadros permanentes das entidades públicas era tolerado o exercício da advocacia; circunstância que faz com que alguns profissionais da área, dispendo de direito adquirido, ainda pratiquem advocacia particular.

O ideal, imperativo de ética, é que todo advogado público detenha condição de funcionário, *stricto sensu*, prestando serviços exclusivos ao órgão público a

¹⁰³ RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia – comentários e jurisprudência selecionada*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999. p. 64.

¹⁰⁴ RAMOS, 1999, p. 65.

que pertence. A utilização da advocacia pública como um “bico”, no dizer vulgar, reflete-se negativamente no trabalho prestado. A própria natureza da advocacia pública é avessa a tal duplicidade de atividades, porque o profissional da área pública deve militar em prol de ideais muitas vezes incompatíveis com a advocacia privada, pois que nesta o advogado tem menos a perquirir quanto ao sentido finalístico de sua atuação em relação ao interesse público.

No que concerne aos deveres éticos, o advogado público também está submetido ao art. 31 do Estatuto do Advogado, que exige do causídico “proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia” (*caput*), mantendo independência em qualquer circunstância (§ 1º), não se deixando mover por receio qualquer de desagrado a magistrados ou autoridades (§ 2º). O art. 32, em complementação, responsabiliza o advogado pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa. Concernentemente à propositura de “lide temerária”, o parágrafo único do artigo determina responsabilidade solidária do advogado com seu cliente. Em âmbito de advocacia pública, ainda não vimos caso em que se buscasse responsabilizar diretamente o patrono da causa solidariamente com a entidade por ele representada.

É necessário que se ressalte que o advogado assume para com o cliente uma obrigação de meios; não, de fins. Também na advocacia pública, o dever profissional reside em envidar todos os esforços em prol do cliente, sem que, no entanto, devida a obtenção de decisões exitosas. Mas aqui se encontra um aspecto marcante na distinção entre a advocacia pública e a particular. Perguntar-se-á: que espécie de resultado deve procurar alcançar o advogado público? Deve ele defender a tese adotada

pela Administração, qualquer que seja, vinculando-se a ela? Ou deve conservar sua independência profissional, trilhando a linha indicada pelos interesses maiores da entidade e pela luz maior do interesse público?

Para melhor entendimento do funcionamento dos serviços jurídicos em área pública, traçam-se, a seguir, breves considerações históricas.

No Brasil, durante muitos e muitos anos, o Ministério Público acumulou, na esfera federal, os misteres de representação das entidades de direito público com a função específica *custos legis*; o que levava, em muitos casos, ao inusitado paradoxo de pronunciar-se o Procurador da República ora como representante do Estado-parte, ora como guardião do interesse público, agitando teses contraditórias.

As Procuradorias dos órgãos descentralizados apresentavam sérios problemas, principalmente as autarquias previdenciárias, que, contando com número reduzido de procuradores (durante longuíssimos períodos de tempo não se realizaram concursos para preenchimento das vagas existentes), não havia como atender ao número cada vez maior de processos. Para remediar o problema, valiam-se os Institutos Previdenciários de advogados credenciados, prática que ora, ao que parece, encontra-se em vias de extinção; ao mesmo tempo em que o “jeitinho brasileiro” incumbiu-se de ascender mediante um arremedo de concurso, restrito *interna corporis*, servidores que detinham habilitação técnica (o instituto da ascensão funcional, felizmente, foi proscrito pela Constituição em vigor).

Ressalvadas exceções de profissionais que, quer como procuradores decorrentes da ascensão funcional, quer como advogados constituídos, desempenharam com brilho, zelo e denodo seus papéis, fato irrecusável é que, no geral, o valer-se a

Administração Pública de caminhos outros que não aquele natural (o concurso público aberto democraticamente), trouxe distorções sérias, pois que, inegavelmente, a qualidade técnica dos escolhidos num universo maior é, no geral, superior.

A Lei complementar nº 73/93 regulamentou a Advocacia Geral da União. João Carlos Souto tece-lhe muitas críticas, embora ressaltando que “não chega ela a ser teratológica”. Segundo entende o autor,

*é inadmissível, por exemplo, que a referida lei nem sequer especifique e delimite a competência das Procuradorias Seccionais e, quanto às Regionais, seja demasiado lacônica, obrigando a atual direção da instituição a esforços sobre-humanos a fim de compatibilizar o texto legal com a atividade prática diária.*¹⁰⁵

E prossegue na crítica, averbando: “As imperfeições vão além. O legislador, por exemplo, mencionou as atribuições de advogado-geral e de procurador-geral da União. Porém, não disse quais seriam as do procurador-geral da Fazenda Nacional e do corregedor-geral.”¹⁰⁶

A Advocacia-Geral da União não está subordinada a nenhum outro órgão governamental; vincula-se diretamente ao Presidente da República, gozando, pois, no aspecto, de autonomia, situando-se na pirâmide da Administração Federal. Está no mesmo nível dos Ministérios. Compõe-se de duas procuradorias, a Geral da União e a Geral da Fazenda Nacional, ambas subordinadas ao Advogado-geral da União. Defensoras são, ambas, da União Federal; a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional defende a União nas causas de natureza tributária e atua, também, como órgão de consultoria do Ministério da Fazenda; a Procuradoria-Geral da União incumbe-se da defesa e da consultoria concernente a matérias sem cunho tributário.

¹⁰⁵ SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 59.

¹⁰⁶ SOUTO, 2000, p. 63.

Procuradorias Regionais, que atuam junto aos tribunais não superiores, Procuradorias da União nos Estados e no Distrito Federal, e, ainda, Procuradorias Seccionais, estas localizadas nas cidades dotadas de Justiça Federal Comum, completam o quadro de atuação da Procuradoria-Geral da União.

Cumpre, agora, verificar o que está acontecendo no interior da estrutura da advocacia pública. O modelo existente mostra-se suficiente ao alcance dos escopos constitucionais que lhe são pertinentes? A resposta, como já vimos, é negativa; mas é preciso reconhecer que alguma coisa já se fez no sentido de adaptar o trabalho do advogado público aos novos tempos surgidos. Primeiramente, deve-se evitar uma crise de identidade nas Procuradorias dos órgãos públicos, que, na expressão hoje difundida, não é advocacia “de Governo; e sim de Estado”. A respeito, Marcos Costa Viana Moog expõe:

Com efeito, ao se falar em independência e autonomia, sobretudo no que diz respeito às Procuradorias dos Estados, são notórias as posturas adotadas até o presente momento: o Supremo Tribunal Federal fixou jurisprudência em sentido contrário, basicamente sob o fundamento da necessidade de prevalência da hierarquia na condução da administração; o Congresso Nacional rejeitou a proposta de emenda à Constituição que outorgaria expressamente tais prerrogativas; e o Poder executivo, seja em âmbito federal ou estadual, simplesmente refuta qualquer idéia que lhe diminua o controle e direcionamento das atividades atinentes à advocacia pública.

(...)

Com a devida vênia, não nos convencem os argumentos utilizados. Sustentar que a atribuição de independência e autonomia à carreira de Procurador de Estado constitui heresia ao ordenamento jurídico é negar o avanço das idéias e, sobretudo, a constante transformação da realidade.¹⁰⁷

Já Miguel Arcanjo Costa da Rocha reclama, para as Procuradorias de Estado, autonomia orçamentária, que conceitua como a garantia de que determinado órgão possa elaborar sua própria proposta orçamentária; ao mesmo tempo em que denuncia a ausência de autonomia financeira, vista como

¹⁰⁷ MOOG, Marcos Costa Viana. O novo perfil da advocacia pública: juridicidade, realidade e efetividade. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 503.

*a entrega e gestão dos recursos correspondentes às suas dotações orçamentárias próprias e globais, compreendidos os créditos suplementares e especiais, com entrega em determinada data certa, sem vinculação a qualquer tipo de despesa.*¹⁰⁸

Em toda a advocacia pública, observa-se crescente a necessidade de maior autonomia, porque hoje se exige dela uma postura *pro societate*, constituindo o Estado o concretizador das garantias constitucionais, o realizador dos direitos fundamentais.

Segundo Rafael Farinatti Aymone,

*há que se resguardar o interesse público afirmado pela Constituição e pela lei, fazendo prevalecer o interesse público primário se eventualmente contraposto a interesse secundário.*¹⁰⁹

Irrecusável que se deve imprimir maior autonomia e independência na advocacia pública, que não deve estar exposta a pressões de órgãos outros da Administração. Numa linha evolutiva em tal sentido, chegar-se-á quase que a uma remodelação do contencioso administrativo. Revertendo o processo que ora se constata no Brasil, cumpre “desjudicializar” os conflitos; deixar que a Administração forneça ela mesma resposta aos cidadãos; restando ao Judiciário, tão-somente, a tarefa de cuidar de dilemas que não encontraram solução possível em âmbito administrativo. Para tal fim, há que se acrescentar importância e credibilidade às Procuradorias, emprestando maior força aos Pareceres.

Convém perquirir, aqui, sobre a natureza dos pareceres jurídicos. Sua conceituação é feita pelos doutrinadores como a “manifestações de órgãos técnicos sobre

¹⁰⁸ ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. Reestruturação das procuradorias estaduais e as perspectivas da advocacia pública para o século XXI. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (org.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006. p. 567.

¹⁰⁹ AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia Pública: advocacia de que interesse público? In: *Livro de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, v. II. p. 33.

assuntos submetidos à sua consideração”;¹¹⁰ “ato pelo qual os órgãos consultivos da Administração emitem opinião sobre assuntos técnicos ou jurídicos de sua competência”¹¹¹; “manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido”¹¹². Tais definições, todavia, sem desdouro de seu elevado conteúdo, não resolvem uma questão: é o parecer um ato administrativo?

Fabiana Azevedo da Cunha, em estudo específico sobre o tema,¹¹³ nega ao parecer jurídico índole de ato administrativo, citando em amparo de sua tese precedentes do antigo TFR e do Supremo Tribunal Federal (respectivamente AMS 88.749-RS, RIP 3139786 e MS nº 24.073-DF, DJ 31.10.2003, impetrante Rui Belford Dias e outros e impetrado Tribunal de Contas da União).

Flávio Germano de Sena Teixeira posiciona-se em sentido outro, emprestando, sim, natureza de ato administrativo ao Parecer, fulcrando-se nos ensinamentos de Régis Fernandes de Oliveira, Forshoff e Casagne, citando, deste último, trecho em que se assevera: “*los actos administrativos son producto de una labor intelectual e traducen siempre una ‘declaración’, tomando este término en el sentido de exteriorización del pensamiento, de extrinsecación de un proceso intelectual.*”¹¹⁴

É de sopesarem-se as conseqüências a que levam as teses de uma e de outra corrente de pensamento. Retirar-se a natureza de ato administrativo, deixar o

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.176.

¹¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 222.

¹¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 222.

¹¹³ CUNHA, Fabiana Azevedo da. A natureza jurídica do parecer e os limites da responsabilização do procurador do estado. In: VENTURA; FAGÚNDEZ, 2006, p. 588.

¹¹⁴ TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. A natureza Jurídica dos Pareceres e a Responsabilidade dos Procuradores. In: VENTURA; FAGÚNDEZ, 2006, p. 630.

parecer como mera expressão de opinião não-vinculativa, considerar seu subscritor na cômoda situação de completa irresponsabilidade (não suportaria conseqüências quaisquer do fato de haver induzido a erro a autoridade administrativa). Sem querer apresentar uma solução salomônica, entendemos que o parecer integra, a título de motivação, o ato administrativo realizado com seu esboço, implicando, quando acatado pela autoridade administrativa a que dirigido, responsabilidade também do Procurador em relação aos resultados. Obviamente, somente se cogitará de responsabilidade do advogado público que exarou o Parecer na existência de dolo; manter o parecerista sob a espada de Dâmocles de apenamento em decorrência de opinião técnica é algo teratologicamente autoritário. Afastar de todo a responsabilidade, mesmo quando flagrante a presença de dolo, quando evidenciado que seu trabalho foi inspirado em objetivos menos nobres, completamente apartados do interesse público, também é um erro.

Na direção de uma otimização da advocacia pública objetivando emprestar à Administração a eficácia, a resolutividade que lhe deve ser ínsita, deve-se emprestar ao Parecer jurídico uma validade maior, outorgando-lhe condição de uma quase-sentença. Aproximar-se-ia o sistema jurídico brasileiro do modelo francês, sem que se chegasse, contudo, ao extremo de retirar do exame da Justiça comum as questões administrativas. O que se necessita é de um procurador independente, autônomo, autorizado, dotado de credibilidade que faculte ao agente público a segurança necessária para oferecer respostas às questões que lhe são postas e que exigem esforço de hermenêutica. Não se justifica que a Administração seja levada a juízo mil e tantas vezes e mil e tantas vezes repita a tese jurídica já mil e tantas vezes refutada por mil e tantos juízes de diferentes tribunais. Por que insistir o advogado público naquilo que juridicamente equivocado? A Administração não pode agir contra o direito; não se pode valer de chicanas para

procrastinar o atendimento de reivindicações justas; não se pode utilizar do Judiciário como meio de delongar o cumprimento de obrigações. Não é o órgão público uma empresa inadimplente a tentar em desespero prostrar sua própria agonia à espera de um milagre. Não pode estar ela tão mal inspirada a ponto de buscar vantagem econômica na obstaculização de reivindicações justas. Malfere fundo a ética o discutir levantamento de parcelas incontroversas; falta-lhe o interesse, e, mais que o interesse, falece-lhe, quando assim age, compostura ética.

De igual modo, intolerável a desobediência às decisões judiciais. Nem mesmo deveria ser objeto de estudo tal tema, não fosse a iteratividade do nefasto comportamento, a ponto mesmo de suscitar pesquisa realizada pelo Conselho da Justiça Federal em estudo que estampa:

FORMAS DE DESCUMPRIMENTO:

Dentre as mencionadas (formas de descumprimento), a mais incidente é o não-pagamento, vale dizer, a simples omissão, pela Fazenda Pública, com 43% de matérias. Em notícia do Estado de S. Paulo, Rio enfrenta 100 pedidos de intervenção em calote no pagamento de precatórios, do dia 12/9/1999, o governo do Rio de Janeiro reconhece a dívida de precatórios, mas afirma que 'só pagará quando puder'.

(...)

No jornal O Estado de S. Paulo, em notícia intitulada "Credores pressionam o governador do MS", do dia 20/8/1998, o jurista Carlos Ari Sundfeld opinou sobre o descumprimento da ordem de preferência. Sundfeld adverte que enquanto o governo não saldar o valor determinado pela Justiça, não pode pagar o próximo precatório. Alguns administradores afirmam que a necessidade de obediência a essa ordem é uma das causas de atraso no pagamento de precatórios. No momento em que um dos precatórios é questionado, todos os demais que se seguem ficam parados aguardando que a questão seja decidida e possa ter seguimento a ordem de preferência.

(...)

Outras formas de descumprimento são o desvio de verba, a protelação e o pagamento parcial. Em alguns casos, os credores afirmam que o Estado alega não ter verba para pagamento apenas como forma de protelar o pagamento dos precatórios.

O desvio de verba é identificado em 6% (seis por cento) das matérias. O Administrador, alegando defesa do interesse público, desvia verba destinada no orçamento a pagamento de precatórios. A reportagem do Estado de São Paulo, A Longa Espera pelo Dinheiro Justo, do dia 25/4/1999, relata a suspeita de que a Universidade de São Paulo-USP-estava desviando recursos do pagamento de precatórios para outros fins. O próprio coordenador de Administração da USP afirmou que a instituição optou por

pagar outras despesas, como folha de pagamento, e deixou as dívidas judiciais em último plano.

A protelação, apontada em 20% (vinte por cento) das notícias, refere-se a atos do administrador que retardam significativamente o processo de pagamento. Em alguns casos, até suspende-se o pagamento, com os infundáveis recursos a que tem direito a Fazenda Pública, as contestações de valores, as ações rescisórias, os embargos, a maioria para suscitar questões já decididas definitivamente. É o caso da notícia “Indenização ameaça as contas da União”, do jornal O Globo do dia 6/8/1999, em que a União é acusada de protelar ao máximo o processo de pagamento de uma indenização de desapropriação.

A opinião de que o Estado protela suas obrigações é partilhada também por advogados que litigam contra a União; exemplo disso é a matéria veiculada pelo Jornal do Comércio-RJ, Magistratura, Justiça, fantasia e realidade, do dia 22/2/2000, em que o autor afirma: ‘... o Estado é o maior procrastinador dos processos que contra si tramitam...’¹¹⁵

A reação do Judiciário a esse estado de coisas, segundo a referida pesquisa, estampa-se em (a) processos de intervenção (28% das matérias), em processo que não têm alcançado, em sua maior parte, êxito, sendo de notório conhecimento que, no Estado de São Paulo, o ex-governador Pitta não pagou sequer um único precatório na sua gestão, e que o ex-Governador Mário Covas asseverou que não adiantaria nomear interventor, pois que este não conseguiria pagar a dívida dos precatórios do mesmo jeito; (b) decreto de seqüestro de bens da entidade pública devedora; (c) determinação de revisão dos valores, em face da denúncia da existência de precatórios supervalorizados; (d) apreciação de denúncias por crimes de responsabilidade contra os administradores que não pagam os precatórios.

Há que se indagar, de início, se é juridicamente admissível que se criem privilégios processuais para as pessoas de direito público. A primeira idéia que nos vem à mente, assim no pórtico ainda da questão, é a de que, na angulação da relação processual, as partes devem estar em igualdade.

¹¹⁵ *Execução contra a Fazenda Pública - razões políticas do descumprimento às ordens judiciais*. Brasília: CJF, 2002. (Série Pesquisas do CEJ, v. 8) p. 31-2.

Ainda que se ressalte a diferença de índoles entre a advocacia pública e a particular; por mais que se pretenda que a primeira não deve calcar seus procedimentos pela segunda, não logro alcançar as razões da disparidade de regras. Ada Pelegrini Grinover, na autoridade de seu magistério, assevera que o benefício do prazo é instituído com base no interesse público ou social, “justificando-se em razão da natureza, organização e fins do Estado moderno”, consignando, também, que “os prazos”... “são mais amplos justamente em obediência do princípio da igualdade, real e proporcional, que impõe tratamento desigual aos desiguais, para nivelá-los na igualdade substancial”;¹¹⁵ mas o que se assiste, na prática, é um eterno afirmar que a Administração Pública não dispõe de recursos materiais e humanos suficientes para o pronto atendimento dos prazos; o que, *concessa maxima venia*, é problema a encontrar solução no aprimoramento da advocacia pública – que, conforme se verá adiante, está sendo realizado.

A dilação dos prazos significa uma acomodação ao erro, em vez de constituir uma solução. O cidadão e o Estado devem estar frente ao juiz em igualdade de condições. O interesse público – somos levados a insistir – não se confunde necessariamente com o interesse do órgão público. Se há interesse público em dotar a Administração posição mais cômoda em juízo na defesa do que pretende serem seus direitos, creio que muito maior interesse público haverá em dar celeridade aos prazos processuais e identidade de condições nos embates do contraditório. A disparidade existente fere a ética.

Explicitam-se, a seguir, quais são os privilégios da advocacia pública, ponderando sobre a necessidade de sua existência, assim:

¹¹⁵ GRINOVER, Ada Pelegrini. Reexame oficial. *Revista de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 16.

a) reexame necessário das sentenças contra si proferidas – Prerrogativa que sujeita ao duplo grau de jurisdição as sentenças proferidas contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público (art. 475); também aplicável aos embargos à execução, julgados contrariamente à Fazenda Pública (inciso II). Trata-se de detestável mecanismo procrastinatório, que remete aos Tribunais inutilmente processos sobre cujas soluções a própria entidade não demonstra contrariedade. Trata-se de um dispositivo que revela como que um voto de desconfiança nos juízes e procuradores das entidades públicas; quando a política sadia está exatamente no sentido contrário, no prestígio do juiz de primeiro grau e no emprestar efetiva fé pública aos patronos das entidades públicas. O processualista Paulo Afonso Brum Vaz, com toda razão, assevera:

*O nosso entendimento é de que o reexame necessário deveria ser extinto de nosso sistema processual, por representar motivo de atraso na entrega da prestação jurisdicional. Embora freqüentes os casos em que o reexame proporciona a reforma da sentença proferida, pensamos que a tutela dos direitos, disponíveis e indisponíveis, incumbe àqueles a quem a lei titulariza, e não ao Poder Judiciário.*¹¹⁶

b) prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer – Conforme já registramos, a obrigação do Estado é dotar a Administração de meios eficazes para a consecução de seus elevados objetivos. O argumento de que não está a Administração dotada de suficiente estrutura, necessitando, *ipso facto*, de prazos maiores, justificar-se-ia se a outorga da benesse fosse por tempo determinado. Perenizar o remédio é abster-se de solucionar a deficiência, é admitir, contrariando a carga de eticidade contida no princípio da eficácia da Administração, que o remendo sirva de lenitivo a

¹¹⁶VAZ, Paulo Afonso Brum. O reexame necessário no novo processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 15, n. 54, p. 47, 2004.

esconder os sintomas do mal maior: a despreocupação com o incremento de uma advocacia pública otimizada.¹¹⁷

c) isenção de custas, com obrigação somente de ressarcimento, em caso de sucumbência, das despesas processuais efetivamente prestadas pela parte vencedora. Hodiernamente, a prerrogativa vem sofrendo algumas limitações, nos casos em que a Justiça Estadual exerce competência federal por delegação, havendo jurisprudência já consolidada no sentido de que a entidade de direito público é obrigada a antecipar as despesas de oficial de Justiça, bem como fornecer recursos para o encaminhamento de correspondência com AR (Aviso de Recepção.) Sempre foi nosso entendimento que as custas processuais deveriam desaparecer; não vemos como eticamente aceitável que o Poder Público coloque barreiras de condições no acesso à Justiça. Mais condenável parece que tais obstáculos atinjam tão-somente o particular; mais razoável seria abolir a cobrança de custas;

d) mandato *ex lege* para os procuradores do quadro permanente – Trata-se de prerrogativa justificável, desburocratizante, uma vez que a defesa dos interesses das pessoas de direito público é inerente ao próprio cargo. Evita-se juntada de papel inútil aos autos, a estampar o óbvio. Os advogados constituídos, todavia, devem juntar o instrumento de mandato. De esclarecer, mais, que a procuração que dimana do exercício do próprio cargo guarda somente a cláusula *ad judicium*; no caso de utilização dos poderes especiais excepcionados no art. 38 do Código de Processo Civil, deve haver

¹¹⁷ Merece estudo a expressão “Fazenda Pública” constante do art. 188 do Código de Processo Civil. É que, tecnicamente, Fazenda Pública significa a parcela da administração que cuida das finanças e dos misteres de fiscalizar e arrecadar tributos. Todavia, doutrina e jurisprudência de há muito já fixaram a semântica jurídica da expressão, no que tange aos benefícios de prazo, como abrangendo não-somente o Estado-Fazenda, em seu aspecto financeiro-tributário, mas também em seus aspectos de pessoa política, estendendo a abrangência do favor legal à União, Estados, Municípios e autarquias, inclusive fundações públicas.

mandato escrito específico ou ato administrativo oriundo de autoridade administrativa superior autorizativo do ato processual.

e) **intimação pessoal** – Trata-se de privilégio que não encontra justificativa satisfatória. Os advogados particulares são normalmente intimados pela imprensa oficial. A instituição do privilégio apenas implica demora no andamento processual, pois as Procuradorias e os advogados que cuidam dos interesses das entidades públicas têm a obrigação de cumprir atempadamente os seus misteres, descabendo onerar-se a máquina do Judiciário, já tão sobrecarregada, com atividades evitáveis a um simples exercício de leitura do Diário Oficial.

É fato irrecusável que tem havido grandes melhoras na advocacia pública, no geral, e na Advocacia-Geral da União, particular e principalmente. Dentro desse caminho de otimização, certamente cabe o corte de algumas prerrogativas que guardam sua origem na deficiência dos departamentos jurídicos. Um posicionamento da Administração na relação processual em igualdade de condições com a pessoa de direito privado refletirá positivamente na imagem da entidade pública.

Ainda mais aguda fica a diferença de tratamento quando se observa que a jurisprudência a cada dia mais dilarga os favores processuais da Fazenda, já sedimentando que contra ela não cabe a decretação de revelia. O caminho de raciocínio parte do fato de que, em não havendo o procurador público poderes para confessar explicitamente pela Administração, também a ele não se lhe pode conceder o poder de fazê-lo tacitamente. No transcorrer do presente estudo, restará claro que o advogado da entidade pública que ora propomos dotado de novo perfil, com maior autonomia, deverá guardar poderes para renunciar, confessar, receber, dar quitação; enfim, o poder de

praticar todos os atos necessários ao cumprimento dos seus misteres, com outorga da confiança que se pode depositar em um profissional de advocacia submetido a concurso público.

A expressão “direitos indisponíveis” contida no art. 320, II, do Código de Processo Civil, no rol dos casos em que não se produzem os efeitos da revelia, *permissa venia* de abalizadas opiniões em contrário, não serve de pretexto para acrescentar privilégios processuais - já tantos - às entidades públicas. Os direitos públicos não são indisponíveis; podem ser cedidos, transacionados e alienados. O que é indisponível é o interesse público, que, insista-se, não corresponde necessariamente ao interesse do órgão público; e este, evidentemente, não está no estabelecimento de uma aética distinção entre partes, em que se privilegia o Estado contra o cidadão.

Numa conjuntura em que disputam espaço duas ondas de opinião de difícilima, quiçá impossível, coexistência - que são, de um lado, a persecução do Estado de Direito, a conscientização em relação ao exercício da cidadania, a definição e garantia dos direitos fundamentais; e, de outro lado, a visão marcadamente capitalista dos defensores do “Estado mínimo”, da “globalização”, da pretensa superação do Estado-providência- há que se olhar com muito cuidado o papel desempenhado pela Administração Pública, para que se evite o mascaramento de um quadro de injustiças com um discurso de promessas maravilhosas, que, antes de habitarem um universo gradativamente construído de realizações, são as portas do desencanto, da frustração, do cinismo crítico improdutivo. Hodiernamente, assistimos a uma dilatação progressiva do Poder Executivo, hipertrofia que se evidencia na invasão constante da esfera de atribuições de outros poderes, de que sintomática a proliferação desmesurada de medidas

provisórias, com tolerância de suas reedições, bem como a resistência para cumprimento das medidas judiciais por parte de agentes públicos, em atitude prepotente, que prejudica a administração de justiça, absolutamente condenável, mas que, lamentavelmente, nem sempre encontra por parte dos magistrados a resposta pronta e enérgica.

Quando se critica o Poder Judiciário, reputando a Justiça no Brasil “cara e morosa”, olvida-se o fato de que a proporção entre o número de juízes e o universo dos jurisdicionados é absurda. Ao depois, simplismo é situar na existência de instrumentos recursais em demasia a gênese dos males; todavia, há que se cuidar na garantia de ampla defesa, constitucionalmente assegurada, e que não pode ser relativizada de afogadilho na persecução de respostas mais rápidas na prestação jurisdicional.

Um estudo em maior profundidade evidencia que, ao contrário do que tanto se prega, não há excesso de recursos em nosso Direito Processual Civil; o que ocorre é um abuso na utilização dos recursos. O que ocorre é um excesso de judicialização de conflitos, que está transformando o Poder Judiciário, lamentavelmente, em um imenso contencioso administrativo.

O assoberbamento invencível dos cartórios guarda sua etiologia, em grande parte, no comportamento equivocado da Administração Pública. Que se não vá ao extremo de afirmar existente uma deliberada política de procrastinação de feitos no escopo de beneficiar os órgãos públicos com a delonga no cumprimento de suas obrigações. Mas que se combata a ociosidade medrosa que gera a incapacidade de fornecer a própria administração uma resposta ao cidadão. Não há dúvida de que as entidades públicas atuam, em muitos casos, como se fossem devedoras insolventes a tentar desesperadamente ganhar tempo, mediante artificiosa criação de obstáculos. Prova

incontestável do que ora se afirma é a imposição de multas a autarquias, a empresas públicas e a fundações como punição de litigância de má-fé, que já está entrando na naturalidade do cotidiano, quando deveria ser prática raríssima.

Intenta-se, ora, uma reforma do Judiciário, quando bem mais premente é uma reforma administrativa que repense os objetivos da presença da Administração em juízo, definindo de forma clara a diferença entre a pessoa de direito público e o cliente particular da advocacia em campo privado. A pessoa de direito público jamais “perde” uma ação; a definição judicial de um direito antes discutível e a imposição de determinado comportamento pelo juiz coisa outra não significam do que instar o órgão ao cumprimento de sua própria finalidade.

Assim, a defesa dos entes públicos deve guardar uma filosofia própria de atuação, e não imitar a advocacia privada. Mais produtiva seria a adoção de uma política lógica, racional, coerente e verdadeiramente ética para a atuação em juízo do que as panacéias ora apontadas como solução da chamada “crise do Judiciário” (que, na verdade, é mesmo uma crise da Administração) tais como a “súmula vinculante”, o “controle externo do Judiciário” e a abolição de recursos. Não existe, em nosso sistema processual, excesso de recursos; o que existe é abuso em recorrer, principalmente de parte dos órgãos públicos.

Pedimos vênia, aqui, para uma breve abordagem crítica em relação a ambos os pretensos remédios indigitados. Quando se preconiza a súmula vinculante, parece-nos, *permissa maxima venia* de seus defensores, existir completo desconhecimento do conteúdo semântico da palavra súmula. Olvidam de que se trata de cristalização de matéria pacificada após longo processo de discussão, por tempo

geralmente superior a 5 (cinco) anos. Desconhecem quão raramente os juízes contrariam uma súmula. Esquecem, outrossim, que das pouquíssimas vezes em que enfrentadas súmulas, guerreadas foram com tão substanciosos argumentos que lograram cancelar os enunciados, v.g. a Súmula nº 14 do TRF da 4ª Região, concernente à contribuição previdenciária sobre pagamentos feitos a sócios, administradores e autônomos. Ou o que se pretende não é súmula; e sim um dogma, imposto de cima para baixo?

Sobre o controle externo, sua adoção implica constrangimento do juiz, lesivo à independência de que deve desfrutar para um julgamento com a isenção imprescindível à busca da Justiça.

Enquanto o enfoque da questão remete-se ao Judiciário, este absolutamente carente de uma estrutura condigna capaz de suportar a quantidade que se faz maior a cada dia de estímulos, mínimos são os esforços que se fazem no sentido de evitar conflitos, de aumentar a eficácia dos setores administrativos, retirando-se-lhes os grilhões do formalismo cego. Quem necessita de reforma é o Executivo, para que se empreste eficácia aos balcões da burocracia, que continuam a dizer um sistemático “não” a tudo o que refuja da cartilha das fórmulas positivadas.

De perguntar-se, agora: existe uma vontade política no sentido de adoção de um modelo mais ágil de Justiça? Quando se tenta acreditar que sim, eis que se estende o execrável recurso *ex officio* às autarquias, em vez de extingui-lo de vez. Assim, aumentam os acervos dos gabinetes dos tribunais de sentenças para reexame que não foram sequer objeto de irresignação por parte das entidades nelas condenadas. No que tange aos precatórios (instrumento de crassas injustiças, fator de delongas pavorosas na prestação jurisdicional), recentemente surgiu legislação que determina pagamentos

parcelados, adicionando dose maior de crueldade em relação àqueles que percorrem a *via crucis* da persecução de reparação de um direito lesado.

Cumpra-se que se organize toda resistência possível aos inimigos do Estado Democrático de Direito, pugnando pela preservação das garantias constitucionais dos direitos fundamentais.

Dworkin,¹¹⁸ quando atingiu duramente o normativismo dos positivistas com fundadas críticas, abriu caminho à evolução do direito por nova trilha que, quebrando a dicotomia juspositivismo/jusnaturalismo, permite haver a justiça como direito do cidadão, forjado na construção de um conjunto consistente de princípios. As Teorias do Direito pós-positivistas introduzem uma releitura do Estado de Direito, a culminar com a Teoria Geral do Garantismo, de Luigi Ferrajoli,¹¹⁹ a Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy,¹²⁰ os estudos sobre eficácia imediata dos direitos fundamentais.

Do aspecto ideológico, o que existe é o entrechoque entre a competitividade individualista do velho capitalismo e a necessidade cada vez maior de impedir a exclusão cruel dos desfavorecidos, a quem se há de oferecer uma igualdade de oportunidades, a possibilidade de participação nas relações sociais de maneira efetiva, influenciando nas decisões que determinam os interesses da coletividade. No que tange ao cunho político das normas fundamentais, pontifica a doutrina de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres de Brito:

¹¹⁸ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

¹¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

Ora, na medida em que se põe como “estatuto jurídico do fenômeno político”, a Constituição transplanta para o seu bojo normativo toda a ideologia que ligados às vivências coletivas, como acontece, entre nós, com a Federação e a República, ou com os princípios basilares da separação dos poderes, da democracia e da liberdade. Instituições e princípios, diga-se, nunca totalmente traduzíveis na estreiteza vernacular da regra formalmente posta, por duas fundamentais razões: primeiramente, porque padecem de uma imprecisão conceitual ontológica, sendo essa imprecisão mesma o seu principal fator de atualização histórica, enquanto idéias conformadoras de caracteres humanos e aliciadoras de ações concretas; secundamente, porque a absorção normativa de tal vaguidade conceitual ou elementar se revela, pragmática e logicamente, como o mais eficiente meio de proteção dos bens jurídicos substanciados.

Não se está a afirmar, entenda-se, que a Lei Maior não possa, querendo, atribuir aos princípios e instituições políticas um sentido exclusivamente jurídico, da própria técnica do direito positivo. Nem, por igual, que sejam destituídos de uma significação jurídica mínima, sob as vestes com que o direito os recobriu. O que se está a encarecer, primordialmente, é que as Constituições escritas costumam desvesti-los de objetividade absoluta, cedendo aos imperativos de sua própria ontologia, visto que a vacuidade expressional, no caso, cumpre uma função social e se revela como estratégia protetiva dos bens jurídicos que se lastreiam em princípios e instituições de tal jaez.

(...)

Por conseguinte, é acentuada a repercussão desse elevado teor ideológico de que se impregna a realidade política, no processo de interpretação das normas constitucionais. Estas, para a apreensão do seu mais íntimo e fiel significado, passam a solicitar o aporte complementar de elementos extra-sistemáticos, em certa medida, hospedados muito mais em dinâmica dos fatos que na estática da positivação formal. E num grau de intensidade bem maior que o suplicado pelas normas de direito comum, que não desenharam os contornos do poder político e não cuidam da repartição de seu exercício entre os Órgãos supremos do Estado, ou entre as pessoas políticas de base territorial.¹²¹

Jurandi Borges Pinheiro assim analisa o impacto da globalização sobre o direito moderno:

Essa nova configuração do mundo acabou provocando uma crise de regulação social, com origem na própria crise do Estado moderno, que pode ser identificada por quatro rupturas com a ordem mundial passada, como bem assinalada por DUNN, citado por ROTH em recente estudo sobre o tema.

A primeira ruptura: a capacidade estatal de garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial. Com o fim da Guerra Fria, passou-se de um modelo de segurança coletivo bipolar a um modelo multipolar mais complexo e instável a exigir nova definição das alianças.

A segunda ruptura: a mundialização da economia. O desenvolvimento das forças econômicas a um nível planetário, com nova redução do poder de coação dos estados nacionais sobre elas. A grande mobilidade dos meios de

¹²¹BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 16.

produção e das operações financeiras, ao lado da internacionalização das empresas, impossibilitam a aplicação de políticas formuladas para um só país.

Terceira ruptura: a internacionalização do Estado. A participação do Estado em um grande número de organizações internacionais acaba influenciando sobre os processos políticos internos. A necessidade de uma gestão global de muitos problemas, como a questão do meio ambiente, tem obrigado os Estados a coordenar suas políticas.

Quarta ruptura: essa evolução vem acompanhada de um importante desenvolvimento do direito internacional, antes caracterizado pelo seu débil poder de coação e hoje instituindo-se cada vez mais como um princípio normativo superior.¹²²

Fernando da Costa Tourinho registra, por seu turno:

O que vem a ser a globalização econômica ?

É a mundialização da economia, a internacionalização dos mercados financeiros de insumo e de consumo. As fronteiras geográficas deixam de existir. O Estado se internacionaliza. Há um livre comércio. O protecionismo tributário deixa de existir. Acabam-se os subsídios fiscais. Ocorre uma desconcentração do Estado. E assim temos a privatização das empresas públicas, a deslegalização da legislação social. As obrigações do Estado são descentralizadas. em face do aumento dos foros de negociação montados pelos grandes grupos empresariais, surge um direito paralelo ao dos Estados, de natureza mercatória.

Resultado de tudo isso é o enfraquecimento e a derrocada da soberania nacional.

O Estado perde os poderes para disciplinar a sociedade, em face da diminuição de seu poder de controle e de intervenção. Torna-se um brinquedo nas mãos do mercado financeiro fortificado.

Perde, enfim, sua soberania. as estruturas do poder são transnacionalizadas. (...)

Só ouvimos falar em reformas, reformas, e nada é reformado. O que vemos é tudo se degradar, piorar ano a ano. O nosso povo vive na miséria, as cidades não crescem, incham com os retirantes das secas e com os desempregados do meio rural. O campo é transformado em favela com os assentamentos mal-estruturados, sem nenhuma infra-estrutura – sem água, sem esgoto, sem luz, sem escola, sem saúde pública, sem justiça. Para onde caminhamos ? Uma legião de excluídos não tem para quem apelar, não tem como ir à Justiça. Aí estão os sem-terra a vagar por este imenso Brasil em busca de terra para trabalhar, os sem-teto, os sem-escola, os sem-saúde. E vemos que a Constituição proclama, em seu art. 6º, que 'são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho.'¹²³

Paulo Marcio Cruz, por seu turno, chega a antever a destruição do próprio

Estado, averbando:

¹²²PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do constitucionalismo moderno sob os influxos da globalização. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 285.

¹²³TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Governo e Judiciário*. Brasília: AJUFE, 2001. p. 22.

O grande desafio neste século XXI será encontrar uma nova forma de organização político-jurídica que compatibilize estas tendências de globalização econômica com a necessidade premente de distribuição de riquezas, de justiça social e de uma nova concepção de civilização.

Países como o Brasil que, assim como toda a América Latina, desde sua independência se debatem para encontrar seu modelo de desenvolvimento completo, não só o econômico, estão no 'olho do furacão' da economia globalizada e encontram dificuldades em vislumbrar – e propor- outras alternativas, pelo menos a curto e médio prazo.

O Estado não consegue mais dar respostas minimamente consistentes às sociedades atuais. Nos países ricos está sendo substituído por conglomerados financeiros e industriais ou dominada por seus tentáculos. O Leviatã começa a entrar naquela que talvez seja sua última crise. Tudo leva a crer que o principal fator destas crises cíclicas esteja localizado exatamente no próprio Estado. Ou melhor dizendo, é o próprio Estado.

(...)

Os motivos pelos quais o Estado Constitucional burguês como concebido há mais de dois séculos, como o individualismo, capitalismo, economia de mercado e acumulação de riqueza ilimitada, em suas versões globalizadas, podem determinar seu desaparecimento. O Leviatã contemporâneo continua a se alimentar destes ingredientes.¹²⁴

Num quadro que tal, para que se atinjam os objetivos de combate à exclusão social, faz-se necessário estabelecerem-se normas éticas da Administração. Há preceitos a que se deve emprestar todo rigor. Exemplificando, diríamos que deve constituir princípio rígido o cumprimento pela Administração, atempadamente, de todas as suas obrigações. Na Inglaterra, os órgãos públicos devolvem, *sponte propria*, o imposto pago a maior pelo contribuinte; enquanto aqui se exige a ida à Justiça com ação de repetição do indébito.

Do mesmo modo que não deve ficar a dever, à Administração não se lhe há de tolerar que faça doações do que constitui patrimônio público; mesmo um programa de reforma agrária deve permitir que o colono assentado adquira com seu próprio trabalho o quinhão de terra; não, que receba ele gracioso título de propriedade.

¹²⁴CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. In: CADERMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (Org.). *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis: Momento Atual, 2004. p. 68.

A Administração há que ser honesta em sua inspiração, em sua essência, para que logre ser confiável. Lamentáveis episódios como os da CPMF, em que houve, na gênese do tributo, promessa explícita de que os dados bancários colhidos não seriam utilizados pelo Fisco para embasar ações fiscais - jura posteriormente quebrada, cinicamente - contribuem fortemente para um clima de descrédito, em que o cidadão pretexta justificar a própria desonestidade com o comportamento das autoridades, que deveriam dar o exemplo.

O caminho para chegar-se a uma Administração ética exige seja o cidadão informado do destino dado às receitas públicas. Como educar um contribuinte que não vislumbra contraprestação qualquer de sua participação tributária? Basta andar pelas estradas do país para que se verifique a precariedade dominante em todos os trechos em que não existe pedágio; e, em alguns casos, a convivência mesma de pedágio e desleixo. Basta ver em que se transformou a escola pública; basta verificar o estado lastimável em que se encontra o sistema público de saúde para que se note o quanto é difícil convencer o cidadão a contribuir com bom ânimo para os cofres públicos.

Concretizados estão princípios que concernem ao comportamento ético da Administração. O princípio da moralidade e da probidade, na preleção de Maria Sylvia Zanela Di Pietro, “exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade”.¹²⁵ Albergado nos artigos 37, *caput*, e 5º, inciso LXXIII da Constituição, encontra também sua positivação no Decreto-lei 2.300/86. A Lei nº 8.666/93, por seu turno, dispõe sobre os mesmos

¹²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p. 298.

princípios éticos. A improbidade administrativa é combatida pela Lei nº 8.429/92; e, mais pertinentemente ao âmbito das licitações, enfrentada na Lei nº 8.666/93.

O princípio da moralidade administrativa, na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello, assumiu condição de “pauta jurídica”¹²⁶, nos termos do art. 37 da Lei Maior, trazendo ínsito o princípio da boa-fé. Agir contrariamente ao princípio da boa-fé constitui hipótese prevista de responsabilidade do Presidente da República, podendo até mesmo trazer como sanção a perda do cargo. De igual modo, os atos lesivos à probidade administrativa poderão implicar suspensão de direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade de bens e a obrigação de ressarcimento ao erário.

O art. 5º, inciso LXXIII, prevê a utilização da ação popular para anulação de ato lesivo à moralidade administrativa.

O princípio da impessoalidade, que também guarda índole marcadamente ética, inspira institutos como o concurso público e a licitação.

O princípio da publicidade, em vedando a existência de atos administrativos secretos, faz imperar a transparência essencial à existência de um Estado Democrático de Direito. O sigilo é tolerável apenas em hipóteses excepcionalíssimas, quando, ao rezar da Constituição, for imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado.

Merece especial referência aqui o princípio da eficiência. Ainda que se lhe queira atribuir uma diafaneidade exagerada e conseqüentemente asseverar a dificuldade de um controle, tenho que no decidir de questões concretas cumpre acatar as soluções que

¹²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. Malheiros Editores, 2001. p. 90.

mais ofereçam ao cidadão resposta a seus direitos. E é imperativo, outrossim, rejeitar os atos administrativos que ensejadores de procrastinações desnecessárias, que venham a diminuir a eficácia no atendimento dos direitos.

Hodiernamente, com a Emenda Constitucional nº 45, deu-se sede constitucional ao direito subjetivo de obter-se uma resposta, quer em âmbito jurisdicional, quer em âmbito administrativo, em processo de duração razoável. Não se trata de direito novo. Já doutrina e jurisprudência, anteriormente, vinham iterando o direito a um processo razoavelmente célere, como ínsito ao próprio direito de ação. Realmente, não se pode conceber a garantia constitucional ao socorro à Justiça sem que se empreste eficácia ao processo. Dir-se-á, sempre, que a celeridade processual depende de uma estrutura eficiente, pois que não se pode exigir da máquina do Judiciário mais do que lhe propiciam seus recursos humanos e materiais. No entanto, a positivação traz o adjetivo “razoável”. Dir-se-á que se trata de conceito aberto, de largueza semântica. No entanto, casos existem em que se exemplifica de modo meridianamente claro a ausência da razoabilidade em oferecer a devida resposta ao pleito administrativo, como, *v.g.*, o agravo de instrumento nº 2004.04.01.007002-8/RS, julgado em 18 de maio de 2004 no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, onde se fez assentar que “a legislação regente da matéria não fixa prazo determinado para a instrução e conclusão do procedimento administrativo, o que não significa, entretanto, possa a autoridade postergar a sua prática indefinidamente, frustrando o exercício do direito” e que “o transcurso de mais de quatro anos é demasiado, a despeito da demanda de outras entidades interessadas no serviço, bem como do excessivo número de processos, sendo o prazo decorrido mais do que suficiente ao implemento das providências pertinentes, constituindo abuso de direito a

procrastinação da licença requerida, o que torna imperativa a outorga judicial de emergência”.

O “Estado mínimo” que se instaura hoje no Brasil é um Estado demissionário, alheio a suas responsabilidades sociais, insensível ao desespero dos desempregados, de costas viradas para o problema dos hipossuficientes; estes que têm como alternativa de sobrevivência a trilha da informalidade ou, o que é pior, a atração das sereias do crime organizado. Os fatos que ora ocorrem no Rio de Janeiro e em São Paulo, em que policiais e habitantes dos morros travam verdadeiras batalhas urbanas, desenham bem o caos resultante da eliminação do Estado. O traficante, o bicheiro, o “dono do morro”, atualmente, proporciona ao cidadão proteção bem maior do que aquela que o Poder Público oferece.

Dentre os princípios que cumpre imprimir fortemente na presença da Administração em juízo, tem-se o do não-retrocesso. Segundo Canotilho, “a idéia da proibição de retrocesso social também tem sido designada como proibição de retrocesso social ou da evolução reacionária”, o que implicaria dizer “que os direitos econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo”.¹²⁷

Ingo Wolfgang Sarlet¹²⁸ assevera que o entendimento do princípio está em que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas pelo legislador padecem de inconstitucionalidade, por malferimento do princípio do não-

¹²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 326.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 121.

retrocesso social, sempre que com reste afetado o núcleo essencial concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana, no sentido de comprometerem-se os recursos essenciais indispensáveis à vida com dignidade, ou seja, o que se tem chamado de “mínimo existencial”. Os direitos fundamentais, alçados a sede constitucional, devem ser preservados do modo como postos na Lei Maior, à época em que esta promulgada.

Leis menores vêm, gradativamente, redimensionando direitos e benefícios; assim, v.g., aquela que retira cruelmente dos beneficiários da Previdência Social os valores atrasados, se não requeridos em prazo de 30 (trinta) dias (Medida Provisória nº 1.596-14, de 10 de novembro de 1997, convertida na Lei nº 9.528/97). Tolerar disposições quejandas implica facultar ao legislador infraconstitucional que, de fatia em fatia, acabe por esvaziar o direito social constitucionalmente consagrado; que não os devemos considerar apenas nominalmente garantidos, mas assegurados tal qual haviam existência quando da vigência da Constituição.¹²⁹

Por mais que possa parecer existir interesse do INSS na redução dos direitos do segurado, é de toda obviedade que um direcionamento em tal sentido frustra a razão mesma de existir da instituição; e de modo injusto, punindo o hipossuficiente pela própria desinformação, quando é dever da entidade autárquica propiciar ampla ciência do segurado quanto aos direitos que este detém.

¹²⁹ O Ministério Público Federal ajuizou Ação Civil Pública visando a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal referido (art. 74 da Lei 8.213/91 com a redação que lhe dá a Lei nº 9.528/97). Em primeiro grau, não se logrou êxito. Houve recurso de apelação (AC 2000.04.01.064313-8), em que relator o Desembargador Federal CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, que manteve a sentença. Houve Recurso Extraordinário, atualmente no Supremo Tribunal Federal.

No momento em que se escrevia a atual Constituição, Celso Antônio Bandeira de Mello, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Paulo Bonavides e Eros Roberto Grau fizeram verdadeira campanha cívica, com palestras em todo o país, no sentido de que minudenciassem na Lei Maior os direitos sociais, seguindo-se um modelo garantista. Lamentavelmente, as “reformas” ora em andamento tendem a eliminar o sucesso obtido; gradativamente, restrições ou mesmo abolições de conquistas sociais históricas importantíssimas da classe trabalhadora, principalmente no âmbito previdenciário, vão tomando espaço. E a questão que se apresenta é dolorosa: vale a pena sacrificarem-se os direitos trabalhistas para poder, em nome do neoliberalismo (ou neocapitalismo) competir com países que, consabidamente, exploram trabalho infantil ou trabalho escravo?

Estranha distorção vem sofrendo o princípio da “reserva do possível”.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, gira tal diretriz de direito em torno da

problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor da prestação reclamada (isto é, de prestar o que a norma lhe impõe seja prestado), encontrando-se, portanto, na real dependência dos meios para cumprir com sua obrigação.¹³⁰

O princípio existe, pois, em limitar a atuação do Judiciário aos recursos materiais de que se dispõe para cumprimento de determinações que dimanam aplicação de dinheiro público. É óbvio que não se pode obrigar o Estado a fazer algo para o que não disponha ele de meios materiais. *Impossibilia nemo tenetur*. No entanto, sem temer a crítica que vê abuso na utilização de tais princípios, cumpre aqui imprimirem-se razoabilidade e proporcionalidade. Recentemente, alunos em sala de aula disseram ter

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 275.

ouvido de um magistrado que “se o juiz quiser fazer assistência social, que a faça do próprio bolso.” Equívocos desse jaez, lamentavelmente, demonstram carência completa de formação em Direito Social. O mínimo existencial imprescindível a uma vida digna não é favor legal; é direito, e não esmola. Deixar que uma pessoa faleça ou que permaneça em estado de sofrimento por falta de recursos é atitude criminalmente tipificável, omissão de socorro. Falar-se-ia em “reserva do possível” em casos tão extremos que sequer houvesse verbas outras quaisquer destinadas a finalidades menos urgentes. Salvar vidas ou para prestar atendimento a quem sofre sempre será justificativa suficiente para remanejamento de verbas orçamentárias.

A função principal do Direito Previdenciário é proteger o segurado; o Estado-parte, a Previdência Social, esta tem seu próprio direito realizado na auto-executoriedade dos atos administrativos. Dimensionar devidamente a proteção não significa fazer caridade. Deixar os hipossuficientes à míngua de proteção é frustrar o sistema jurídico; é homologar injustiça.

A norma protetiva, é consabido, deve ter interpretação ampliativa, propiciando o melhor resultado possível em relação aos que carentes da proteção. O seguro social não pode ser visto como uma mera relação securitária, que não o é. A “reserva do possível”, tal como adotada na melhor doutrina, consiste em que ao cidadão é-lhe vedado, em nome das garantias de direitos fundamentais e em nome da dignidade da pessoa humana, exigir do Estado aquilo que este não tem condições materiais de oferecer aos demais em igual condição. A título de respeito a tal princípio, todavia, não se pretenda condenar à morte um infeliz que não dispõe de recursos para adquirir um medicamento caro que lhe salve a vida; é óbvio que estamos ainda dentro do “possível”,

pois ninguém há de ser contrário a qualquer remanejamento de verbas públicas objetivando salvar uma vida. E qualquer colisão de direitos que se quisesse vislumbrar aí seria solucionada em favor do bem maior: a vida.

Também carece de escrúpulos éticos a truculência com que vem agindo a Administração em âmbito fiscal. O desrespeito à privacidade chegou a ponto de instituir-se a devassa, quebrando-se sigilo bancário e fiscal por motivos de índole meramente patrimonial. É verdade que não existem princípios absolutos; admitem-se, sim, exceções, quando presentes fortíssimos indícios de ilicitudes em episódios envolvendo o crime organizado. Em ocasiões raríssimas, sim, tolerar-se-á a flexibilização dos preceitos, mas com o cuidado necessário de observar conveniente dose de razoabilidade, para que não se habituem as exceções.

Aos adoradores do Leviatã parece-lhes uma atitude extremamente patriótica invadir a privacidade alheia em busca de bens penhoráveis. É de perguntar-se: em uma relação custo-benefício, vale a pena aceitar a truculenta invasão da intimidade de tantas pessoas tão-somente para obtenção de tão modestos resultados? No entanto, nestes tempos de “arapongagem” instituída, criam-se programas informatizados como o BACEN-JUD com a precípua finalidade de devassa. E, lamentavelmente, a jurisprudência vem acatando tal prática, embora condicionando a pesquisa nos dados sigilosos ao esgotamento dos meios normais de localização de bens.¹³¹

¹³¹ A respeito, o seguinte julgado: “PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. ARTIGO 535 DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. SISTEMA BACEN-JUD. ESGOTAMENTO DA VIA EXTRAJUDICIAL.

1. Analisadas pela Corte a quo todas as questões postas em julgamento relevantes para o deslinde da controvérsia que lhe foram devolvidas por força da apelação, fundamentadamente, rechaça-se a alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil.

Evidentemente, a pretensão de uma Administração pautada na ética não pode ceder à índole repressora a ponto de malferir a esfera de intimidade individual. As conseqüências podem ser muito daninhas. No Estado do Espírito Santo, recentemente, a má utilização da quebra de sigilo levou à autorização da oitiva dos telefones do principal jornal da cidade, induzindo-se a erro o magistrado que firmou a ordem. No informativo eletrônico “Gazeta On Line”, consta notícia de que um sistema de monitoração de ligações telefônicas invadiu o espaço da liberdade de imprensa.¹³²

2. Admite-se a quebra do sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente, mas somente após restarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial, o que não restou demonstrado nos autos.

3. O artigo 185-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar nº 118/05, também corrobora a necessidade do exaurimento das diligências para localização dos bens penhoráveis, pressupondo um esforço prévio do credor na identificação do patrimônio do devedor. (RESP 824.488-RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ 18/05/2006)

¹³²JORNALISTAS da Rede Gazeta são Grampeados pelo Governo do Estado com aval da Justiça. *Gazeta On Line*, Vitória, 10 dez. 2005. Disponível em: <http://gazetaonline.globo.com/noticias/minutoaminuto/local/local_materia.php?cd_matia=115060&cd_site=0> Acesso em: 10 nov. 2006. “O sistema de monitoramento telefônico do Governo do Estado, conhecido como Guardião, foi utilizado de forma ilegal para monitorar conversas telefônicas e funcionários da Rede Gazeta, no mês de abril deste ano. As interceptações foram autorizadas pelo juiz da 4ª Vara Criminal de Vila Velha e prorrogadas com aval do Desembargador Pedro Valls Feu Rosa. Elas seriam utilizadas no processo de investigação do assassinato do juiz Alexandre Martins. No entanto, a autorização contraria a Lei de Imprensa – que garante ao jornalista manter a fonte em sigilo – e, por isso, mesmo com autorização da Justiça, torna-se ilegal.

Documentos obtidos pela Rede Gazeta mostram um relatório do Núcleo de Repressões às Organizações Criminosas, assinado no dia 23 de março deste ano, pela delegada Fabiana Maioral e também pelos promotores Ivan Soares de Oliveira Filho e Marcelo Zenkner, com o pedido de autorização das escutas telefônicas. No relatório, o número central da Rede Gazeta – que foi grampeado – aparece como sendo de uma empresa de fachada utilizada pelo traficante Fernando de Oliveira Reis, o Fernando Cabeção, já condenado pela justiça por ter intermediado a morte do juiz Alexandre.

Apesar de constar no relatório como sendo um telefone da empresa de fachada conhecida como Telhauto, o número telefônico é de propriedade da Rede Gazeta e da central de celular para as ligações recebidas e feitas pela Rede. Desta forma, fica evidente que todos os telefonemas recebidos e feitos por jornalistas das redações da Rádio CBN, jornal A Gazeta e TV Gazeta, além dos demais profissionais de outros departamentos, foram grampeados pelo Guardião.

Diante dos fatos citados, a interceptação telefônica estava sendo feita, para efeitos legais, na empresa Telhauto, quando na verdade os grampeados eram jornalistas e funcionários da Rede Gazeta. Fato curioso é que, após as escutas, a justiça novamente autorizou a continuação das interceptações, sem sequer identificar que as conversas não eram da empresa de fachada, mas sim de jornalistas da Rádio CBN, jornal A Gazeta e TV Gazeta.

Tais são os resultados, quando se flexibilizam princípios de ética. Mesmo quando existem indícios fortes de crime, é forçoso tomarem-se todas as providências necessárias ao respeito às liberdades. O vazamento de dados concernentes à situação de uma empresa pode causar danos irreversíveis. Há que se sopesar sempre, dentro de uma equação custo-benefício, se deve prevalecer o princípio de respeito à privacidade sagrada do cidadão ou se esta deve ser maculada em nome de razões outras, que, para prevalecerem, devem apresentar uma importância axiológica de igual quilate. O que se não pode admitir é que se faça, em nome de interesses menores, invasões indevidas das contas bancárias de pessoas inocentes.¹³³

É imprescindível, pois, que presente esteja uma atitude crítica constante, para que não se dêem tréguas à truculência com que, desavisadamente ou movidos por ambições pessoais, agentes públicos fazem *tabula rasa* do espaço reservado à individualidade, colocando o interesse do órgão público acima do interesse público. É preciso, a bem da verdade, que se evite a generalização no julgamento das pessoas que militam na área pública, onde cotidianamente lutam pessoas inspiradas nos sadios ideais do servir ao público. É com os olhos nessas pessoas que, apesar de tudo, persistem em imprimir toda nobreza em seu trabalho, que passamos, a seguir, na tentativa de esboçar o

¹³³ Maior problema ocorre quando a atividade invasiva adentra esferas outras de intimidade, como, v.g., o sigilo profissional. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2002.04.01.004163-9-PR, fez estampar:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. SIGILO BANCÁRIO RESGUARDADO.

1. Não se desconhece que o direito ao sigilo bancário não é absoluto. Ocorrendo o conflito de interesses entre o do indivíduo de manter resguardadas certas informações e o interesse público no esclarecimento de determinados fatos, aplica-se o princípio da proporcionalidade, aquililatando--se, no caso concreto, que atitude ocasionará menor dano.

2. Medida invasiva de intimidade, resguardada pela Lei Maior no capítulo dos direitos fundamentais (art. 5º, X), a quebra do sigilo bancário deve ser aplicada excepcionalmente, com a maior restrição possível. É indispensável haja elementos concretos da prática de ilegalidade.

3. No caso concreto, além das asserções acima, suficientes para censurar a atuação da autoridade fiscal, acresce-se o condimento de a contribuinte ser também advogada, submetida ao dever legal de guardar sigilo acerca das relações travadas com seus clientes.”

cenário onde se desenvolvem as atividades estatais, à luz dos princípios que as devem reger.

1.4 ÉTICA NA ATIVIDADE DO ESTADO

Conforme acima registrado, a ética não está tão-somente nos procedimentos individuais; há também um comportamento das pessoas jurídicas que deve ser observado sob o prisma da moral e das leis que regem os preceitos morais. E, em primeira abordagem, há que se asseverar que existe, sim, aquilo que se convencionou chamar “o sistema”, assim entendido uma estrutura de defesas do *status quo*, a perenizar as situações de injustiça. Não há, absolutamente, paranóia qualquer na identificação de barreiras que evitam que os “diferentes” ocupem o poder. Ou se há de debitar apenas a origens históricas a desproporção entre negros e brancos na formação das elites? Ou se vai imputar ao acaso o fato de que apenas recentemente fez-se a mulher presente na formação da Mais Alta Corte de Justiça? Ou se vai negar a discriminação sofrida pelos homossexuais? A eternização das diferenças sociais é produto de uma mentalidade burguesa subjacente em praticamente todos os campos da vida social. A história do Brasil é contada do ponto de vista da elite. Nossos filhos estudam nas nossas escolas os deuses do Olimpo; e não, os orixás. A cultura indígena acha-se sepultada pelo entulho dos preconceitos.

Uma atitude conformista diante de tal quadro é indesculpável. Não adianta erigir a boa-fé ao patamar de princípio se não se imprimir na inspiração o escopo de resultados concretos no universo das relações sociais. A idéia de moralidade da

Administração não pode ficar num “todos são iguais perante a lei” que olímpicamente olvide as desigualdades flagrantes e cruéis com que cotidianamente ora se convive.

Para que se alcance um Estado Democrático de Direito, há que se retirar da legislação existente todo resquício de autoritarismo; é preciso pensar com liberdade, repudiando-se os resquícios de truculência ainda existentes. Descabe falar, *v.g.*, em *princípio da atipicidade* em se tratando de processo administrativo disciplinar; *o nullum crimen, nulla poena sine lege* deve prevalecer, proscritos os termos de semântica aberta. Outorgar à Administração a tarefa de livremente interpretar termos de largo espectro de significação é dar margem ao arbítrio, deixando o servidor público subjugado ao livre talante de seus superiores hierárquicos. Tolerar a utilização de conceitos abertos com preenchimento com base no “senso comum” ou no “bom senso”, termos de irrecusável dubiedade, é retirar a tranqüilidade jurídica, armando os déspotas para o exercício infantilmente cruel do poder.

Em contrapartida, é imperativo que se direcione a Administração no caminho da cidadania. Esforço louvável tem sido realizado pela Prefeitura de Madrid, com a criação de ouvidorias administrativas que auscultam as aspirações e críticas populares. A participação dos cidadãos, ínsita na própria idéia de Estado Democrático de Direito, deve ser incrementada, tanto em se tratando de gestão quanto no exercício do controle. A consulta pública, o orçamento participativo e a audiência pública são formas de dividir com o povo a tarefa das decisões de natureza política e de acrescentar instrumentos de controle aos já existentes. A transparência é, outrossim, uma característica que deve estar sempre presente nos atos de uma boa Administração.

Processos secretos, votações sigilosas, ausência de motivação, tudo isso deve ficar relegado ao passado.

Eficiência e eficácia devem ser as marcas dominantes em um a administração que responda rápida e construtivamente os pleitos que lhe são dirigidos. Tanto no Judiciário quanto em âmbito administrativo, o direito a um processo de duração razoável há que ser respeitado. Mas, acima de tudo, importante é a diretriz construtiva a servir de norte ao agente público: o prestar serviços ao público, à meridiana luz do interesse público.

2. ÉTICA NO AGIR DA ADMINISTRAÇÃO EM JUÍZO

2.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO

2.1.1 O Estado e o Funcionário Público

Das priscas eras, vem-nos notícia da organização social em sua forma mais rudimentar, determinada pela necessidade de aumentar a força de defesa dos agrupamentos humanos contra as vicissitudes do tempo e a ação dos predadores. Gradativamente, as instituições advieram, a partir da família, esta já esboçada no próprio instinto de defesa da prole para preservação da espécie. Fatores como etnia, solução de problemas comuns a todos os indivíduos, normatização dos comportamentos com restrição das liberdades individuais, tudo estava a exigir uma estrutura organizacional, em que ocorrida delegação de poderes, de competência decisória, seja aos mais fortes, seja aos mais sábios, seja aos mais experientes, seja àqueles que por presunção acatada pela maioria desfrutassem do favor das deidades.

Karl Larenz registra em seu autorizado magistério:

...entendemos el Estado, en primera línea, como una asociación de hombres conformada por leyes jurídicas, esto es, como una 'corporación'. Lo cual no es de ningún modo algo obvio. No debe tampoco perderse de vista que el Estado, merced al señorío que ejerce dentro de su territorio, muestra un poder que lo diferencia de las demás corporaciones. Si pensamos que en la Edad Media el Estado aparecía esencialmente como una unión fundada por medio de una relación fiduciaria con el señor; que Lutero lo entendía como la 'autoridad' y que todavía en el siglo XIX el filósofo del Derecho Julius Stahl lo consideraba como 'corporación' existe una afirmación de grandes vuelos cuyas razones ahora no podemos exponer, porque nos conduciría a

una Filosofía del Estado, pero que consideramos aceptable. Como corporación, el Estado es un conjunto de personas, sustentado por los miembros que a él pertenecen, los ciudadanos, y configurado por la colaboración de todos realizada en las formas previstas para tanto. Al mismo tiempo, sin embargo, está separado de los particulares por medio de una organización – su constitución corporativa – que le proporciona duración y capacidad de actuación. Los ciudadanos solo son ‘el Estado’ por su unión en la totalidad. El Estado se encuentra con cada uno de sus miembros en una relación jurídica, derechos y deberes, entre los cuales están para el particular, por su condición de ciudadano del Estado, los deberes de colaboración.

A diferencia de las asociaciones de Derecho Privado, el Estado es una corporación, a la cual el particular no pertenece por lo regular en virtud de un acto voluntario de ingreso y, por tanto, de una decisión de su voluntad, sino con base en una ley estatal, que liga la ciudadanía del Estado a un determinado supuesto de hecho, como el linaje o el lugar de nacimiento. En este sentido es una condición personal de carácter forzoso, lo que está en contraposición con el principio de autodeterminación. Esto es tanto más gravoso cuando el Estado, por medio de sus leyes y de las ordenanzas que produce con fundamento en tales leyes, interviene en la vida del particular de modo mucho más profundo de lo que podría hacer cualquier corporación privada. El Estado se arroga también el derecho de ejecutar coactivamente sus órdenes. El sometimiento del ciudadano individual al ‘poder del Estado’ y especialmente la forzosa condición de miembro, no pueden considerarse sin más como ‘Derecho justo’. Necesitan una justificación que permita conocer las condiciones bajo las cuales pueden conciliarse con el ‘Derecho justo’. Es este un problema específico de la Filosofía del Derecho que no podemos esquivar en el marco de un debate sobre ‘el Derecho justo’.¹³⁴

A compreensão de Estado não se faz completa sem o entendimento da expressão “Estado de Direito”, assim vista por Marie-Joëlle Redor:

A vrai dire, les conceptions jusnaturalistes ne séparaient pas le droit et la politique comme le fait la pensée juridique moderne. Or l’Etat de droit révolutionnaire se situe à mi-chemin du droit naturel et du droit positif: les gouvernants sont tenus de respecter la Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen qui énumère les droits naturels et imprescriptibles de l’homme; le juge et l’administration doivent se soumettre à la loi qui à la fois l’expression de la volonté générale et l’oeuvre du législateur. La légitimité du système vient de ce que celui-ci respecte la volonté générale et le droit naturel et de ce que les autres gouvernants obéissent à la loi. Elle repose donc sur la suprématie de la loi, initialement sur la suprématie de la volonté générale, volonté commune supposée raisonnable plutôt qu’addition de volontés particulières, mais rapidement assimilée à la volonté du législateur.

Cette première version de l’Etat de droit semble correspondre à ce que Carré de Malberg désigne sous le nom d’“l’Etat legal”, c’est-à-dire un Etat du règne de la loi, ‘un Etat dans lequel tout acte de puissance administrative présuppose une loi à laquelle il se rattache et dont il est destiné à assurer l’exécution.’ Mais pour l’auteur de la Contribution, cet Etat legal se différencie de l’Etat de droit à trois points de vue:

¹³⁴ LARENZ, Karl. *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Porto Alegre: Civitas, 1993. p. 13.

-D'abord, l'Etat legal se rattache à une 'conception politique ayant trait à l'organisation fondamentale des pouvoirs, conception selon laquelle l'autorité administrative doit, dans tous les cas et en toutes matières, être subordonnée à l'organe législatif', l'Etat de droit au contraire serait, selon lui, uniquement établi pour la sauvegarde des citoyens dans la mesure où il assure à ces derniers 'un pouvoir juridique d'agir devant une autorité juridictionnelle'.

Ensuite, l'Etat de droit peut se concilier avec toutes les formes gouvernementales,, alors que l'Etat legal constitue par lui même une forme spéciale de gouvernement.

Enfin, l'Etat legal tend purement et simplement à assurer la suprématie du Corps Législatif', alors que le régime de l'Etat de droit 'exige la subordination de l'administration aussi bien aux règlements administratifs eux-mêmes qu'aux lois. Em outre, le développement naturel du principe sur lequel repose l'Etat de droit impliquerait que le législateur lui-même ne peut point, par des lois faites à titre particulier, déroger aux règles générales consacrées par la législation existante. Et il serait pareillement conforme à l'esprit de ce regime que la Constitution détermine supérieurement et garantisse aux citoyens ceux des droits individuels qui doivent demeur au-dessus des atteintes du législateur. Le regime de l'Etat de droit est un système de limitation, non seulement des autorités administratives, mais aussi du Corp s Législatif.¹³⁵

Hermann Nohl aponta:

Al considerar la naturaleza moral del hombre – con tendencias sociales innatas o puramente egoístas- resultaban diversas posibilidades de construcción. Pero en todas ellas el individuo era la única realidad, aparecía emancipado de todos los vínculos con que lo atan la historia y la sociedad, sólo responsable ante sí mismo y ante su consciencia; y el sentido de moral objetivo debía inferirse de sus libres intenciones. El resultado positivo de esta evolución fue la obtención de la autonomía moral, su reverso, la atomización de todo espíritu de comunidad y la autárquica soberanía del individuo exclusivamente atendido a su propia fuerza.”

(...)

En los tiempos modernos surgió la época de la ruptura de los antiguos vínculos morales, el Estado del despotismo ilustrado y, dentro de él, una nueva casta con su propia ética: la de los funcionarios públicos. Originalmente instrumento del poder ejecutivo, careció de independencia y no sirvió a sus propios intereses, sino a los ajenos. En el Estado moderno, estos intereses se convirtieron cada vez más en intereses generales y el funcionario en un representante del derecho público y, más allá de éste, de la cultura objetiva. Surgió así espontáneamente un estado cuya existencia refuta la tesis de la independencia absoluta del individuo; para quien es honra representar los intereses generales; que de ello deriva su dignidad de funcionario del Estado. Y el uniforme de la voluntad general que viste no es sólo expresión de poder, sino del valor moral que representa y, por lo tanto, confiere hasta al hombre pequeño un coraje y una energía que no brotan de sus fuerzas personales. La corrupción en las esferas oficiales no es sino un aprovechamiento de un puesto público poniéndolo al servicio de intereses privados.¹³⁶

¹³⁵ REDOR, Marie-Joelle. *De l'état legal a l'état de droit*. Paris: Économica, 1992. p. 113.

¹³⁶ NOHL, Hermann. *Introducción a la ética*. México: Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 1993.

Insistimos em reconhecer que, no geral, há postura ética no servidor público, que em sua grande maioria é cômico de suas responsabilidades e labuta em prol de uma causa maior, aquela que dá sentido finalístico à instituição em que ele se insere. É óbvio, todavia, que o perfilamento nas trincheiras da luta cotidiana de um órgão não pode ser feito extremadamente. O “vestir a camisa da instituição” não pode levar à cegueira de acreditar-se que ela está sempre certa; que sua defesa deve ser feita a qualquer custo. Não se pode desprezar o idealismo de quem acredita no próprio trabalho; de quem se realiza em sentir-se útil ao próximo e à coletividade; de quem se sente parte de uma engrenagem benéfica. Mas há que se temperar tal sentimento com a dose suficiente de razoabilidade, para que não se caia na antiga falácia de que os fins justificam os meios.

Toda hermenêutica administrativa deve levar em conta um norte, uma diretriz maior: o interesse público. A dificuldade que muitas vezes o servidor público - e entre eles o advogado público - enfrenta é saber discernir entre o interesse público e o interesse do órgão público, que, não são necessariamente a mesma coisa; podem ou não coincidir.

Assim, um tributo inconstitucional pode ser de interesse do órgão público carente de receita; mas, evidentemente, não é de interesse público; que este reside primordialmente no respeito à Lei Maior, contingente do pacto social que propicia tranqüilidade jurídica ao cidadão. Esta visão de ética interna há de fazer com que o servidor público não se ponha a favor do Estado e contra o cidadão; o Estado tem como finalidade maior o exercício pleno da cidadania, com preservação da liberdade e com o desenvolvimento máximo possível da pessoa em todas as suas potencialidades.

O servidor público deve estar sempre consciente de que é seu mister resolver problemas alheios, obviamente dentro dos limites do que é moral e legal. Às vezes, encontra ele conflito entre o que é justo o que está no manual interno de procedimentos; e, agrilhado às correntes da vinculação exacerbada, que não lhe dá margem a interpretações, que não lhe faculta espaço de discricionariedade, acaba lamentavelmente por optar pela comodidade do “não” ou pela transferência do conflito para foro outro, geralmente para o Judiciário.

Cumpra que a quem lida com a coisa pública se lhe ofereça formação específica, em que se mostre a *anima* da instituição, para que, imbuído das virtudes necessárias ao bom desempenho de suas tarefas, faça-se instrumento de persecução dos bens maiores. Imprescindível, outrossim, que se lhe empreste, ao funcionário público, a dose de confiança para que ele próprio se sinta imbuído de responsabilidade. Existe, no país, uma desconfiança geral, que talvez agora se agrave em decorrência das escandalosas descobertas de atos de corrupção nos meios políticos. Desde o juiz, que tem suas sentenças contra a Fazenda Pública sujeita a um absurdo reexame necessário, até o servidor a quem se nega um mínimo de capacidade interpretativa, num quadro de exagerada vinculação em que se debruça a sombra de uma caça às bruxas a tolher salutar iniciativas, tudo parece transpirar desconfiança. É certo que a falibilidade é inerente à pessoa humana. Mas a recusa generalizada de um crédito de confiança nas pessoas produz um amplo *déficit* de eficácia, pois que se multiplicam os meios de controle, como se todo o universo de pessoas que servem ao público fossem corruptos. Um país somente se constrói com valores. Ou aprendemos, em casa e na escola, o culto dos sagrados valores éticos, ou ficaremos sujeitos a uma desconfiança no próprio homem,

a criar uma desconfiança recíproca a acrescentar custos imensos à atuação administrativa, furtando-lhe eficácia, tornando pesada a máquina administrativa.

Observados os recursos humanos de que a Administração dispõe, passa-se, agora, a um breve estudo sobre a maneira como são tomadas as decisões, a partir de uma breve abordagem sobre o contencioso administrativo.

2.1.2 O contencioso administrativo no Brasil

O contencioso administrativo de modelo francês guarda sua origem no Ancien Régime, delegado que foi pelo rei ao Conselho de Ministros as questões de interesse do Estado. Quando da Revolução Francesa, deu-se toda força e evidência ao mesmo Conselho, demarcando-se em fortes linhas as funções judiciárias e administrativas. Aos 13 de dezembro de 1799, instala-se o famoso Conselho de Estado, com o mister de “redigir os projetos de lei e de regulamentação da administração pública e de resolver as dificuldades que se criarem em matéria administrativa.” A partir de então, gradativamente foram-se aperfeiçoando as instâncias administrativas, com o advento dos tribunais administrativos, que exercem o papel de juízes comuns do contencioso administrativo. A 31 de dezembro de 1987, surgem os Tribunais de Recursos, representando uma segunda instância entre os tribunais administrativos e o Conselho de Estado. Atualmente, na França, há uma jurisdição organizada em três níveis, compreendendo cerca de quarenta jurisdições especializadas, subordinadas ao Conselho de Estado. Cuidam os tribunais administrativos de problemas envolvendo a imigração

ilegal (*sans papier*), processos administrativos disciplinares de servidores públicos, regulamentação e ética das profissões liberais, projetos de assistência social etc.

Afora a questão da competência, não são hoje, na França, demasiadamente marcantes as distinções entre a magistratura administrativa e a jurisdicional propriamente dita; a principal delas é que o magistrado administrativo é oriundo da Escola Nacional de Administração; e, não, da Escola Nacional de Magistratura. Há, na hierarquia superior, uma distinção honorífica, que empresta condição de presidente ao Primeiro-Ministro; mas quem realmente encarna a principal figura do Conselho de Estado é seu Vice-Presidente. Guarda o Conselho de Estado, além do julgamento das causas administrativas, também função consultiva. Ele dá parecer sobre todos os projetos de lei e de decretos-leis mais importantes.

No que concerne ao nosso país, cabe perquirir, primeiramente, se existe de fato um contencioso administrativo no Brasil. A resposta aparece negativa se considerado como tal apenas o modelo francês. Mas é positiva quando se considera a presença de instâncias recursais *intra muros* da Administração, como os Conselhos de Contribuintes, as Juntas de Recursos da Previdência Social e o Conselho de Recursos da Previdência Social.

O Conselho de Recursos da Previdência Social, segundo informações prestadas no site do INSS na internet, “é um órgão colegiado, integrante da estrutura da Previdência social, que funciona como um tribunal administrativo e tem por função básica mediar os litígios entre segurados ou empresas e a Previdência Social.” É formado por 6 (seis) Câmaras de Julgamento-CAJs, localizadas em Brasília-DF, que julgam em segunda e última instância questões administrativas concernentes a benefícios; a 2ª e a 4ª

também julgam matéria de custeio. Sua presidência é exercida por um representante do Governo, com notório conhecimento de legislação previdenciária, nomeado pelo Ministro de Estado da Previdência Social.

Verifica-se um estranho fenômeno neste país, a “administrativação” do Judiciário. Enquanto que o contencioso administrativo francês assumiu sua condição de órgão jurisdicional, integrando-se ao Poder Judiciário, distanciando-se da Administração, o Poder Judiciário no Brasil sofre um processo de burocratização, em face do controle externo, da adoção distorcida do sistema de “precedentes”, mal copiado do sistema da “common law”. A judicialização de todos os conflitos administrativos, a falta de confiança nos funcionários e a conseqüente carência de resolutividade dos agentes públicos, a pleora de processos disso resultante, tudo leva a uma remessa ao foro de problemas de toda ordem, que poderiam encontrar solução no próprio âmbito da Administração.

Os órgãos de contencioso administrativo no Brasil, apesar de seu acanhado modelo, vêm resistindo heroicamente, tanto os Conselhos de Contribuintes quanto as Juntas de Recursos e o Conselho de Recursos da Previdência Social.

O Decreto nº 16.580, de 04 de setembro de 1924, ao instituir um Conselho de Contribuintes em cada Estado e no Distrito Federal, com competência para julgamento de recursos referentes ao Imposto de Renda, deu origem à história dos órgãos específicos de contencioso administrativo existentes no Brasil. Seria cada órgão formado de cinco membros escolhidos entre contribuintes do comércio, indústria, profissionais liberais e funcionários públicos, nomeados pelo Ministro da Fazenda. O único a ser instalado, contudo, foi o do Distrito Federal, que iniciou suas funções aos 14 de setembro de 1925.

Adveio, a seguir, o Decreto nº 20.350, de 31 de agosto de 1931, que criou o Conselho de Contribuintes na Capital, com competência para julgamento dos recursos que antes eram interpostos perante o Ministro da Fazenda, referentes aos impostos sobre consumo, sobre classificação e valor de mercadorias pelas Alfândegas, além de multas aplicadas por infração de leis e regulamentos fiscais. Refugiam, contudo, da competência do Conselho as questões referentes ao Imposto sobre a Renda, que continuaram sob regência do Decreto nº 16.580, supramencionado. O Conselho criado em 1931 era formado por doze membros, cujo mandato era de dois anos. Dentre seus componentes, havia um representante da Fazenda Pública, designado para acompanhamento e esclarecimento das discussões travadas, assessorado este por uma Secretaria.

Em 1934, por força do Decreto nº 24.036, de 26 de março de 1934, foram extintos os Conselhos existentes, instituindo-se, então, como órgãos recursais, os seguintes: a) 1º Conselho de Contribuintes (competente para recursos referentes ao imposto de renda, imposto do selo e imposto sobre vendas mercantis); b) 2º Conselho de Contribuintes (concernente ao imposto de consumo, à taxa de viação e aos demais impostos, taxas e contribuições cujo julgamento não estivesse atribuído ao 1º Conselho). Questões pertinentes à classificação, ao valor, ao contrabando e a quaisquer outros temas decorrentes de leis ou regulamentos aduaneiros foram atribuídos ao Conselho Superior de Tarifas. O 1º Conselho foi instalado no antigo edifício do Tesouro Nacional, na Avenida Passos, no Rio de Janeiro.

Nos idos de 1964, pelo Decreto nº 54.767, foi criado o 3º Conselho de Contribuintes, mediante o desmembramento da 2ª Câmara do 2º Conselho.

Aos 6 de março de 1972, *ex vi* do Decreto nº 70.235, foi criado o 4º Conselho de Contribuintes, em razão de nova denominação emprestada ao Conselho Superior de Tarifa e de nova distribuição de competências, assim: 1º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre a Renda e proventos de qualquer natureza; 2º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre Produtos Industrializados; 3º Conselho de Contribuintes: tributos estaduais e municipais que competem à União nos Territórios e demais tributos federais, com exceção daqueles incluídos na competência julgadora de outro órgão da administração federal; 4º Conselho de Contribuintes: Imposto sobre Importação, Imposto sobre Exportação e demais tributos aduaneiros, além de infrações cambiais relacionadas com importação e exportação.

Em 1977, com o advento do Decreto 79.630, de 29 de abril, extinguiu-se o 3º Conselho, transferidas suas atribuições e competência para o 2º Conselho.

Hodiernamente, existem três Conselhos de Contribuintes, cada qual organizado em Câmaras com oito Conselheiros e quatro Suplentes, divididos igualmente entre Representantes da Fazenda e Representantes dos Contribuintes, sendo o Primeiro Conselho formado por oito Câmaras; o Segundo, por quatro Câmaras; e o Terceiro, por três.

Desde os idos de 1549, época colonial, criou-se neste país o Conselho de Contribuintes; em princípio, não se utilizou a forma de colegiado hoje adotada, havia somente uma instância recursal, em que funcionava como julgador o provedor-mor da Fazenda Nacional, auxiliado nesse mister por duas pessoas letradas. Nos idos de 1760, foram criadas as Juntas de Administração e Arrecadação da Real Fazenda, já com órgãos colegiados nas duas instâncias. Sob inspiração do Marquês de Pombal, no ano de 1808,

criou-se um órgão julgador de última instância administrativa, o Tribunal do Conselho da Fazenda, com jurisdição contenciosa e administrativa. Em 1831, ocorreu a divisão do referido Tribunal, que deu origem ao Tribunal do Tesouro Nacional e os juízes dos territórios.

O Conselho de Contribuintes foi criado pelo Decreto nº 16.580, de 04.09.1924, com competência para julgamento de recursos referentes ao Imposto sobre a Renda, “cujos cinco membros seriam escolhidos entre os contribuintes representantes de diversos setores sociais de funcionários públicos, todos de reconhecida idoneidade e nomeados pelo Ministro da Fazenda.”³⁶ Instituições muito respeitadas, os Conselhos de Contribuintes vêm funcionando com elevado padrão de qualidade e pela imparcialidade refletida em suas decisões.

Nos seus primeiros tempos de existência, funcionavam os Conselhos à míngua de profundidade doutrinária e jurisprudencial; isso porque a jurisprudência fiscal era incipiente, do mesmo modo que rareava doutrina em matéria fiscal. Gradativamente, foram os julgados enriquecidos pelos estudos cada vez mais substanciosos do Direito Tributário.

As decisões dos órgãos recursais administrativos não fazem coisa julgada, muito embora seja tão comum falar-se em *res judicata* administrativa; pois esta é uma simples espécie de preclusão, que significa que, em âmbito administrativo, esgotaram-se os canais de recurso, chegando-se a uma solução que, definitiva apenas na órbita administrativa, não refoge ao conhecimento do Judiciário. Trata-se de irretratabilidade perante a própria Administração.

A distância existente entre o contencioso administrativo e a advocacia pública é muito grande; entregar à advocacia pública a solução dos recursos administrativos, com o novo delineamento de conduta ética e maior discricionariedade que ora propomos, tranqüilamente eliminaria procedimentos, evitaria disparidade entre as decisões de recursos internos e as teses defendidas em juízo pelas entidades públicas; enfim, daria uma resposta concreta a problemas que fatalmente iriam desaguar no Judiciário.

Acatamos o alerta de Nadine Poulet-Gibot Leclerc¹³⁷ no sentido de que as funções de administrar e julgar são distintas, e não devem ser confundidas, assim:

*Il n'est pas possible de confondre les deux notions sur le plan organique. L'appareil judiciaire a sa structure propre qui est différente de la hiérarchie administrative. Il arrive qu'il soit chargé exceptionnellement de fonctions administratives. Mais on ne peut les confondre sur le plan matériel. Le juge résout des litiges en appliquant une règle de droit à la situation qui lui est soumise et n'intervient que s'il est saisi. L'Administration, au contraire, agit hors de toute contestation, de sa propre initiative, non pour appliquer le droit, mais pour lui conformer son action.*¹³⁸

No entanto, o defeito de confundirem-se misteres de administrador e juiz já existe no sistema brasileiro; e, em se analisando o papel da advocacia pública consultiva, ter-se-ia realmente menos um julgamento como ora existe em nosso esboço de contencioso administrativo; muito mais, uma tomada de posição da própria Administração, que antecede o conflito – e que, portanto, não constituiria julgamento. De fato, toda tomada de decisão constitui, *lato sensu*, julgamento, porque constitui escolha, primeiramente, entre o fazer e o não fazer; depois, entre um ou outro *modus operandi* e entre um ou outro dos comportamentos possíveis para a resolução do problema.

¹³⁷ LECLERC, Nadine Poulet-Gibot. *Droit administrative*. Paris: Bréal Editions, 1995. p. 9

¹³⁸ LECLERC, 1995., p. 9.

O processo administrativo, surgido na metade do Século XIX, propicia à Administração Pública rever seus próprios atos no âmbito da própria Administração. A Constituição Brasileira (Art. 5º, LV) assegura ampla defesa tanto no processo judicial quanto no administrativo, deixando clara a possibilidade de um reexame dos atos administrativos na própria esfera administrativa. A natureza do processo administrativo vem sendo, hodiernamente, objeto de profundos estudos, havendo quem lhe empreste natureza jurisdicional. O que importa ora na questão é a existência ou não da “coisa julgada administrativa”, havida por Hely Lopes Meirelles como mera forma de preclusão a tolher a Administração internamente, não lhe reconhecendo “a força conclusiva do ato jurisdicional do Poder Judiciário”, à míngua daquilo que os publicistas norte-americanos chamam “*the final enforcing power.*”¹³⁹ A pergunta é: pode a Administração entrar em juízo buscando desfazimento de decisão do próprio contencioso administrativo? A respeito, preleciona Ana Paula Peres Falcão, citando Alberto Xavier,¹⁴⁰ *verbis*:

*... não faria, na verdade, qualquer sentido que a Administração pública – que já é dotada do privilégio de praticar atos imediatamente executórios – e que é, além disso, obrigada constitucionalmente a exercer imparcialmente funções de autocontrole da legalidade dos seus atos mediante processo administrativo, baseado nos princípios de ampla defesa e do contraditório, pudesse rebelar-se contra decisões definitivas dos seus próprios órgãos judicantes, ou seja, venire contra factum proprium.*¹⁴¹

Em igual diapasão, a mesma autora aponta preleção de Kiyoshi Harada,¹⁴² assim:

¹³⁹ LECLERC, 1995, p. 582.

¹⁴⁰ XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

¹⁴¹ ALVES, Ana Paula Peres Falcão. *A impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões administrativas desfavoráveis ao fisco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4972>> Acesso em: 10 nov. 2006.

¹⁴² HARADA, Kiyoshi. *Processo Administrativo Tributário*. MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Nova Série-5, co-edição. São Paulo: RT, 1999. p. 369.

A exemplo da decisão judicial, a decisão administrativa fiscal de que não caiba mais recurso faz coisa julgada, vinculando a Administração Pública aos seus termos. (...) Não é dado à Administração Pública recorrer ao Judiciário para invalidar a sua própria decisão proferida, regularmente, em processo administrativo fiscal. No processo administrativo fiscal, a Fazenda Pública é juiz e parte ao mesmo tempo (...). Assim, atentaria contra o princípio da moralidade administrativa o fato de a Administração não querer se sujeitar à decisão que ela própria proferiu, no exercício regular de suas atribuições. Seria o mesmo que autodestruir o poder legalmente exercitado pela Administração, só porque resultou em uma decisão que é contrária aos seus interesses privados.¹⁴³

Cumpre registrar que, ao voltar-se a Administração contra seus próprios atos, fica à míngua de interesse processual. A reabertura em juízo de um processo encerrado pela própria Administração é atitude marcadamente aética; significa tal faculdade o poder de procrastinar o atendimento do direito já reconhecido, flagrante excesso de defesa que merece todo repúdio. Obviamente, tais decisões, tais quais os atos jurídicos e as sentenças judiciais, estão sujeitas à declaração de nulidade, se contiverem vícios cuja gravidade venha a contaminar sua validade jurídica, v.g. aqueles em que a declaração do agente público seja produto de coação. Afora tais patologias, fere profundamente a ética que o administrado, seja segurado ou contribuinte, seja vítima de uma dissidência administrativa intestina que inaugure outra via crucis de persecução de seu direito além daquela já vitoriosamente percorrida. É preciso que a advocacia pública tenha consciência de que não defende um cliente comum, como se faz na advocacia particular; não pode o procurador fazer voltar-se a entidade pública contra a própria finalidade, transformando o processo numa batalha sem fim, por mero espírito de emulação, onde teimosamente se hão de esgotar os meios mesmo quando faleçam razões.

¹⁴³ HARADA, 1999, 372.

2.1.3 O papel da advocacia pública

À advocacia pública está destinado um papel ímpar na solução dos problemas do Judiciário brasileiro e na implantação de um Estado Democrático de Direito que realmente minore as diferenças sociais e esteja mais próximo da aplicação da verdadeira justiça. Somente ela detém condições de emprestar maior resolutividade à Administração, emprestando-lhe eficácia. Da imitação da advocacia privada, trouxe ela alguns vícios que têm prejudicado muito a atividade judiciária, principalmente no que diz respeito à utilização de artifícios de chicana e ao abuso na utilização dos recursos. No entanto, enquanto as grandes empresas privadas possuem um corpo jurídico que lhes presta assistência constante, não é comum a presença do advogado público no palco da tomada das decisões administrativas. Com a autoridade técnica de um profissional concursado, e, portanto, qualificado; com a credibilidade que se lhe deve emprestar; com o apoio em estudo detalhado da matéria; com fulcro em explicitados fundamentos, pode a autoridade administrativa solucionar a maior parte dos problemas que hoje abarrotam os cartórios. Basta que se dê a um parecer jurídico peso maior do que o que hoje se lhe atribui. Na situação atual, a grande maioria das sentenças que o juiz é levado a proferir em nada diferem do conteúdo que teriam os pareceres administrativos se a questão, oportunamente, tivesse sido submetida ao departamento jurídico do órgão público.

Não se pode permitir a coexistência de uma “administrativização” do Judiciário e de uma deformação do escopo da advocacia pública. É, sim, uma questão de ética. O abuso do direito de defesa, a improvisação de artifícios procrastinatórios, o contender apenas pela emulação, tudo isso é consequência de uma política administrativa pautada em desconfiança, em falência de valores, no medo da responsabilidade, na

omissão demissionária dos ideais de servir ao público. Não estou aqui a criticar determinadas procuradorias ou determinados procuradores. Estou é repudiando a política de recorrer de tudo, de formular peças desarrazoadas, de embaraçar o pagamento de parcelas incontroversas, de procrastinar inutilmente o andamento dos feitos judiciais. O órgão público não pode prescindir de advogados que a aconselhem a discutir apenas onde caiba discutir; a recorrer apenas onde necessário o recurso.

Lamentável que a Administração seja considerada como litigante de má-fé; mais deplorável, ainda, é que sanções econômicas sejam aplicadas pelos juízes sem que tal fato provoque reação qualquer por parte dos órgãos incumbidos da representação judicial das entidades públicas. Há uma insensibilidade, como se fosse bem natural que uma instituição malfira a dignidade da Justiça, pecando contra os deveres de lealdade ínsito nas normas que regem o contraditório.

Uma das mais gritantes teratologias da vida cotidiana dos cartórios tem sido o abuso da utilização dos embargos de declaração. A Súmula nº 98 do Superior Tribunal de Justiça, em negando índole procrastinatória aos embargos de declaração opostos para suprir a ausência de oportuno prequestionamento, vem ensejando uma multiplicidade de recursos, num abuso que chega às raias do absurdo, onerando os cofres públicos pesadamente, tão-só para que se diga se o artigo tal da lei tal, que sequer foi suscitado durante a lide, não teria sido vulnerado.

Consabidamente, a movimentação da máquina do Judiciário representa gasto. O tempo do servidor há de ser aproveitado em benefício do serviço público; jamais, em expedientes inócuos, protelatórios, nocivos à marcha processual. As verbas públicas gastas com a manutenção dos Tribunais exigem evitar expedientes avessos ao

bom andamento dos processos; o assoberbamento dos cartórios é um mal que pode ser diminuído ou mesmo debelado com uma dose de racionalização. Se realmente existe uma intenção política de emprestar celeridade aos feitos judiciais, cumpre que a própria Administração se conscientize de que os recursos devem ser utilizados comedidamente.

É verdade, sim, que a exigência dos Tribunais Superiores da existência do prequestionamento causa a necessidade dos declaratórios; todavia, mesmo que a solução exista apenas *de lege ferenda*, cumpre seja estimulada a elaboração de lei que resolva a questão, uma vez que os cofres públicos e o Judiciário não podem continuar a arcar com o festival de recursos desnecessários hoje existente.

Em se falando de recursos, muito se tem escrito no Brasil sobre a existência de remédios processuais em demasia. Entendemos nós, contudo, que o mal não se encontra na pluralidade de meios, mas na utilização abusiva que deles fazem as partes; em especial, as entidades de direito público.

Observamos, no que tange à admissibilidade de recursos, as seguintes distorções: a) Depois de modificada a legislação pertinente para permitir que enfrentada qualquer decisão judicial contingente de carga qualquer de lesividade por agravo de instrumento, ainda se admite mandado de segurança contra atos judiciais, problema agora tornado mais grave pela Lei nº 11.187/2005, que, ao tornar irrecurável o despacho que transforma o agravo de instrumento em retido, deixou como única opção o *writ of mandamus*; b) A vetusta e antipática “correição parcial” ainda aparece admitida em alguns regimentos de alguns Tribunais, como se atualmente subsistissem quaisquer despachos lesivos que não comportassem enfrentamento por agravo de instrumento; c) A suspensão de segurança, instrumento de absoluta excepcionalidade, a ser utilizada apenas

em casos de grandes riscos de grandes prejuízos, passou hoje a constituir mais um recurso, cujo exercício tornou-se cotidiano; d) Recursos têm sido utilizados pela União para tentar frustrar pagamentos concernentes à parte que, porque não enfrentada nos embargos, mostra-se incontroversa na execução.

Difícil adjetivar, em termos de moralidade, o comportamento de uma entidade pública que abusa dos recursos, que utiliza artifícios de chicana, que se recusa a pagar valores que ela mesma não discute. Já não bastassem os precatórios, em si mesmos uma gritante injustiça, concede-se ainda à Administração Pública também uma moratória, para que pagos em parcelas valores a que a parte provou ao total esgotamento que faz jus.

Mais doloroso é saber que, depois de enfrentadas todas as urzes, franças e escarpados do tortuoso caminho processual, alcançada *uma res judicata* que hoje se pretende flexibilizar, debilitando ainda mais o restinho de segurança jurídica que ainda resta, surge a figura pavorosa do precatório, que, se antes já era uma institucionalização da imoralidade, hoje alcança dimensão de verdadeiro acinte. André Luiz Borges Netto, em termos candentes, assevera que

*o Congresso Nacional, atuando de forma abusiva e imoral, acabou por decretar aquilo que deixou satisfeitos inúmeros governantes, que estão a se valer daquela previsão constitucional para efetivamente deixar de pagar o valor contido em precatórios.*¹⁴⁴

Acrescentando a seguir que

*mais uma vez, tal como já ocorrera em 1988, com a edição do art. 33 do ADCT, os credores da Fazenda Pública venham a ser envolvidos em um novo e famigerado calote, situação que denigre a imagem do Poder Público como um todo, imagem que já não é das melhores, exatamente em razão de que não são honrados os compromissos assumidos.*¹⁴⁵

¹⁴⁴ BORGES NETTO, André Luiz. EC 30: a emenda do calote dos precatórios. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 4, n.46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=841>> Acesso em: 05 jul. 2006.

¹⁴⁵ BORGES NETTO, 2000.

Espanta-se o autor com a ousadia de determinado Senador (o autor da proposta na Comissão de Constituição e Justiça) em explicar que a medida viria em benefício dos credores, pois que permitiria que os precatórios, finalmente, passassem a ser pagos. E aponta:

Lendo esse tipo de notícia, o cidadão comum passa a se imaginar como burro ou estúpido, desconfiando da própria inteligência. Com efeito, a tal Emenda instituiu ou não um calote, em razão de ter postergado o pagamento dos precatórios por mais 10 anos? Se isto é verdade, como pode ser possível afirmar que 'agora sim os credores irão receber? Parece até que vivemos num mundo de fantasia, onde a incredulidade aumenta a cada dia, quando se lê o jornal de manhã.¹⁴⁶

A ausência de ética suga a alegria de ser. Aos que gostam do poder, a eles pode parecer grandes vitórias a vantagem que a instituição pública leva em decorrência de distorções jurídicas, que atropelam direitos, que retiram recursos de hipossuficientes, que acrescentam às burras do Tesouro aquilo que lhe não é devido. A perda do sentido de solidariedade, o embaciamento da visão do *outro*, a infantil sensação do exercício do arbítrio, tais são os resultados do afrouxamento dos preceitos éticos; e há quem se faça instrumento de um sistema injusto envidando ingentes esforços no autoconvencimento de que realmente esteja servindo à causa pública. Tanto a pessoa desonesta quanto a instituição desonesta traem a si próprias, negam sua própria finalidade, perdem-se em veredas falaciosas.

Abordaremos, a seguir, tópicos de diversas áreas de direito úteis a uma avaliação de como atua a Administração Pública em juízo.

¹⁴⁶ BORGES NETTO, 2000.

2.1.4 A Administração Pública no Direito Tributário

Aos que estudam Direito Tributário remetam-se escusas se a crítica que ora se tece lhes parecer demasiadamente radical. Deploro o estado a que chegou nosso universo fiscal, em que as distorções do sistema alcançaram tais dimensões que não mais se pode sequer asseverar que o Brasil é uma federação. A distribuição de receitas apresenta tamanha patologia que se pode adjetivá-la de teratológica. A principal razão consiste em que se admitiu como jurídica a retirada da contribuição social do âmbito da parafiscalidade; e, hoje, a receita da União proveniente de contribuições sociais supera extraordinariamente aquela advinda de impostos tradicionais.¹⁴⁷

Assim, quebrou-se a proporcionalidade na participação das receitas públicas; o que, irrecusavelmente, centraliza o poder, deixando Estados e Municípios praticamente sem autonomia, em dependência eternizada à Capital.

As ranhuras na ética já se evidenciam na constatação da existência de um caldo de cultura na própria estratégia de governar, que, em vez de dotar a fiscalização dos tributos de uma estrutura eficiente, opta por aumentar a carga tributária para “compensar” a sonegação, pagando o inocente pelo pecador; que este continuará sonegando. Já mais de uma vez ouvimos comerciantes asseverando que é absolutamente impossível viver no comércio de uma forma rigorosamente honesta, pois que impossível competir em preços com quem possui o execrado “caixa 2”.

¹⁴⁷ As próprias tabelas de arrecadação liberadas pela Receita Federal na INTERNET mostram que em 2005 fez-se assim, em unidades de milhões:

IMPOSTO DE RENDA	127.261
IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO (exceto IPI vinculado)	21.562
IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO (e IPI VINCULADO)	14.779
CONTRIBUIÇÕES	175.898
OUTROS	14.056
DEMAIS RECEITAS	17.706

Em juízo, observa-se total desrespeito aos princípios constitucionais tributários; e a cada dia exurgem novos pretextos para mascarar de constitucionais figuras que evidentemente não o são. E, nos embates judiciais, se de um lado encontram-se advogados ávidos por garimpar inconstitucionalidades numa legislação que constantemente esbarra em princípios fundamentais do sistema tributário, de outro lado acha-se uma Administração forçada a defender cegamente teses absurdas ou indefensáveis.

A contribuição social habitava o âmbito da parafiscalidade. Discutiu-se, durante muito tempo, se guardava ou não ela índole de tributo; concluiu-se, por fim, por reconhecer a natureza tributária. Quando da criação do FINSOCIAL, diversas ações foram movidas ao argumento de que inconstitucional a exação, em decorrência de que instituída e cobrada diretamente pela União. Ao argumento, *permissa maxima venia*, simplista, de que não era relevante quem arrecadava ou quem fiscalizava, mas para que fim se destinava o *quantum* arrecadado, a jurisprudência acatou como constitucional a exação. Refere Hugo de Brito Machado:

Não obstante inconstitucionais as contribuições criadas pela União, com suposto fundamento no art. 195, inciso I, da Constituição Federal, para integrarem o orçamento do Tesouro Nacional, continuam elas a ser arrecadadas pelo Tesouro Nacional, em flagrante violação ao disposto no art. 165, § 5º, combinado com o art. 194, parágrafo único, da Constituição Federal, que determinam tenha a seguridade social orçamento próprio e gestão descentralizada.

Não pode prevalecer, como sustentam alguns, por ignorância ou má fé, o princípio da unidade orçamentária. Esse princípio não pode sobrepor-se à Constituição Federal, que estabeleceu de forma diferente exatamente para superar tal princípio, que ficou restrito às contas do Tesouro e das autarquias comuns. Não se aplica à seguridade social, que se tornou uma autarquia de nível constitucional por força dos supra citados dispositivos.

Desgraçadamente, o Supremo Tribunal Federal, em momento de rara infelicidade, chancelou o abuso praticado pelas autoridades do Poder Executivo federal, ávidas de recursos financeiros, e para as quais é indiferente o destino dos pobres, velhos e doentes, em favor dos quais o constituinte de 1988 lançou as bases jurídicas para edificação de um dos mais modernos e avançados, senão o mais moderno e avançado sistema de seguridade do mundo.

A desinformação de muitos e o descaso dos poucos que efetivamente decidem está destruindo a obra do constituinte de 1988, e tudo leva a acreditar que, em breve, as contribuições sobre faturamento e sobre o lucro serão transformadas em impostos a engordar as burras do Tesouro Nacional.

O exame dos balanços gerais da União revela que as contribuições de previdência social, cujo total representava, em 1989, apenas 34% da receita tributária, passou a oscilar entre 110% a 121 % nos anos de 1990 até 1994. Em 1995, a arrecadação dessas contribuições correspondeu a mais de 148% da receita tributária. Em outras palavras, as contribuições de previdência corresponderam, em 1995, a quase vez e meia de tudo quanto a União arrecadou com todos os seus tributos.

Como se pode acreditar que a Seguridade Social esteja falida?

É mais razoável acreditar-se que as receitas desta, arrecadadas pelo Tesouro Nacional, sob as vistas complacentes do Supremo Tribunal Federal, estejam sendo desviadas para outras finalidades.

E, o que é ainda mais grave, é que as autoridades do governo utilizam-se do argumento de que a seguridade social, especialmente a área de saúde pública, está carente de recursos, para obter o apoio na criação de novos tributos, como aconteceu com a CPMF, porque a sensibilidade dos contribuintes não lhes permite recusar recursos para esse segmento do Estado. Segmento que, desgraçadamente, continuará carente, em virtude dos inevitáveis desvios, prestando-se, apenas, como argumento para seguidos aumentos da carga tributária.¹⁴⁸

Não ficou nisso, apenas, a deformação da contribuição social. Dentre as espécies previstas, a contribuição de intervenção no domínio econômico, que, consabidamente, deveria guardar duplo efeito; um mediato, extrafiscal, convivendo com o escopo imediato arrecadatório, aparece hoje como um ônus tributário atípico, a ser criado a livre talante, liberto de quaisquer condições. O ARFMM, o ATP e a contribuição para o extinto IAA aparecem, assim, como contribuições interventivas, sem que se consiga apontar onde está a outra conseqüência que não a de auferir receita. A intervenção no domínio econômico deve (ou, pelo menos, deveria) estar no estimular ou desestimular determinados comportamentos do mercado.

Tais flexibilizações de conceituação levaram a uma perplexidade: a quase-impossibilidade fática de criarem-se exações inconstitucionais, mesmo em tese,

¹⁴⁸ MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 359-60.

porquanto a figura que não encontrar enquadramento em todas as espécies existentes certamente poderá ser apelidada de contribuição de intervenção no domínio econômico. Já há quem repute interventivas as sobretarifas do seguro-apagão.

Assim, os princípios constitucionais tributários são cotidianamente alvo de truculentas violações, conforme se vê a seguir:

a) anterioridade e publicidade: A anualidade, adotada na Constituição de 1946, inibia a cobrança de tributos outros que não os previstos no orçamento anual. Averba Hugo de Brito Machado que

no regime da Constituição anterior, parte da doutrina sustentava a sobrevivência do princípio da anualidade, que é da maior importância, não apenas do ponto de vista estritamente tributário, mas principalmente do ponto de vista político, porque significa maior prestígio do Poder Legislativo. Se a cobrança de tributo, em cada ano, depende de autorização do Poder Legislativo, consubstanciada na aprovação do orçamento respectivo, entende-se que os representantes do povo no parlamento só autorizam a cobrança do tributo na medida em que aprovam o destino que o governo dará aos recursos arrecadados.¹⁴⁹

Optou-se no Brasil, inobstante, por adotar tão-somente o princípio da anterioridade, que veda a cobrança do tributo no mesmo exercício em que tenha sido publicada a lei que o instituiu ou aumentou.

No que concerne às contribuições sociais, estabeleceu a Constituição a “anterioridade mitigada”, em seu art. 195, que estampa: “§ 6º As contribuições sociais de que trata este artigo só poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o art. 150, III, b.”

¹⁴⁹ MACHADO, 2001, p. 81.

A anterioridade, ela sozinha, tal como instituída na Constituição, deixava, todavia, de dar eficácia ao princípio da não-surpresa, que a inspirou. É que a gana arrecadatória, no final de ano, chegou mesmo a ensejar lei criando ônus tributário publicada no dia 31 de dezembro. Assim, as empresas foram diversas vezes surpreendidas com aumento da carga tributária no início do exercício, sem tempo qualquer de adaptação de seus particulares orçamentos. O Supremo Tribunal Federal cristalizou o entendimento de que o estar vigente a lei que institua ou aumente tributos significa haver a lei sido publicada.¹⁵⁰

Observou-se, assim, que o contribuinte ficava, em certos casos, melhor dotado de proteção pela chamada “anterioridade mitigada”, própria das contribuições sociais de seguridade social, do que pela anterioridade propriamente dita. Ocorreu mesmo que, no afã de realizar um derradeiro acréscimo de receita, a publicação ocorreu no último dia do ano, véspera do dia 1º de janeiro, feriado; assim mesmo, considerada como atempada pelo Excelso Pretório¹⁵¹. Hodiernamente, por força da Emenda Constitucional nº 42, de 19 de dezembro de 2003), superou-se tal incongruência; tributos não podem ser cobrados antes de passados noventa dias da publicação da lei que os cria ou que os agrava.

b) igualdade: O princípio da igualdade vem sendo temperado pela jurisprudência pela observância da razoabilidade do discrimen (nexo plausível com a finalidade da norma). É de toda evidência que o “todos são iguais perante a lei” deve ser visto em toda a sua relatividade. O que se não tolera são discriminações em

¹⁵⁰ RE n. 85.829-SP, Rel. Exmo. Sr. Min. CORDEIRO GUERRA, 2ª T./STF, unânime, julg. em 22/10/1976.

¹⁵¹ RE 222.241-4-CE, Rel. Exmo. Sr. Min. ILMAR GALVÃO, 1ª T./STF, unânime, julg. em 17/03/1998.

favorecimento injusto. Para a realização completa do princípio, há necessidade de que se imprima uma certa flexibilidade no iterado posicionamento de que o juiz não deve ser legislador positivo. Tal tese vem servindo de pretexto a negativas de direitos por parte de magistrados temerosos. A moderna hermenêutica superou a adoração da letra da lei, assim como a busca da *mens legislatoris*, e mesmo da *mens legis*. Cumpre hoje ao intérprete emprestar o máximo de utilidade à lei. O julgador, ao subsumir o caso concreto à lei, não está somente aplicando a lei, mas todo o sistema jurídico. A vedação a que os magistrados e Tribunais deixem de conceder, sob fundamento de isonomia, o benefício de exclusão do crédito tributário deixa mal realizada a prestação jurisdicional; é dizer para a parte que ela está com a razão, mas que não se pode fazer nada... Agiu melhor, a nosso sentir, o Supremo Tribunal Federal quando, em matéria administrativa, concernente ao reajuste de 28% dos servidores públicos (RMS 22.307-DF), decidiu pela extensão aos servidores civis do percentual concedido por lei apenas aos militares. Há sensível diferença entre legislar, que é atividade do Legislativo, e a criação da norma, que é mister do juiz.

c) vedação de confisco: O tributo há de ter sempre uma contraprestação; exceção feita àquelas contribuições de seguridade social sobre que incide o princípio da solidariedade (art. 195 da Lei Maior). Constitui equívoco aplicar o princípio da solidariedade em relação a contribuições sociais que guardam índole de retributividade, seja direta ou indireta; retributividade direta existe em relação, v. g., à contribuição para a seguridade social, incidente sobre a folha de pagamento, na parte do empregado; retribuição indireta na parte que cabe à empresa, porquanto esta recebe em troca a proteção aos trabalhadores, cujo abandono à imprevisão traria como decorrência ônus à empresa. No que tange à contribuição que está sendo cobrada dos aposentados, representa

notório confisco, porquanto não se lhe imprime finalidade qualquer que signifique vantagem direta ou indireta ao contribuinte.

d) irretroatividade: Leandro Paulsen preleciona, no tocante ao princípio da irretroatividade, no que se relaciona ao chamado “fato gerador complexo” :

A matéria apresenta alguma dificuldade no que diz respeito aos chamados fatos geradores complexivos. O STF, contrariando a expectativa de grande parte dos tributaristas e contribuintes, tem tomado como referência, para verificar a observância ou ofensa ao princípio da irretroatividade, não os fatos econômicos sobre os quais incide a norma tributária, mas o momento por ela indicado como aquele que se considera, formalmente, ocorrido o fato gerador da obrigação tributária. De fato, quando do julgamento do RE 183.119-7/ SC, o Min. Ilmar Galvão, no voto condutor, ressaltou que o acórdão recorrido se apoiara na teoria dos fatos geradores complexivos, ‘a qual, não obstante prestigiada por certos autores, para Paulo de Barros Carvalho é ‘vazia de conteúdo e se implica nos próprios termos’ (Curso, Saraiva, 7ª ed., p. 180), não encontrando guarida no STF, onde se acha solidamente assentado o entendimento de que o fato gerador da obrigação tributária relativa ao imposto de renda e, pela mesma razão, a contribuição social sobre o lucro, surge no último dia do exercício social quando se dá o levantamento do balanço social das empresas alusivo ao período encerrado, não contrariando o princípio da irretroatividade a exigência do tributo calculado com base em lei editada no curso do ano-base. Confirma-se, a propósito, dentre outros, os seguintes acórdãos: RE 104.259 (RTJ 115/1.336) e ADI 513 (RTJ 141/739).¹⁵²

e) *non bis in idem* e bitributação: É fundamental em qualquer espécie de sistema tributário que se estabeleçam as competências tributárias, de modo que um ente federado não possa onerar base de cálculo já eleita para imposição de tributo por um outro ente federado.

A distinção entre *bis in idem* (*in bis in eadem*) e bitributação, nos termos da preleção de Bernardo Ribeiro de Moraes¹⁵³ está em que o primeiro ocorre quando o mesmo poder tributante exige tributo do mesmo contribuinte em decorrência do mesmo

¹⁵² PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 2001. p. 184.

¹⁵³ MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

fato gerador; enquanto que a segunda, a bitributação, consiste em poderes de esferas diferentes da federação onerarem o mesmo contribuinte sobre idêntica base de cálculo.

Lamentavelmente, a distorção já referida em relação à invasão pela contribuição social do âmbito da administração direta fez com que tal figura lograsse refugir, com base em jurisprudência e mesmo em doutrina, mediante vias tortuosas de raciocínio, a muitos dos princípios constitucionais tributários. Assim, a possibilidade de que as contribuições sociais guardem identidade de cálculo com os impostos, perfeitamente lógica dentro de um sistema em que aquelas estavam restritas ao terreno da parafiscalidade, hoje se mostra, a nosso sentir, teratológica, porque várias das contribuições sociais guardam natureza de verdadeiros impostos, sendo possível circular as vedações contidas nos princípios ao simples identificar em emenda constitucional uma destinação que adrede se sabe não terá existência no mundo da realidade. Assim é que no Rextr. 146.733-SP, RTJ 143/701, a pretexto de que a remissão do art. 195, §4º, ao art. 154, I, buscou apenas evitar que fosse criada outra contribuição de seguridade social sobre os mesmos fatos geradores e bases de cálculo daquelas constantes nos arts. 195, incisos I a III, tolera-se a dupla incidência, desnaturando todo o sistema tributário.

f) legalidade: É um velho hábito dos regimes autoritários a utilização de decretos legislativos. Verifica-se no Brasil, com pesar, que, mesmo depois de fechadas as tristes páginas da ditadura militar, ainda não se perdeu o ranço de prepotência; e, além do flagrante exagero da utilização de medidas provisórias, tão tardiamente obstado, continua a prática de extrapolar o regulamento o texto legal, apresentando-se como fonte espúria de imposições ausentes do corpo do texto de lei. No que concerne à alíquota do Seguro de Acidentes do Trabalho (SAT), *v.g.*, a existência de definição sobre a expressão atividade

preponderante acabou por resultar em condenável delegação legislativa, contra a qual se insurgiu Roque Antonio Carrazza,¹⁵⁴ asseverando que a lei não poderia restringir-se a fixar três alíquotas, deixando ao talante do executivo estabelecer por critério subjetivo a atividade preponderante. Segundo o mesmo professor de direito, a contribuição houve gênese incompleta, porquanto as alíneas “b” e “c” do inciso II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, por abrirem espaço a indevida regulamentação, devem ser afastadas. A alínea “a”, e somente ela, alcançaria validade, devendo ser aplicada a todas as empresas, independentemente de cogitações quaisquer sobre a atividade predominante por elas desempenhada.

O que existe no Brasil é mesmo um caos tributário; distorcida a distribuição de receitas, observa-se um atropelamento de princípios, normas e regras que vão se amoldando a cada situação nova, criando-se uma artificial licitude para o tributo que nasceu viciado. O problema, conforme se vê, extrapola a atuação da advocacia pública (que, não obstante, é muitas vezes forçada a defender o indefensável, pois que o Executivo, premido pela necessidade de caixa, nem sempre se preocupa em amoldar a tributação ao sistema legal).

2.1.5 A Administração no Âmbito Penal Tributário

Por mais que se deteste a figura do inadimplente tributário; por mais que se pretenda incrementar uma cultura de prestação consciente do imposto, em vez da reinante mentalidade de elisão fiscal e mesmo de sonegação; por mais que se avalie o

¹⁵⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. Contribuição denominada seguro de acidente do trabalho (SAT). *Revista de Direito Tributário*, n. 70, São Paulo: Malheiros, p. 79.

dano social causado por aqueles que não cumprem sua obrigação para com o Fisco, verdade irrecusável é que não se deve imprimir a ilicitudes tributárias tratamento penal.

A criminalização do inadimplemento fiscal adveio no Brasil sobre um caldo histórico de cultura em que a sonegação existe desde a época do descobrimento, em que a Administração, antes que promover uma fiscalização eficiente, optou sempre por aumentar a carga tributária para, assim, compensar aquilo que o contribuinte maliciosamente omitia.

Dar tratamento penal a ilícitos fiscais não é política sadia; o resultado é nefasto: hoje, desfilam pelas varas penais inúmeros pequenos e médios empresários, cujo único “delito” consistiu em investir capital e trabalho em atividade lícita, criando empregos e pagando tributos enquanto o permitiu a instabilidade econômica de um país em crise crônica da economia. Dir-se-á que esses são, ao final do processo, absolvidos? Mesmo que tal ocorra, o constrangimento a que se expõem pessoas honestas levadas ao banco dos réus representa grave lesão moral. Mas há precedentes em que se faz estampar a estranhíssima tese de que o empresário “escolheu” entre pagar ao fornecedor e ao Instituto de Previdência, “optando” pelo primeiro.¹⁵⁵

¹⁵⁵ “PENAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. NÃO-RECOLHIMENTO DOS VALORES DESCONTADOS. DIFICULDADES FINANCEIRAS. DESNECESSIDADE DE DOLO ESPECÍFICO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. Ao tipificar como crime o não recolhimento de contribuições previdenciárias descontadas, o legislador atribui a tal compromisso do empregador superlativa prioridade, não podendo, por isso mesmo, ser relegado a posição secundária. Assim, não se configura como hipótese de exclusão de ilicitude a insuficiência de recursos para atender, antes, a todos os demais compromissos, inclusive com fornecedores.

2. A conduta descrita no Art. 95, let-D da Lei 8.212/91 está centrada no verbo nuclear “deixar de recolher”. Assim, verifica-se a transgressão da norma jurídica com a simples omissão, não se exigindo resultado naturalístico. Basta que o autor se omita quando deve agir. O dolo é genérico e configura-se com a vontade livre e consciente de descontar dos salários dos empregados os valores correspondentes à contribuição previdenciária e deixar de recolhê-la à previdência social.

Quando da instituição do crime de não-recolhimento das contribuições previdenciárias, abordou-se, em voto emitido no julgamento da apelação criminal nº 95.04.63083-9/RS,¹⁵⁶ a nocividade de uma política de criminalização de ilícitos fiscais, piorada pela introdução de responsabilidade objetiva, com os argumentos seguintes:

Cumpra ao legislador apenas um *plus* - a configuração e a sanção; não lhe é dado inventar crimes. Daí a impossibilidade de um tipo que não contenha em si dolo ou culpa; ou que deixe tais elementos integrantes do tipo para demonstração *a posteriori* de sua inexistência, invertendo o ônus da prova, estabelecendo responsabilidade objetiva.

Perquirir-se-á, então: como discernir se determinado fato é ou não penalmente considerável? A teoria finalista da ação traz muita luz à conceituação de crime, situando o dolo no tipo. O crime traz ínsito dolo ou culpa. Percebe-se facilmente, na exemplificação, que o furto é uma conduta geralmente dolosa; que o homicídio geralmente é doloso ou culposo, admitindo-se exceções. Quando se observa, contudo, a ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias ou de qualquer outro tributo, tem-se forçosamente de admitir que, na quase absoluta totalidade dos casos, quem não paga é porque não tem recursos para fazê-lo.

Nem mesmo excepcionalissimamente se pode pretender dolosa a inadimplência, porque: a) a recusa de pagamento de tributos constitui mera desobediência

3. A liquidação do débito após a publicação da sentença condenatória não tem o condão de extinguir a punibilidade, nos termos do art. 34 da Lei 9249/95.” (ACR 96.04.40055-0, Rel. Des. Teori Albino Zavascki, 2ª T./TRF4, unânime, julg. em 23.04.1997, DJU 04.06.97, p. 40710/40716).

N.A. Evidentemente, o julgado não retrata a minha opinião sobre o assunto. *Permissa maxima venia*, somente quem não tem idéia do funcionamento de uma empresa pode entender que o proprietário de uma indústria possa escolher livremente entre pagar à Previdência Social e cumprir o compromisso com os fornecedores, pois que a segunda alternativa representaria fechar imediatamente as portas do negócio, já que não se pode produzir sem matéria prima.

¹⁵⁶ ACR 95.04.63083-9, Rel. Des. Federal Vladimir Passos de Freitas, 19ª T./TRF4, maioria, julg. em 27.11.1996, DJU 19.02.97, p. 7637 a 7638.

civil, que nosso Direito Penal não tipifica; b) em sua gênese, a conduta de quem não paga nenhum tributo é a mesma de quem não paga um único. Como pretender relevante penalmente a inadimplência de um, e a de outro não? Dir-se-ia que em relação a contribuições previdenciárias há a falta de pagamento de valores “descontados” dos salários dos empregados; no entanto, o legislador, ele mesmo, desistiu já uma vez da figura da “apropriação indébita”, às primeiras investidas exegéticas, tais quais a de Heleno Cláudio Fragoso, que registra em seu magistério:

Essa equiparação ao crime de apropriação indébita de fatos que não se assimilam a tal figura constitui grave erro e demonstra falta de imaginação do legislador. Desde logo, devemos observar que a lei não deixa margem a dúvidas quanto ao alcance da equiparação, que é quod substantiam, ou seja, para todos os efeitos jurídicos. Na configuração desses delitos devem, em consequência, estar reunidas todas as características do crime de apropriação indébita, que se dirige contra a propriedade, e não contra a posse. A vontade dirigida à simples violação da posse não constitui o dolo no crime de apropriação indébita. Exige-se que o agente vise efetivamente à apropriação, ou seja, a tornar sua a coisa, dela dispondo como proprietário (uti dominus) e com animus rem sibi habendi.

Ora, isso será raríssimo ou excepcional. Para a existência do crime, na hipótese da letra a, não basta o decurso do prazo de 90 dias. É necessário (pois se trata de apropriação indébita) que o contribuinte não pretenda recolher o tributo em definitivo, guardando para si o montante dos valores descontados. É evidente que não foi essa a idéia do legislador ao incriminar o fato, mas se equiparou o quod delictum à apropriação indébita, não pode ser outra a solução. O que normalmente ocorre é a simples mora ou atraso no recolhimento, não tendo o contribuinte o propósito de apropriar-se dos tributos recolhidos na fonte. Em tais casos, evidentemente não há o crime.¹⁵⁷

Em nada, para efeito de verificação de dolo, difere o depositário infiel sugerido pelo texto do pretense autor de apropriação indébita vislumbrado na lei anterior. Poder-se-ia pretender que do agente atual se exige apenas o ânimo de não devolver, a implicar apenas na posse; enquanto que anteriormente havia de querer a coisa como sua. Tal argumento, no entanto, não empolga. A figura de um depositário *fictio iuris* não

¹⁵⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. O Novo direito Penal Tributário e Econômico. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, a. 3, n. 12, jan.-março, 1966, p. 63.

atende à realidade de um inadimplente de obrigação tributária, posto que ainda permanece carente de um dolo presumível a tipicidade.

Que se não venha aqui argumentar que dolo não se presume, que tal afirmativa serve apenas à prévia reputação de inocência, a garantir o contraditório. Nas figuras naturalmente penais, há uma pré-admissibilidade de dolo ou culpa, ínsita no tipo, a ser desfeita pela defesa. Na figura *sub examine*, todavia, tem-se uma conduta despida de dolo ou culpa, a natural presunção é de que o devedor não tenha recursos para pagar; como exigir do réu que demonstre não ter agido com dolo em relação a uma conduta que em si mesma não é dolosa? É inverter o ônus da prova, é estabelecer uma responsabilidade objetiva, que nosso Direito Penal tem repudiado de modo tão veemente. A respeito, Luiz Flávio Gomes averba em brilhante preleção:

A culpabilidade e a responsabilidade penal nos crimes tributários não podem se afastar das promessas e das garantias do Direito Penal moderno. Culpabilidade é a possibilidade de se reprovar o autor do fato punível (injusto típico) porque, de acordo com as circunstâncias concretas, podia agir de modo diferente, conforme ao direito (exigibilidade de conduta diversa) (cf. a respeito de tais conceitos Luiz Flávio Gomes, 1994, pp. 28 e ss. Mas principalmente a p. 75; Garcia Pablos 1995, pp. 238 e ss., Peña Cabrera, 1994, pp. 89 e ss.; César R. Bittencourt, 1992, pp. 69 e ss. Cabo-Vives, 1990, pp 407 e ss.; Rodrigues Devesa e Serrano Gomez, 1994, pp. 429 e ss.; Alberto Silva Franco, pp. 194 e ss.). Sem culpabilidade, não pode haver pena (nulla poena sine culpa). De outro lado, ninguém pode ser penalmente responsabilizado sem atuar com dolo ou pelo menos com culpa (nullum crimen sine culpa). Há dolo quando o agente quer ou assume o risco de produzir o resultado (CP, art. 18, I). Há culpa quando o agente assume o risco de produzir o resultado por negligência, imprudência ou imperícia (CP, art. 18, II).

b) Tendo em vista as exigências mínimas de culpabilidade e de dolo ou de culpa para a existência do fato punível, pode-se falar hoje em responsabilidade penal objetiva: 1) quando alguém é punido sem ter atuado como dolo ou pelo menos com culpa ou 2) quando alguém é punido sem culpabilidade, i. é, sem ter podido, nas circunstâncias concretas do fato, ter atuado de modo diferente (dito de outra forma: quando era-lhe inexigível concretamente conduta diversa). Não basta assim, para a existência de responsabilidade penal, a simples ocorrência de um 'fato' ou de um

*'resultado' perturbador ou lesivo a bens jurídicos. Mais que isso, é preciso que se comprove qual dolosa ou culposamente causou esse resultado.*¹⁵⁸

O autorizado magistério de Manoel Pedro Pimentel fez averbar:

Todavia, a figura definida pelo legislador especial, e que estamos analisando, não se identifica quer com a apropriação indébita quer com o depósito. Focalizando a espécie, vemos que a conduta incriminadora consiste em um non facere quod debeat: deixar de recolher na época própria as contribuições e outras quaisquer importâncias arrecadadas dos segurados ou do público e devidas à previdência social.

Ora, não se trata aqui de um contrato de depósito, porque o depositário não manifestou a vontade de receber a coisa. A imposição da vontade unilateral do Estado, dispondo que a empresa arrecada as contribuições com o contrato de depósito, cujas características acabamos de ver, pois a empresa age como simples intermediária, e não como depositária. Aparentemente, haveria um mandato e não depósito, como se depreende do mesmo citado Washington: 'Da mesma forma, haverá mandato e não depósito se a coisa é entregue, não para ser guardada, mas para ser levada e transportada para outro lugar. De modo geral, podemos dizer que o depósito se distingue do mandato, porque neste o detentor da coisa tem uma atitude ativa, e é encarregado de dar à coisa recebida determinada aplicação, enquanto naquele, o detentor se cinge a uma atitude passiva, é apenas incumbido de guardar.

*Mas podemos assegurar, também, não se trata de mandato, como veremos mais detidamente ao examinar a segunda figura. Na verdade, há uma imposição legal, obrigando a empresa a agir como mediadora, ou intermediária, arrecadando dos segurados ou do público as contribuições devidas à previdência social. Deixando de recolher na época própria tais contribuições ou quaisquer outras importâncias arrecadadas a empresa ou o estabelecimento bancário omite-se no cumprimento de uma obrigação que o Estado lhe impôs unilateralmente. Este inadimplemento de obrigação, todavia, não pode ser erigido à categoria de apropriação indébita, a não ser por arbítrio do legislador que, equivocadamente, o assemelhou ao comportamento do depositário infiel.*¹⁵⁹

A perplexidade a que leva o tipo imperfeito, levou o ilustre jurista Dória Furquim, em substancioso trabalho, a entender pela exigência de prévia demonstração, em ação de depósito, da ocorrência da infidelidade do portador. São especialmente significativos, dentro de toda a riqueza da pesquisa, os seguintes trechos:

É indispensável que o tipo, através da explicitação do elemento normativo previsto no tipo a ser procedida mediante a anexação de outros elementos normativos encontrados em outras leis, seja complementado, pois do

¹⁵⁸ GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 3, n. 11, julho-setembro –1955, p. 247.

¹⁵⁹ PIMENTEL, Manoel Pedro. Apropriação indébita por semelhança. *Revista dos Tribunais*. v. 451, p. 322.

contrário, por defeito de congruência estrutural do tipo, o subjetivo se apresentará demasiadamente restringido frente ao objetivo, para utilizarmos nomenclatura adotada por MAURACH in Tratado, vol I, trad. Espanhola, p. 274. Com efeito, havendo que se emitir ainda um juízo de reprovabilidade (culpabilidade), se a única fase abrangida pelo juízo de antijuridicidade do tipo for uma omissão, isto é, um fato meramente interno ao agente contrário ao direito objetivo (desobediência ao dever legal), esse juízo de reprovabilidade será impossível, à míngua de congruência mínima entre os tipos subjetivo e objetivo da norma incriminadora. Advertimos, a propósito, que invocamos as dificuldades de emissão do juízo de culpabilidade sem deixar de reconhecer as dificuldades do próprio juízo de antijuridicidade, que deve preceder àquele. Não se diga que o juízo de reprovabilidade coincidirá, então, com a subjetividade da própria omissão, que é um fato interno ao agente. Não, apesar de interno, esse fato surge com uma única qualificação, que é a do comportamento sotaposto à pena, restando ainda a valoração dos elementos volitivos e intelectivos do agente.

(...)

Assim sendo, a rigor não se há de invocar ausência de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa na hipótese de a empresa pagar salário sem descontar, por dificuldades financeiras, mas, sim, em ausência de tipicidade porque o legislador somente admitiu a argüição de inexigibilidade da conduta de recolher o que descontado, não a inexigibilidade da conduta de descontar do salário.

(...) a prova da culpabilidade e da punibilidade cabe à acusação; ao réu cabe a prova de ausência de culpabilidade. Não cabe ao réu a prova da ausência de punibilidade, com exclusividade, porque a punibilidade pressupõe a existência de um crime com todos os seus elementos e seria demasia obrigar o réu a reconhecer a criminalidade de sua conduta para, com base nela, e só então, provar a não-punibilidade, fato negativo, cuja prova é inexigível porque exigível é a prova do seu oposto.¹⁶⁰

De que resulta a presença em nosso direito de tal tipo montado em ficção, com dolo a ser demonstrado *a posteriori*? Dentre as funestas conseqüências, observa-se que:

a) constitui retrocesso em nosso Direito Penal, com a Justiça servindo de instrumento para a cobrança de tributos, truculência que a Idade Média deveria ter sepultado com a vitória de Robin Hood sobre o nefasto Príncipe João. Ao magistrado não lhe fica bem o papel de agente do fisco, a ameaçar com o cárcere aquele que sonhou investir em atividade produtiva e não logrou o almejado êxito;

¹⁶⁰ FURQUIM, Luiz Doria. *O crime de não-recolhimento de tributo*. Trabalho inédito, p.57, p. 61, p. 63.

b) a presença de empresários, em sua imensa maioria pequenos empresários, em sua totalidade pessoas decentes que fracassaram em suas atividades, perderam o que de seu investiram, e que agora ainda se sujeitam a nova humilhação, que, conforme bem asseverou Luiz Flávio Gomes, “é sabido que a simples instauração do processo já atinge o chamado *status dignitatis* do imputado”;¹⁶¹

c) assoberbam-se os cartórios com ações penais em sua maior parte ineficazes, fadadas a uma absolvição de antemão previsível, desde mesmo antes da denúncia;

d) fragiliza-se a Justiça ante o imenso desgaste que sofre o processo penal, dando ensejo à criação de uma imagem de impunidade de pretensos “sonegadores”, onde existe apenas inadimplemento de obrigação tributária;

e) há perda de recursos públicos, pois que os processos têm custos, desde o tempo gasto por juízes e membros do Ministério Público e servidores até o papel, a tinta da impressora etc.;

Alimenta-se a demagogia graciosa de políticos matreiros, que, na busca de exploração da repressividade das maiorias mal-informadas, vivem a dizer que “lugar de sonegador é na cadeia” para gáudio da truculência fiscal.

Sequer é de acreditar que o aumento de arrecadação decorrente de tal política seja tão relevante para justificar tanto prejuízo ao sistema jurídico.

A quem não conheça a intimidade de uma empresa, há que causar forte impressão o quadro que ora se pinta de um empresário desonesto a locupletar-se do

¹⁶¹ FURQUIM, p. 247.

desconto efetuado no salário do empregado. Contudo, antes que encontre a tal figura sequer ocupa o espaço da realidade, pois que a imposição da multa sobre o débito já corrigido debelou de vez e há muito tempo a nefasta prática de eximir-se a empresa de recolher o débito para auferir vantagens no mercado de capitais. É verdadeiro ato de heroísmo investir em atividade produtiva num país em constante crise financeira, em que sempre é mais cômodo especular, participando do círculo da usura em que o capital produz o capital, independentemente do trabalho.

A opção brasileira de criminalizar ilícitos fiscais é absolutamente infeliz.

2.1.6 A Administração em Âmbito Assistencial

Foi intenção do constituinte emprestar ao benefício assistencial índole outra diversa das prestações de seguro social, homenageando assim a política de discernir a simples ação de socorro social do Estado da atuação previdenciária, de natureza securitária, envolvendo contraprestação, em equação contribuição-benefício.

Quando, todavia, resolveu transformar inspiração em gesto, deparou-se a Administração com a inexistência de uma estrutura no âmbito da União que pudesse dar guarida ao atendimento da novel clientela. Assim, a Lei nº 8.742, em seu art. 12, deixou meridianamente claro que compete à União “responder pela concessão dos benefícios de prestação continuada definidos no art. 203 da Constituição Federal.”

A seguir, o Decreto nº 1.605/95 regulamentou o Fundo Nacional de Assistência Social, com gestão do Ministério da Previdência e Assistência Social; todavia, o Decreto nº 1.744, de 08/12/1995, atribuiu ao INSS a responsabilidade de implantar administrativamente o benefício; e, após, com o advento da Medida Provisória

nº 1.473/97, que alterou a Lei nº 8.742/93, à autarquia foi-lhe destinada também a execução e manutenção do benefício em estudo.

De ver, desde já, que o *modus operandi* da regulamentação fez-se viciado, com uma delegação que esbarra contundentemente com a política preconizada na Constituição, além da utilização do Decreto extrapolando a função meramente regulamentadora.

A administração, diante de tal quadro, nos processos em que se pleiteava a concessão do benefício assistencial, defendeu a existência de litisconsórcio necessário composto pela União e pelo INSS; a União como entidade responsável pelo custeio e concessão do benefício postulado; o INSS como responsável pela execução administrativa do processo de outorga do favor legal. A tese encontrou respaldo na jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, chegando mesmo a cristalizar-se em Súmula, a de nº 61, hoje, felizmente, já revista.

Flagrante a absoluta prescindibilidade da presença de duas entidades de direito público postadas em igual vetor de comando, em mesma linha hierárquica, no pólo passivo da relação processual; ao mesmo tempo em que a carência da União de condições quaisquer de formular juízo de valor sobre as condições de jus ao benefício em concreto, pois que tal tarefa remeteu-se à autarquia previdenciária.

Pretendeu-se, no Tribunal Regional Federal da Quarta Região, numa ótica, *permissa maxima venia*, extremadamente positivista, recusar a existência de delegação de jurisdição federal aos casos concernentes ao benefício assistencial, simplesmente porque o § 3º do art. 109 da Constituição Federal refere em sua literalidade “causa em que forem parte instituições de previdência social e segurado” e a pessoa destinatária do benefício

assistencial não é, obviamente, “segurado”. A consequência de tal tese foi perversa: retirou-se do hipossuficiente mais hipossuficiente de todos o privilégio de domicílio; escopo que a Constituinte, evidentemente, jamais desejaria.

Em todos os ramos do Direito, e com mas força no âmbito do Direito Social, a parte presumidamente de menor força econômica detém o direito de haver a prestação jurisdicional no foro de seu domicílio, condição imprescindível para que se lhe assegure o acesso à Justiça, pois que a carência de recursos não permite o deslocamento a outro lugar para propor ações ou para exercer o direito de defesa. No campo do Direito do Trabalho, assim o é, conforme preleciona Wagner D. Giglio, *verbis*:

A orientação geral é de facilitar o acesso do jurisdicionado ao órgão jurisdicional, considerando a insuficiência econômica do trabalhador: se este tivesse que percorrer longas distâncias para mover ação, ficaria praticamente impossibilitado de fazê-lo, por não poder enfrentar as despesas de transporte.¹⁶²

No Direito Previdenciário, tanta foi a preocupação em realizar o princípio que se fizeram inserir na Lei Maior alternativas de eleição de foro para o segurado. Qual seria o pressuposto fático que levaria o constituinte a deliberadamente excluir o “assistido” em relação ao princípio de direito? Certamente, não é pela relevância econômica, porquanto o valor pago corresponde ao do menor dos benefícios previdenciários.

Carlos Maximiliano averba que

deve o Direito ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido

¹⁶² GIGLIO, Walter D. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, p. 63.

*equitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.*¹⁶³

Por mais sagrado seja o respeito que as normas constitucionais exigem, não estão elas infensas à interpretação integrativa. Celso Ribeiro Bastos, com a autoridade de que investido seu magistério, aponta:

Na verdade, a Constituição não regula tudo aquilo que, em tese, dela poderia ser objeto. Pelo contrário, limita-se a rápidas pinceladas que afloram determinados assuntos, sem, no mais das vezes, exauri-lo.

(...)

*O método mais utilizado para a colmatação de lacunas é a analogia. Esta consiste na aplicação de uma dada solução normativa para uma hipótese não regulamentada pela Constituição, mas que, em razão das suas finalidades axiológico-significativas, devem merecer igual tratamento.*¹⁶⁴

Na hipótese vertente, a necessidade de suprimento da lacuna dimana do fato de que não há política judiciária que justifique o *discrimen* que levaria a exigir que pessoas portadoras de deficiência, ou enfermas, ou idosas, desloquem-se até a sede de uma Vara da Justiça Federal, em outro município, para o ajuizamento de suas reivindicações.

Trata-se de questão que não pode ser minimizada, porque o privilégio de foro do hipossuficiente é princípio de direito, e a transigência em relação leva ao enfraquecimento do sistema jurídico, com grave prejuízo a todo o sistema de proteção. Facilitar o acesso à Justiça à grande massa de desassistidos é escopo comum estampado um sem-número de vezes em acórdãos de nossos Tribunais.

Agora, cumpre perquirir: qual o interesse da Administração em defender o litisconsórcio necessário na espécie e o deslocamento do feito para a Vara Federal? As conseqüências danosas não se fizeram esperar : extrema dificuldade dos “assistidos” na

¹⁶³ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 166.

¹⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Brasileira*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1988.

promoção de seus feitos, arcando os causídicos com despesas de viagem do próprio bolso; além de utilização desnecessária de um quadro já restrito de procuradores federais para simples presença formal da União nos processos concernentes ao tema, onerando-se desnecessariamente os cofres públicos com diárias e passagens.

Com o advento dos Juizados Especiais Federais, os problemas tornaram-se mais graves, o que acordou a sensibilidade de diversos magistrados a respeito do assunto; também eles entendendo que equivocada a diretriz albergada no enunciado. Finalmente, a tese acatada pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o interesse da União em relação ao benefício assistencial é meramente financeiro, provocou um pedido de cancelamento da mesma Súmula nº 61, que logrou êxito em julgado cuja ementa traduz:

INCIDENTE DE CANCELAMENTO DO ENUNCIADO Nº 61 DA SÚMULA DO TRF/ 4ª REGIÃO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. ENTENDIMENTO DO STJ. ILEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO . INTERESSE QUE SE RESTRINGE AO ÂMBITO FINANCEIRO.

1. Consoante entendimento sedimentado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a União Federal não é parte passiva legítima nas ações relativas ao benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal de 1988.

2. Nessas ações, o interesse da União restringe-se ao âmbito financeiro, nos termos dos arts. 195, § 2º, e 204 da CF/88, 12, I, 27, 28 e 29, caput e parágrafo único da Lei nº 8.742/1993 e 32, parágrafo único do Decreto nº 1.744/1995, visto que, com a edição deste regulamento, a operacionalização do benefício assistencial foi transferida ao INSS, que detém a legitimidade passiva.

3. Incidente acolhido para cancelar o Enunciado da Súmula nº 61 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.¹⁶⁵

A diretriz ética, natural, seria envidar a Administração todos os esforços para realizar a vontade do povo expressa no dispositivo constitucional que criou o benefício. A praxe normalmente adotada na defesa dos órgãos públicos leva a distorções

¹⁶⁵ INCIDENTE DE CANCELAMENTO DE SÚMULA NA AC 2001.72.08.001834-7/SC, rel. Des. Federal Nylson Paim de Abreu.

que tais. Consignam-se aqui tais vícios sem qualquer intenção de criticar pessoas; o que se quer colocar à mostra é a necessidade de uma revisão finalística, um redirecionamento do trabalho da advocacia pública no sentido de realizar a Constituição, de construir a cidadania; e, não, de dar um tratamento de contenda, de demanda, nos moldes da advocacia particular, levantando toda espécie de empecilhos técnicos à persecução dos direitos, com a idéia de que se vá “ganhar” ou “perder” a causa.

2.1.7 A Administração em Âmbito Previdenciário

Os direitos previdenciários estão ínsitos no rol dos fundamentais da segunda dimensão, conforme magistério de Ingo Wolfgang Sarlet, *verbis*:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um ‘direito de participar do bem estar social’. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849 (que não chegou efetivamente a entrar em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram ‘abraçados ao princípio da igualdade’, entendida esta num sentido material.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos

mais representativos. A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho 'positivo' possa ser considerado como o marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais. Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos da primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo referido) se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão 'social' encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento, na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem à reivindicação das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.¹⁶⁶

O modelo previdenciário brasileiro nasceu com uma fórmula mista, securitária e assistencialista, sustentada por um “tripé” formado pelo empregado, pelo empregador e pelo Estado. Sofreu ele, no passar dos tempos, fortes distorções, causadas principalmente pela criação de novos “auxílios”, de inspiração demagógica, e pelo sempre denunciado desvio de verbas para finalidades outras que não o sistema previdenciário.

Descabe, aqui, um aprofundamento sobre o tão proclamado “rombo” da Previdência, falácia que fundamentou a chamada “reforma” da Previdência, que outra coisa não fez senão debilitar mais ainda a proteção ao trabalhador, que já era precária; déficit artificial que, em sua gênese, parte do absurdo de reunir-se a previdência pública e a previdência privada em um único sistema, a débito do qual se lançaram ônus decorrentes das peculiaridades do modelo previdenciário público, que jamais poderiam ser considerados como prejuízos, sequer como dívidas.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Em relação aos direitos dos trabalhadores, a modificação que maior nocividade trouxe ao sistema foi a quebra da proporcionalidade entre a contribuição e as aposentadorias em quantidade de salários mínimos, que reduziu terrivelmente o *quantum* das prestações, levando o aposentado à condição presumida de hipossuficiente que ora se evidencia.

Concernentemente à presença dos órgãos previdenciários em juízo, ainda prevalece a política do “recorrer sempre”, muito embora esforços envidados por lúcidos chefes de departamentos jurídicos para a modificação de tal política interna, facultando maior autonomia aos procuradores e advogados. Buscando a etiologia de tais políticas, vislumbra-se que, além da imitação da advocacia privada, além da busca de um “resultado” para a defesa, numa dicotomia de “ganhar” e “perder” uma causa, que, conforme já registrado, é imprópria para a Administração, ainda contribuem o temor pela responsabilização do procurador pela omissão em não apresentar oportuno recurso, como também a ausência de respeito à autonomia técnica do profissional de advocacia.

A crítica aqui exposta – é bom que se esclareça – peca pela generalização, porque, como acima já se enfatizou, há pessoas na advocacia pública sensíveis e idealistas que vêm obtendo conquistas importantes, como, por exemplo, a autorização para não-interposição de recursos em determinados casos (quer em decorrência da irrelevância dos valores, quer em virtude da flagrante ausência de argumentos válidos a opor). O que se combate é uma postura de sectarismo, do fundamentalismo, em relação lúdica em que o segurado é o adversário a quem cumpre vencer.

Em repensando os institutos com que se trabalha na esfera previdenciária, depara-se com práticas que são naturalmente adotadas sem maior análise, como é o

suscitar a prescrição. Os segurados, em face de mera desinformação, têm sonegadas grandes fatias de seus direitos, em decorrência da demora no ajuizamento das ações.

Em um primeiro momento, há que se perquirir se, em sede de Direito Social, deve-se considerar contra o obreiro a mora decorrente da desinformação, quando é de responsabilidade do órgão público promover o esclarecimento necessário a que cada um possa perseguir o *jus* de que é titular.

Quando se estuda a natureza do instituto denominado prescrição, que o Direito brasileiro distingue da decadência, buscando-se a etiologia de tal particularização, que evidencia uma facultatividade de alegação da primeira, em se tratando de direitos patrimoniais, enquanto que esta última, a decadência, havida como de ordem pública, pode ser considerada *ex officio*, nota-se, com surpresa, que os pressupostos fáticos que deram gênese à figura jurídica indicam diretriz diversa daquela cotidiana política de poda de direitos de infelizes segurados. Lamentavelmente, a reforma recente do Código de Processo Civil, no afã de agilizar o processo, determinou que o juiz declare *ex officio* a prescrição (Lei nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006), o que contraria frontalmente a índole do instituto de direito, com resultados perversos em âmbito previdenciário.

E não há como admiti-la no campo do Direito Social, sem muita atenção e cuidado, principalmente em se tratando de segurado, que se pressupõe em desvantagem econômica. Desde o Direito do Trabalho, o instituto foi tratado com a devida reserva, levando em conta a desinformação de que padece a grande massa de desassistidos; há prazo prescricional diversificado para os trabalhadores da cidade e do campo, diferença mantida pela atual Constituição. A respeito, preleciona Eduardo Gabriel Saad:

No curso do contrato de trabalho, prescreve em cinco anos qualquer lesão ao direito do empregado desde que ela resulte de fato único; em se tratando

de obrigações sucessivas, ocorrerá a prescrição- em qualquer caso- no segundo ano após a dissolução do contrato de trabalho.

(...)

Em relação ao trabalhador rural, o legislador constituinte deu mostras de engenhosidade.

*No art. 223 da CF, estabeleceu: ‘Para efeito do art. 7º, XXIX, o empregador rural provará, de cinco em cinco anos, perante a Justiça do Trabalho, o cumprimento de suas obrigações trabalhistas para com o empregado rural, na presença deste e de seu representante sindical. § 1º Uma vez comprovado o cumprimento das obrigações mencionadas neste artigo, fica o empregador isento de qualquer ônus decorrente daquelas obrigações no período respectivo. Caso o empregado e seu representante não concordem com a comprovação do empregador, caberá à Justiça do Trabalho a solução da controvérsia’. § 2º Fica ressalvado ao empregado o direito de postular, judicialmente, os créditos que entender existir, relativamente aos últimos cinco anos, a critério do empregador’.*¹⁶⁷

Irrecusável, portanto, que, no trato da espécie *sub examine*, o espírito da Constituinte foi manter a devida proteção aos menos favorecidos, evitando que, em nome da estabilidade jurídica, fossem sonegados os direitos sacramentados na Lei Maior.

O Direito Previdenciário está ínsito no Direito Social, do que resulta ser o segurado presumido hipossuficiente. Mereceria, portanto, no que concerne à prescrição, tratamento privilegiado. Imprimir-se-ia por quais motivos, em relação a ele, política prescricional mais rigorosa? Seria pelo fato de tratar-se de direitos concernentes à Administração; portanto, indisponíveis? Não é o que se deduz da melhor doutrina de Direito Administrativo, na preleção de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in verbis*:

*11. A distinção entre os institutos da prescrição e da decadência é importante porque a prescrição só pode ser argüida pelo interessado, ao passo que o juiz, nas ações submetidas a seu juízo, pode decretar de ofício a decadência de direito em razão do transcurso do prazo legal e — mais relevante do que isto — o prazo prescricional pode ser suspenso ou interrompido, ao passo que o prazo de decadência é fatal: nem se interrompe, nem se suspende.*¹⁶⁸

¹⁶⁷ SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1992. p. 614.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 90.

Conforme se verifica, não faz o festejado administrativista nenhuma distinção entre a Administração e o administrado, nem entre esta e o particular, no que tange à prescrição; em se tratando de direitos patrimoniais, em face da natureza dos institutos, somente a decadência pode ser reconhecida pelo juiz *ex officio*; jamais, a prescrição. O argumento com que se tem acenado para permitir que contemplada a prescrição sem o devido estímulo é a existência de “direitos indisponíveis” das entidades públicas. Antes de adentrar a conceituação de tal expressão, faz-se necessário estudar o destinatário dessa indisponibilidade.

O art. 112 da Lei nº 8.112/90 (Regime Único dos Servidores Públicos Civis) estampa: “Art. 112. A prescrição é de ordem pública, não podendo ser relevada pela administração.” Afora a circunstância de estar tal dispositivo contido em legislação especial, o que lhe não daria força para revogar a norma contrária do Código de Processo Civil na generalidade, ficando seu âmbito de atuação restrito às relações Estado-funcionário, o legislador foi claro quando vedou fosse relevada pela Administração. Norma qualquer existe a compelir o juiz a cuidar dos interesses da Fazenda Pública no que concerne à prescrição; ao contrário, o que existia, e lamentavelmente deixou de existir, é uma vedação para que ele a reconheça *sponte propria*. Entendimento contrário faz do juiz mais um advogado do Poder Público, quebrando a imparcialidade com que este há que se comportar em seu elevado mister.

Os direitos da Administração não são indisponíveis; o interesse público, sim. Celso Antonio Bandeira de Mello refere-se, com a correção terminológica que lhe é peculiar, em indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.¹⁶⁹ Hely

¹⁶⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, 1999, p. 33.

Lopes Meirelles¹⁷⁰ também faz a distinção, além de deixar bem claro que os bens públicos são alienáveis, inclusive direitos de uso, *verbis*:

A administração dos bens públicos compreende normalmente a utilização e conservação do patrimônio público, mas, excepcionalmente, pode a Administração ter necessidade ou interesse na alienação de alguns de seus bens, caso em que deverá atender às exigências especiais impostas por normas superiores. É o que veremos a seguir.

Alienação — Alienação é toda transferência de propriedade, remunerada ou gratuita, sob a forma de venda, permuta, doação, dação em pagamento, investidura, legitimação de posse ou concessão de domínio. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela administração, desde que satisfaça as exigências administrativas para o contrato alienador e atenda aos requisitos do instrumento específico. Em princípio, toda alienação de bem público depende de lei autorizadora, de licitação e de avaliação da coisa a ser alienada, mas casos há de inexigibilidade dessas formalidades, por incompatíveis com a própria natureza do contrato. Há, ainda, uma forma excepcional de alienação de bem público, restrita a terras devolutas, que é denominada legitimação de posse.

O Código Civil, em seu art. 67, estabeleceu, como regra, a inalienabilidade dos bens públicos, nestes termos: “Os bens de que trata o artigo antecedente só perderão a inalienabilidade, que lhes é peculiar, nos casos e na forma que a lei prescrever.” A defeituosa redação desse dispositivo tem propiciado dúvidas, para dar a entender que tais bens não podem passar do domínio público para o particular. Na realidade, isso não ocorre. Os bens públicos, quaisquer que sejam, podem ser alienados, desde que a Administração satisfaça certas condições prévias para sua transferência ao domínio privado ou a outra entidade pública.

O que a lei civil quer dizer é que os bens públicos são inalienáveis enquanto destinados ao uso comum do povo ou a fins administrativos especiais, isto é, enquanto houver afetação pública, ou seja, destinação pública específica. Exemplificando: uma praça ou um edifício público não pode ser alienado enquanto tiver essa destinação, mas qualquer deles poderá ser vendido, doado ou permutado desde o momento em que seja, por lei, desafetado da destinação originária e traspassado para a categoria de bem dominial, isto é, do patrimônio disponível.¹⁷¹

Cretella Junior assevera em seu magistério:

Há interesses, individuais e sociais, de que as pessoas e as coletividades podem livremente dispor, sem ofensa a outras pessoas ou a grupo de pessoas. São os ‘interesses disponíveis. ‘Interesse’ não é ‘direito’. É ‘pretensão’ não respaldada em norma jurídica. ‘Interesse indisponível é a pretensão que o interessado não pode transformar em vantagem ou benefício usufruível. Diante do interesse indisponível, individual ou social, a ação do indivíduo ou do grupo cessa, já que existe a pretensão, mas não a respectiva ação.

(...)

¹⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: RT, 1989. p. 442-43

¹⁷¹ CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. p. 3294.

Conforme o Código de Processo Civil, art. 82, o órgão do Ministério Público, como fiscal da lei, tem o poder-dever de intervir nas causas em que há interesses indisponíveis de incapazes, bem como nas concernentes ao estado da pessoa, pátrio poder, curatela, tutela, interdição, casamento, declaração de ausência, disposições de última vontade. Trata-se de interesses sociais ou interesses individuais indisponíveis, cabendo, pois ao órgão do Ministério Público, de acordo com o prescrito na regra jurídica constitucional, a defesa desses interesses, que não podem ser tutelados ou administrados.¹⁷²

No texto supracitado observa-se que os “direitos indisponíveis” a que se referiu o legislador são outros muito diversos dos simples direitos dos órgãos públicos.

Em trabalho mais específico Helio Harmon Werneck Cortes¹⁷³ conceitua e classifica os “direitos indisponíveis”, assim:

Esses droits individuelles ou rights of individuals foram, quando pontificava RUY BARBOSA, enunciados ao lado de outros tipicamente personalíssimos. RUY define o que sejam: “Eis o que vêm a ser direitos individuais. São os que existem no indivíduo como emanção da sua personalidade nativa ou social: os direitos primários, os direitos inerentes à sua entidade, os direitos constitucionais, aqueles de onde provêm os outros; os direitos de aquisição, os como que o homem alarga a sua esfera de ação, o valor do seu patrimônio, o exercício das suas faculdades” (apêndice ao memorial apresentado na apelação nº 316, rio, 1987, in “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, Saraiva, vol.5/188-189. Como se vê, o grande baiano engloba, nesse conceito, alguns direitos típicos da cidadania, e, até, de direitos patrimoniais. Mais restrita e perfeita, segundo penso, a definição de PIMENTA BUENO, pelo mesmo RUY encampada:

Os direitos individuais, que se podem também denominar ‘naturais, primitivos, absolutos, primordiais ou pessoais’ são faculdades, as ‘prerrogativas morais’ que a natureza conferiu ao homem como ser inteligente; são ‘atributos essenciais de sua individualidade’, são propriedades suas ‘inerentes a sua personalidade’; são partes integrantes da entidade humana’ (destaques do texto)

(...)

Por sua mesma natureza, tais direitos dizem-se absolutos, extrapatrimoniais, extra commercium, intransmissíveis, imprescritíveis, vitalícios e necessários. (Alguns desses direitos, como os referentes à liberdade e à vida, são inatos, isto é, as pessoas nascem providas desse bem.). Diz deles ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA em seu artigo ‘Repertório’ de CARVALHO SANTOS, VOL. 18/63, VOL. 18/63 A 70:

‘Na verdade, os direitos personalíssimos, ao contrário dos direitos pessoais, ou de crédito, embora de natureza privada, pois se destinam a assegurar ao indivíduo o gozo de seu próprio ser, físico ou espiritual, são direitos absolutos, dirigem-se contra todos, exigindo a omissão de toda lesão ou atentado contra a sua integridade. E, como acentua FERRARA, tendo por

¹⁷² CRETELLA JUNIOR, J., 1992, p. 3296.

¹⁷³ CORTES, Helio Harmon Werneck. Revelia, confissão e transigência relativamente aos direitos indisponíveis no Código de Processo Civil vigente. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 251, p. 149.

finalidade a tutela de bens imanentes à pessoa, duram enquanto esta existe e são irrenunciáveis e intransmissíveis.’

Tais direitos, segundo adverte MACIÁ, são os que dizem respeito à vida e à integridade física, às partes separadas do corpo e ao cadáver, à liberdade, à honra, à imagem, ao segredo, à identidade pessoal (nome, título ou pseudônimo), às produções do espírito, etc. — que têm, todos, certas características comuns.

‘Si há sostenido, casi como axioma, que estos derechos tienen un carácter personalísimo y que, por conseguinte, ni pueden ser transmitidos a otras personas, ni debe contratarse sobre ellos.’

Outro defeito de que padece a tese que defende suscitada a prescrição pelo julgador *sponte propria* é olvidar que não concerne ela a direitos; sim, de pretensões de direitos. Como é consabido, o decurso do lapso de tempo em lei determinado causa a extinção do direito de ação; não, do fundo de direito. A respeito, Pontes de Miranda:

Quando se diz que ‘prescreveu o direito’ emprega-se elipse reprovável, porque em verdade se quis dizer que ‘o direito teve prescrita a pretensão (ou a ação), que dele se irradiava, ou teve prescritas todas as pretensões (ou ações) que dele se irradiavam.’ Quando se diz ‘dívida prescrita’ elipticamente se exprime ‘dívida com pretensão (ou ação) prescrita’; portanto, dívida com pretensão encobrível (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Muito diferente é o que se passa quando se diz ‘pretensão prescrita’, ou ‘ação prescrita’. A pretensão prescrita é a pretensão encobrível (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Ação prescrita, devido à ambigüidade do nome ação, ou é ação (= pretensão) prescrita, ou é ação (=ação) prescrita, isto é, pretensão encobrível (ou já encoberta) por exceção de prescrição. Em nenhum dos casos se cortou a pretensão, ou a ação; menos ainda, o direito. O direito não se encobre por exceção de prescrição; o que se encobre é a pretensão, ou a ação, ou são as pretensões, ou ações que dele se irradiam. Quanto à ‘ação’, no sentido de remédio jurídico, não prescreve, — preclui; se bem que possa o sistema jurídico concebê-las como prescritíveis, com as conseqüências da distinção entre prescrição e preclusão.¹⁷⁴

Assim, a matéria em estudo não enfoca direito indisponível; sequer se está cuidando de direito; sim, de pretensão, de ação.

No examinar os pressupostos fáticos que determinaram a criação do instituto da prescrição, ter-se-á que, tal qual ocorre em relação à decadência, o escopo foi a harmonia das relações sociais. Segundo, ainda, Pontes de Miranda,

¹⁷⁴ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977. p. 103.

serve à segurança e à paz públicas, para limite temporal à eficácia das pretensões e das ações. A perda ou destruição das provas exporia os que desde muito se sentem seguros, em paz, e confiantes no mundo jurídico, a verem levantarem-se — contra o seu direito, ou contra o que têm por seu direito — pretensões ou ações ignoradas ou tidas por ilevantáveis. O fundamento da prescrição é proteger o que não é devedor e pode não mais ter prova da inexistência da dívida; e não proteger o que era devedor e confiou na inexistência da dívida, tal como juridicamente ela aparecia; nem o que transparecia das Ordenações Filipinas (Livro IV, Título 79, pr. verbis ‘por a negligência que a parte que a parte teve, de não demandar em tanto tempo sua coisa, ou dívida, havemos por bem, que seja prescrita a ação, que tinha por demandar’. Tal fundamento espúrio, de penalidade, viera das Ordenações Manuelinas (Livro IV, Título 80, pr.); pois não no tinha o direito anterior a elas (Lei de 6 de janeiro de 1339; cf. Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 108, § 3º. É interessante observar-se que ainda A. VON THUR (Der Allgemeine Teil, III 507) empregou o falso fundamento, aludindo à negligência do titular na atenção dos seus direitos.¹⁷⁵

Ao que se percebe, portanto, os fundamentos de criação da figura jurídica enfocada são de natureza ética; não foi ela criada como artifício a ser utilizado pelo inadimplente para refugir às responsabilidades.

Por que houve a distinção entre as figuras jurídicas ‘prescrição’ e ‘decadência’? Por que em um caso tem-se por morta a pretensão; e, não, o direito em si? Outro motivo não se mostra: deixou o legislador aberta, no caso da prescrição, para que o devedor, ainda que se pudesse beneficiar do prazo legal, honrasse sua dívida, pelo simples fato de ser honesto. Homenageou-se um imperativo ético.

A administração não pode ela eleger o comportamento ético? Existe vedação legal para que o Ministro da Previdência, em homenagem à probidade e em atenção à insuficiência econômica do segurado, adote como política deixar de suscitar a prescrição? Não se adotou, inclusive por via legislativa, inibição à administração de cobrar dívida até determinado limite de valor? Alguém suscitou, então, indisponibilidade do bem público? A questão de argüir ou não a prescrição é, uma questão política,

¹⁷⁵ MIRANDA, 1977, p. 100.

comportada dentro da área de discricionariedade, em termos de oportunidade e conveniência.

Em relação à administração, existem, sim, razões para que se defenda a adoção de prazos prescricionais; também ela tem dificuldade em guardar indefinidamente comprovantes de pagamento; também ela muita vez não pode atempadamente trazer aos autos documentos que se perderam no tempo. Tal não torna, todavia, ético o comportamento da habitual prática de locupletamento sem causa decorrente da sonegação de valores devidos ao infeliz segurado, que, vítima da desinformação, é sempre tardo na persecução de seus direitos.

Cabe à autoridade administrativa sopesar, dentre ambas as razões, qual aquela que atende melhor o interesse público; interesse público que — é bom que se repita sempre — não se confunde com o interesse econômico imediato do órgão público. A finalidade precípua do Instituto Nacional do Seguro Social outra não é do que prestar o benefício a quem a ele faz jus. Em pagando o que deve, a entidade nada mais faz que cumprir seu escopo, sua razão mesma de ser. Também peca a tese que defende a declaração *ex officio* da prescrição por tomar interesse do órgão como interesse público.

Pontes de Miranda preleciona:

*Pessoas físicas e jurídicas. A prescrição corre contra as pessoas físicas como contra as pessoas jurídicas. Com esse princípio se pôs termo aos privilégios (= imunidades à exceção de prescrição) do fisco e da igreja, bem como outros que em alguns países existiram.*¹⁷⁶

Procede-se, pois, agora, a uma volta ao passado, ressuscitando-se privilégios que o Estado Democrático de Direito não comporta.

¹⁷⁶ MIRANDA, 1977, p. 113.

A questão de suscitar ou não a prescrição deveria ser encarada como matéria de natureza política, a ser resolvida pela entidade de direito público. A relação entre a autarquia e o seu patrono em juízo, quando à formulação da defesa, é tema que permanece avesso à atuação do Judiciário. A União e suas autarquias possuem quadros de procuradores e advogados constituídos; não necessitam de que os juízes também funcionem em seu prol.

De perquirir-se, outrossim, a natureza da obrigação — sim, porque não seria mera faculdade — que se pretende impor ao juiz. Deixa ele o seu mister jurisdicional para agir administrativamente em favor de uma das partes. O poder, quando se trata de administração- é sempre poder-dever. Qual seria a sanção por descumprimento da norma? Constituiria prevaricação deixar de declarar a prescrição *ex officio* nos casos em que cabível? Descabe responsabilização em matéria evidentemente jurisdicional.

O juiz não é funcionário público, nem deve pensar como tal, tomando a defesa dos órgãos públicos. Dir-se-ia, em contrapartida, que o magistrado igualmente pode e deve declarar *sponte sua* a decadência. Mas a diferença é muito grande. É óbvio que, em deparando com a morte do próprio direito, o juiz não pode havê-lo como existente, nem deferir pretensões que o tenham como fundamento. A atuação, aí, nada tem de administrativa.

O advento dos juizados especiais, cuja primeira experiência aqui no Rio Grande do Sul, em âmbito federal, ocorreu no campo previdenciário, embora tenha trazido, irrecusavelmente, muitos benefícios, principalmente no que tange à presteza no atendimento, mostra aspectos preocupantes, dentre os quais: a) a “conciliação” entre o órgão público e o segurado hipossuficiente, em que a pressa imposta pela miséria pode

propiciar propostas lesivas aos direitos fundamentais constitucionalmente resguardados;

b) a possibilidade de transformarem-se os juizados especiais em verdadeiras agências previdenciárias, sendo-lhe encaminhados, em primeiro exame, reivindicações que naturalmente seriam dirigidas aos órgãos administrativos.

De consignar-se, aqui, que os tribunais, corretamente, sempre afastaram a exigibilidade de esgotamento das vias recursais administrativas como pressuposto da ida a juízo, ao mesmo tempo em que somente acata preliminar de ausência de litigiosidade quando na contestação não há resistência ao mérito. A jurisprudência estampa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR MILITAR. RECEBIMENTO DE ADICIONAL E DIÁRIAS. ESGOTAMENTO DA VIA ADMINISTRATIVA. DESNECESSIDADE.

1. A contestação da União demonstrando contrariedade ao mérito da demanda, não apenas alegando a necessidade de exaurimento da via administrativa, faz surgir o interesse processual. 2. Mostra-se desnecessário, assim, percorrer a via administrativa antes do ingresso em juízo. 3. Recurso não conhecido.¹⁷⁷

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BENEFÍCIO DA APOSENTADORIA RURAL POR IDADE. AUSÊNCIA DE ANTERIOR PEDIDO NA VIA ADMINISTRATIVA. CONTESTAÇÃO NÃO MERITÓRIA. CARÊNCIA DE AÇÃO. ART-526 DO CPC-73.

1. A ausência de prévio ingresso na via administrativa - que não se confunde com o exaurimento dela - não conflita com o princípio da universalidade da jurisdição, cuja realização não dispensa o preenchimento das condições da ação e dos pressupostos processuais, limitações naturais ao exercício de ação. 2. A ausência de anterior requerimento administrativo só se supre com a contestação pelo mérito, porquanto, com a resistência à pretensão, nasce a lide e, com ela, o interesse de agir. 3. Agravo provido para julgar o autor carecedor da ação proposta por ausência de interesse processual, à causa de inexistência de prévio ingresso na via administrativa. 4. O cumprimento ao disposto no ART-526, do CPC-73, é faculdade da parte, não importando em punição sua inobservância. (precedentes do Egrégio STJ).¹⁷⁸

PREVIDENCIÁRIO. ALUNO-APRENDIZ DO INSTITUTO TECNOLÓGICO DA AERONÁUTICA (ITA). PRELIMINAR DE CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL. CONTAGEM DO TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS DE APOSENTADORIA.

1. Não se exige o esgotamento da via administrativa para ingresso em juízo. Basta mostrar a resistência à pretensão. 2. Se a contestação enfrenta o mérito para repelir a pretensão é manifesta a presença de litígio a

¹⁷⁷ RESP 200100853498-RS, Rel. Min. EDSON VIGIDAL, 5ª T./STJ, DJU 21/08/2001.

¹⁷⁸ AI 199804010191486-PR, Rel. Desa. Virgínia Scheibe, 5ª T./TRF4, DJU 20/08/1998.

autorizar o ingresso na via judicial. 3. Deve ser averbado como tempo de serviço para fins de aposentadoria aquele em que o requerente frequentou o curso profissionalizante do ITA, como aluno-aprendiz remunerado, em que percebeu "auxílios financeiros" à guisa de "salários a educandos". 4. Apelo improvido.¹⁷⁹

Além de obstáculos de ingresso, o segurado que consegue acesso à Justiça ainda enfrenta a resistência de funcionários, que, embora de escalões inferiores, fazem de si mesmos a encarnação da autoridade, os “guardas de esquina” mais realistas do que o rei, que acreditam estar prestando um excelente serviço no recusar cumprimento a liminares.

Na revisão ética que ora se propõe, importantíssimo é que haja presteza no cumprimento das decisões judiciais. A Constituição determina a coexistência dos poderes, harmônicos entre si (art. 2º da Constituição Federal). Lamentavelmente, nosso país guarda uma tradição de supervalorização do Executivo, tendência herdada da monarquia e perpetuada pelo regime presidencialista adotado. A arrogância com que certos agentes públicos resistem a decisões judiciais é produto de uma crassa ignorância quanto ao funcionamento das instituições. Na estreiteza de uma visão sectária, que coloca as instruções de serviço hierarquicamente acima das leis, são néscios inimigos do interesse público, que outra coisa não estão fazendo que debilitar a segurança jurídica, fazendo imperar a injustiça, extrapolando a esfera de suas atribuições, deturpando a imagem das instituições, criando desconfiança nos órgãos públicos e na Justiça. Necessário, aqui, adentrar o problema de descumprimento de decisões judiciais, que extrapola o campo das relações jurídicas previdenciárias.

¹⁷⁹ AC 9704466250-PR, Rel. Des. Edgard Lippmann Junior, 6ª T./TRF4, DJU 11/11/1998.

2.1.8 A Administração Pública e o Respeito às Determinações Judiciais – O *Contempt of Court* no Direito Brasileiro

Imprescindível, no tratamento da matéria escolhida, uma abordagem política, ideológica, do tema ora em exame. Cumpre, primeiramente, excogitar: é o Judiciário um Poder?

A ouvidos acostumados à expressão “Poder Judiciário”, a pergunta pode parecer ingênua ou impertinente. No entanto, não são todos os sistemas jurídicos que emprestam à tarefa judicante a autonomia suficiente que o vocábulo “poder” contém.

Por força do exacerbado autoritarismo do período da ditadura, a tendência de superdimensionar o Executivo, a que já nos referimos, mais se agravou, com ocupação de espaço pertencente aos demais Poderes. A volta à normalidade democrática deveria trazer como consequência um reequilíbrio político. Todavia, as pressões no sentido de adaptação a um quadro mundial neocapitalista que, em nome da globalização, presta tributo à competitividade, sobrepondo-a aos ideais de solidariedade, põem em risco o Estado Democrático de Direito. E as conseqüentes invectivas contra direitos e garantias constitucionalmente sacramentados encontram no Judiciário um dique ao afã irresponsável de destruir conquistas históricas no campo do direito social, uma barreira contra as improvisações inconstitucionais, um muro contra as tentativas de lesões a direitos dos trabalhadores e dos contribuintes; em suma, a resistência que a cidadania necessita para exercitar-se plenamente. E, no realizar seu elevado mister, a muitos o Judiciário incomoda.

Partindo da premissa, constitucionalmente consagrada, da existência do Judiciário no Brasil como Poder, há que se debruçar o estudo, agora, sobre a semântica do termo. Poder é exercício de autoridade, é capacidade de mando, que se não faz

presente sem meios quaisquer de coerção. A premissa leva-nos a indagar: existe vontade política para que o juiz detenha o instrumento de mando? Ou se pretende seja ele mero funcionário burocrata, a servir ao interesse dos órgãos públicos, mesmo quando não coincida este com o interesse público, que é um bem muito maior? Quanto de tradição sedimentada ao longo de séculos de pensamento jurídico sacrificar-se-á a pretexto de garantir a “governabilidade”?

Pertinentes as seguintes palavras do Professor Sílvio Dobrowolski:

Na verdade, trata-se aqui da necessária fundamentação jurídica para o que se denomina ativismo judicial, ou seja, o obrigatório comprometimento desse Poder na construção política do desenvolvimento social, já que o Judiciário, nos tempos atuais, não pode propor-se a exercer função apenas jurídica, técnica, secundária, mas deve exercer papel ativo, inovador da ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos marcadamente políticos.¹⁸⁰

Sim, é esse “ativismo judicial” a expressão do Judiciário como Poder. Para que haja poder, contudo, cumpre repetir, é necessária força coercitiva. Não há o juiz que deter da Justiça apenas a balança; que se não o prive da espada.

2.1.9 Teses existentes quanto à tipificação da recusa ao cumprimento de ordem judicial por funcionário público

Ausente está entre nós um tratamento adequado da figura jurídica *contempt of court*, que permite ao tribunal punir logo e por seus próprios meios a resistência à sua autoridade, inclusive determinando a manutenção sob custódia de pessoa até que se cumpra a ordem. Nos dizeres de Paulo Afonso Brum Vaz, “trata-se de instituto revelado no direito romano e consagrado, principalmente, no direito anglo-saxão”, constituindo

¹⁸⁰ DOBROWOLSKI, Sílvio. *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 13.

*permissão ao juiz, em decorrência do poder de coerção (coertio) contido na jurisdição, de ordenar a prisão das partes ou de seus advogados, diante da prática de atos atentatórios à respeitabilidade, à autoridade e à dignidade do Poder Judiciário, impondo, por assim dizer, limites de ética e decência no curso do processo e cumprindo o dever de zelar pela efetividade de suas determinações.*¹⁸⁰

As modificações introduzidas pela Lei 10.358/2001 são tímidas, insuficientes a uma resposta segura quanto à possibilidade de o próprio juiz, diante da recusa de obediência a sua ordem, tomar as providências drásticas imprescindíveis à eficácia da prestação jurisdicional, inclusive com a prisão do renitente. Segundo preleciona o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, “o procedimento tem sido questionado, especialmente quando se trata de *contempt in facie curiae*, a permitir que a mesma autoridade aplique a sanção, mas a verdade é que se conserva e é moderadamente aplicado”.¹⁸¹ Debita o ilustre magistrado e jurista ao fato de não haver, na nossa história, a tradição de reprimir imediatamente a desatenção ao selo real a inexistência entre nós de igual instituto de direito.

Três correntes doutrinárias formaram-se a respeito do enquadramento legal da atitude do administrador de recusar cumprimento às determinações judiciais. Primeiramente, adotou-se a figura da desobediência; porém vozes surgiram apontando que o delito do art. 330 do Código Penal está catalogado entre os praticados pelo particular contra a Administração em geral, não se configurando, pois, se tanto o acusado quanto a vítima são equiparados a funcionários públicos. E passou-se a admitir, então, a prevaricação. Mas há mesmo quem defenda, com base no princípio *nullum crimen sine lege*, que não existe, na hipótese, tipificação qualquer.

¹⁸⁰ VAZ, Paulo Afonso Brum. O contempt of court no novo processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 15, n. 53, p. 71, 2004.

¹⁸¹ Recurso em Mandado de Segurança n. 9228-MG - REG 97867765.

No que concerne ao tipo desobediência, é iterativa a jurisprudência no sentido de que o crime só ocorre quando é praticado pelo particular contra a Administração; e, assim, nele não incorre o funcionário público, quando no exercício de suas funções legais.

Em artigo concernente ao assunto, Agapito Machado preleciona:

a) Para juristas da estirpe de Castro Nunes, De Plácido e Silva e Hely Lopes Meirelles, o descumprimento à decisão proferida em mandado de segurança tipifica crime de desobediência (CP art. 330); b) Para Seabra Fagundes, Jorge Salomão, Sérgio Fadel e Sérgio Andréa Ferreira, o fato tipifica crime de prevaricação (CP art. 330);
 (...) Celso Barbi, Othon Sidou e Arruda Alvim lamentam, mas reconhecem que o Direito positivo, em seu estado atual, não faculta ao juiz agir diretamente contra a autoridade recalcitrante, limitado que fica a pedir por meio dos órgãos competentes, a intervenção federal ou o seu enquadramento em crime de responsabilidade, quando for o caso.
 (...) No atual estágio, entretanto, a jurisprudência do Pretório Excelso tem-se orientado no sentido de não reconhecer delito penal – ‘desobediência’ ou ‘prevaricação’ - na simples recusa, ipso facto, em dar cumprimento à ordem judicial.¹⁸²

Em relação ao enquadramento legal do comportamento em estudo como prevaricação, é preciso ressaltar que o saudoso Nelson Hungria, além de afastar o enquadramento como desobediência, em razão de ser privativo de particular, exige uma especificidade de dolo que torna bem raras as hipóteses no campo da realidade fática, porquanto faz discernir "entendimento" de "sentimento"; o *affectus*, do raciocínio lógico.

Não se pode olvidar o risco de abrirem-se exceções à tipificação rígida. No campo do Direito Penal, não se pode conceber crime sem definição legal expressa; do mesmo modo que não se pode admitir imposto por interpretação. É o princípio da reserva legal. Todavia, fala igualmente alto o magistério de Carlos Maximiliano, em lição que

¹⁸² MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 84, n. 722, p. 388-94, p. 389., 1995.

merece ser constantemente relida: a exegese não pode desaguar em resultado absurdo.

Diz o mestre de Direito:

Deve o Direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que tome aquela sem efeito, inócua, ou este juridicamente nulo.

Desde que a interpretação pelos processos tradicionais conduz a injustiça flagrante, incoerências do legislador, contradição consigo mesmo, impossibilidades ou absurdos, deve-se presumir que foram usadas expressões impróprias, inadequadas, e buscar um sentido eqüitativo, lógico e acorde com o sentir geral e o bem presente e futuro da comunidade.¹⁸³

Ada Pellegrini Grinover registra em seu autorizado magistério:

A origem do contempt of court está associada à idéia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a existência de meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem o cumprimento ou efetividade. Negar instrumento de força ao Poder Judiciário é o mesmo que negar sua existência.¹⁸⁴

Mostra-se, assim, completamente absurda a tese de que o legislador tenha deliberadamente deixado o juiz desamparado de meios eficazes para fazer cumprir suas ordens. Afigura-se ainda razoável a idéia de que ninguém desobedece em nome da Administração. Se está a descumprir ordem judicial, não pode o agente público pretender do órgão a que pertence qualquer respaldo; age por si próprio, há de responder como particular. Não há, portanto, lacuna a colmatar: a desobediência é uma só, mesmo que praticada pretensamente em nome da Administração.

Para o eminente Ministro do STJ Adhemar Ferreira Maciel, o juiz, em tendo descumprida sua decisão,

¹⁸³ MAXIMILIANO, 1999, p. 166.

¹⁸⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de Processo*, n. 102, p. 222.

deverá simplesmente mandar prender seu destinatário, que se acha em flagrante delito. (...) O fato é que o juiz, sem qualquer açodamento, cum prudentia officii, não pode deixar que seu mando caia no vazio. (...) o juiz não pode cruzar os braços e falar que já cumpriu a sua parte, isto é, já reconheceu o direito do impetrante.

2.1.10 Estado de flagrância e competência

Fatores outros tornam o quadro ainda mais complexo: o estado de flagrância e a competência. No que concerne à primeira figura, diz Hugo de Brito Machado:

Poder-se-ia argumentar que, em se tratando de situação de flagrante; vale dizer em se tratando de desobediência que está sendo cometida, a prisão é válida, porque pode ser efetuada por qualquer pessoa. O argumento, porém, tem validade apenas aparente.

Com efeito, é necessário distinguir o ato de prender, de efetuar a prisão de alguém, do ato de ordenar, de decretar a prisão de alguém. O ato de prender pode ser motivado pelo flagrante, o decreto de prisão obviamente terá outro fundamento. O ato de prisão há de ser comunicado ao juiz competente, vale dizer ao juiz criminal competente para o processo pelo crime de desobediência, bem como à família do preso ou à pessoa por ele indicada. O decreto de prisão, que já parte de autoridade judiciária competente, não precisa ser, nem na prática é, comunicado a outrem.¹⁸⁵

E, mais especificamente sobre a questão da competência, averba em seu magistério o festejado jurista:

Decidiu já a 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região: 'Fora do flagrante delito ocorrido em sua presença, o Juiz que não tem competência para o processo criminal não poderá ordenar a prisão penal de quem quer que seja'.

Realmente, a autoridade competente para decretar a prisão penal é, como já dito acima, o Juiz competente para o processo e julgamento do acusado. Não uma outra autoridade judiciária. Mesmo um juiz com jurisdição criminal não é necessariamente competente para o decreto de prisão. A autoridade competente, a que se refere o art. 50, item LXI, da Constituição é apenas o Juiz competente para o processo criminal o relativo ao delito e à pessoa de que se cuida, vale dizer o Juiz competente para processar e julgar aquele cuja prisão está determinando, em razão do fato que está a motivar tal prisão.¹⁸⁶

¹⁸⁵ MACHADO, Hugo de Brito. Prisão por desobediência a ordem judicial. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992, p. 32.

¹⁸⁶ MACHADO, 1992, p. 34.

Ao que se vê, portanto, por mais óbvio que se apresente o poder-dever do juiz de garantir o cumprimento da ordem, determinando a prisão da autoridade administrativa que, temerariamente, quer colocar-se acima da lei, sua ação está tolhida por argumentos de toda ordem, sendo dúbia, a não se dizer inexistente, a base legal para sua atuação. A respeito, Agapito Machado:

Não é de agora esta luta. Desde quando assumi a magistratura federal em 1987, enfrentei problemas com uma autoridade que tinha respaldo junto ao Governo Federal, quando então constatei a dificuldade que tem o juiz de fazer cumprir suas decisões, diante da acanhada legislação penal existente para punir o desobediente. Naquela oportunidade, publiquei meu primeiro trabalho na Revista AJUFE e, angustiado, comuniquei o assunto ao Presidente do STF e solicitei ao Ministro da Justiça e parlamentares daquela época o envio de projeto de lei sobre o assunto. Como resposta, aí está a realidade: até hoje não existe lei para punir, eficazmente, essa situação. Com efeito, e tendo em vista que o Poder Judiciário só pode iniciar o processo legislativo nas chamadas matérias de sua economia interna, resolvi mais uma vez apelar, republicando este tema, com inovações, para que aqueles que têm o poder de remeter qualquer projeto de lei o façam o mais rápido possível. É necessário garantir efetiva e concretamente o direito do jurisdicionado nas ações mandamentais, como o mandado de segurança. Para tanto, é indispensável a criação, por lei em sentido formal e material, de um tipo penal próprio, sem exigência de dolo específico, no Capítulo “Dos Crimes Contra a Administração da Justiça”, com a pena mínima de 2 (dois) anos de reclusão e a máxima não inferior a 6 (seis) anos, portanto inafiançável e sem direito a liberdade provisória sem fiança, de modo a obstruir a prescrição (da própria ação, retroativa ou superveniente ou da própria execução). Somente assim valerá a pena se enaltecer a existência do mandado de segurança, nominando-o de remédio constitucional heróico, e demais ações de natureza mandamental e se bater às portas do Judiciário. Não basta ganhar. É preciso levar. Vitória de Pirro é derrota. Só as leis penais sérias podem tomar efetivas as decisões judiciais.¹⁸⁷

Ivan Lira de Carvalho aponta igual preocupação do Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

Afirma, preocupado, Fábio Bittencourt da Rosa: “(...) se a desobediência a ordem judicial não tipifica o crime do art. 330 do CP, quando praticado por servidor público, outra solução tem de ser estabelecida em nível legislativo.” E tem razão o juiz gaúcho em clamar por um remédio que sirva a coartar procedimentos como o acima referido, já que a prisão por desatenção à ordem judicial não está prevista na legislação nacional com força executiva,

¹⁸⁷ MACHADO, 1992, p. 37.

*como ocorre aos inadimplentes da pensão alimentícia e aos depositários infiéis.*¹⁸⁸

Urge instituir expressamente o crime de descumprimento de ordem judicial, para que se espanquem de vez quaisquer dúvidas. Enquanto tal não acontece, todavia, não vejo com alegria os juízes desprestigiados em suas decisões, deixados órfãos em razão de uma visão tecnicista, que, por melhores que sejam os argumentos que a comportam, em nada contribuem para dar ao Poder Judiciário a real condição de Poder, imprescindível para o desempenho de suas elevadas tarefas. Em quadro tal, medram os sicários de um autoritarismo petulante, sobre o qual o fim da ditadura deveria ter posto pá de cal definitiva.

Deixa-se aqui claro, todavia, que não se defendem atitudes insensatas, discricionárias, arrogantes; não se trata de aconselhar enfrentamento; já está acima registrado, mas é bom que se enfatize, que a Lei Maior estabelece poderes independentes, sim, porém harmônicos. O esclarecimento do tipo penal terá como conseqüência a delimitação do comportamento tanto do magistrado quanto da Administração, diminuindo ou eliminando áreas de atrito.

Portanto, mostra-se imprescindível uma definição óbvia tanto do tipo legal quanto da competência para a efetivação das medidas pertinentes; e mais acertado será outorgar ao juiz que exarou a ordem judicial competência para, em termos de coerção administrativa, tomar as medidas necessárias a dar eficácia ao decidido, inclusive decretando a prisão do temerário agente público recalcitrante; isso independentemente da ação penal que se instaure a seguir.

¹⁸⁸ CARVALHO, Ivan Lira de. O descumprimento de ordem judicial por funcionário público. *Revista Forense*, v. 91, n. 330, p. 111-117, p.117, abr./jun. 1995.

Para afastar eventual temor em relação às conseqüências da modificação legislativa ora proposta, é bom que se registre que, durante muito tempo, antes que se levantassem questões atinentes à tipicidade e à competência, era pacífico na doutrina e jurisprudência que era válida a prisão em flagrante de desobediência no descumprimento de decisões judiciais, e não se registraram abusos; ao contrário, sempre se houveram os juízes com o discernimento e a temperança necessários à perfeita aplicação da lei, restritas as medidas de maior severidade *ultima ratio*.

A ausência de mecanismos eficazes para a defesa das decisões judiciais provoca uma debilidade do Poder Judiciário que tem dado espaço à arrogância de autoridades administrativas. Depois, é bom lembrar que as decisões dos juízes de primeiro grau estão sujeitas ao controle dos tribunais superiores, que poderão corrigir eventuais e raras distorções.

Feito aqui apenas um bosquejo sobre o tratamento que a matéria tem merecido e a solução cabível *de lege ferenda*, tomam-se, em tentativa de refugir à reiteração do óbvio, de empréstimo as palavras do Dr. Newton De Lucca¹⁸⁹ em relação à necessidade de cultivarem-se esperanças. Enquadramos o assunto tratado dentro de toda uma conjuntura de política de valorização do Judiciário, de prestigiamento dos juízes de primeiro grau, de mobilização de aperfeiçoamento do Estado de Direito e da adoção da atitude de “ativismo político” que Sílvio Dobrowolski aconselha.

Cumpre que haja mesmo um engajamento, uma campanha de conscientização do Judiciário, porque, o progresso sadio, a evolução política do Brasil, o caminho para instituições democráticas seguras, a realização de uma sociedade justa e

¹⁸⁹ DE LUCCA, Newton. Obrigatoriedade de a administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n 13, p. 80-8, jan./abr. 2001.

solidária, tudo depende de uma bandeira a ser erguida e levada também pelos magistrados, em nome da cidadania.

É imprescindível um basta às tentativas que ora se fazem de queimar na pira de um tecnicismo rígido, de um positivismo insensato, conquistas sociais que custaram sacrifício e mesmo sangue. É preciso preservar a tradição jurídica de séculos ameaçada pelo vandalismo dos que se limitam a destruir, mas não têm nada a erigir em substituição. O Judiciário, como Poder que é, não pode refugir à responsabilidade, ao encargo, maldisfarçando-se na máscara de uma pretensa isenção, como se possível e aconselhável fosse a esterilidade ideológica.

Durante todo o tempo em que, no silêncio do gabinete, queimam-se as horas da vida no mister de tentar distribuir justiça, há que se desfraldar a bandeira, o ideal sacrossanto da persecução da “justiça justa”, que faz do juiz, agente político que é, um ser engajado na direção mais construtiva, o artífice do Estado Democrático de Direito.

Atualmente, o Código de Processo Civil já dotou o juiz da possibilidade de impor multa-dia à administração e mesmo pessoalmente ao agente público renitente no cumprimento da determinação judicial.

Os problemas acima indigitados na postura da Administração em juízo não são somente brasileiros. Marie-Joëlle Redor faz estampar, a respeito:

La construction de L'Etat de droit passe par l'extension des garanties juridictionnelles donnés aux administrés vis-a-vis de l'Etat d'abord, nous l'avons vu avec le développement de la resposabilité administrative, mais aussi à l'égard de ses agents par l'intermédiaire de la responsabilité pour faute personnelle. A lire les publicistes, on s'aperçoit que cette responsabilité est conçue comme un pis-aller permettant d'indemniser les administrés à une époque où la responsabilité administrative n'est pas encore applicable à toutes les hypothèses. Ainsi en va-t-il notamment de la sanction des obligations de faire de l'Etat, le meilleur exemple étant celui des décisions de justice. L'efficacité de la sentence juridictionnelle suppose évidemment qu'elle soit exécutée. Or la doctrine relève de nombreux cas dans lesquels

l'administration manifeste peu d'empressement à respecter la décision du juge, remettant ainsi en cause une des conditions essentielles de l'existence d'un Etat de droit, et partant, l'un des facteurs du maintien de la paix sociale. L'autorité de chose jugée, écrit Jèze en 1913, 'est une condition essentielle pour la sécurité du commerce juridique, pour le crédit (...). Lorsqu'un juge a fait régulièrement une constatation avec force de vérité légale, il importe à la paix sociale que tout le monde s'incline devant cette constatation'. Le respect de la chose jugée constitue un devoir pour tous les agents de l'Etat, mais un devoir dépourvu en France de sanction juridictionnelle directe. Reste la solution préconisée, tant pour Hauriou que par Duguit, Jèze ou Barthélemy, et que consiste à mettre en jeu la responsabilité personnelle du fonctionnaire responsable de l'inexécution de la décision de justice ou de toute autre obligation de faire non directement protégée par la loi.¹⁹⁰

A resposta a todas as questões decorrentes da crise do Estado está no culto de valores. Os tempos modernos fizeram ruir muito da moralidade hipócrita repressiva de antanho; mas a destruição de valores não se fez acompanhar pela preservação e homenagem aos preceitos realmente sadios, que devem pautar as sociedades para que estas propiciem desenvolvimento integral das personalidades, em todas as dimensões de potencialidades. Olvida-se a principal função do Estado, que é o aprimoramento do homem do presente e do homem do futuro; e, não, a felicidade artificial que ora se procura num consumismo insensato, que a nada conduz.

Urge uma mobilização dos espíritos no sentido de salvar o patrimônio moral da humanidade, tão em risco hoje quanto o meio ambiente. Lamentavelmente, as autoridades que comandam as nações mais ricas empreendem guerras injustificáveis, criando um clima de barbárie que põe em dúvida a seriedade das instituições. É preciso construir o homem novo; o que somente se faz definindo o escopo do Estado, estabelecendo metas, desenhando modelos. A morte do Estado é a morte do homem.

Os males de que padece o Estado brasileiro têm cura. A partir de uma confiabilidade maior no homem; a partir, também, de uma vontade de construir sociedade

¹⁹⁰ REDOR, 1992.

justa e solidária; a partir, outrossim, de uma consciência de que o serviço público é para servir ao público; a partir, diga-se mais, do culto de valores institucionais éticos, chegar-se-á a uma otimização da Administração. No que tange mais de perto ao tema deste trabalho, a advocacia pública encontra o mais importante papel na persecução de uma prestação jurisdicional racional, afinizada ao modelo que a cidadania requer. Daí porque o destaque que se lhe empresta nas páginas seguintes.

2.2 A ADVOCACIA PÚBLICA

Mário Bernardo Sesta¹⁹¹ leciona que a advocacia pública houve sua origem com a existência dos Procuradores D'El Rey, criados por Dom Affonso III, em 1289; estando aí a gênese do próprio Ministério Público no universo luso-brasileiro. Tais agentes reais promoviam a ação penal nos casos em que a pena comportasse sanção pecuniária em prol da União. Foi o modelo trazido para o Brasil-colônia.

Diversos estudos foram realizados sobre os antecedentes históricos da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dentre os quais destacamos, por mais minudente, o realizado por Cid Heráclito de Queiroz.¹⁹² Aos subsídios ali colhidos, acrescentamos alguns comentários e dados recolhidos em fontes diversas, do que resultou um quadro sintético, na forma que segue.

No período colonial, determinava o Regimento nº 7, de março de 1609, firmado pelo Rei de Portugal, Dom Felipe, o perfil do Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco, assim:

¹⁹¹ SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: finalmente a racionalização. *Revista Jurídica Virtual*, n. 16. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2006.

¹⁹² QUEIROZ, Cid Heráclito de. *Legislação orgânica: estrutura – competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional* - 1974. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974.

O Procurador dos Feitos da Coroa e Fazenda deve ser muito diligente, e saber particularmente de todas as causas que tocarem à Coroa e Fazenda, para requerer nelas tudo o que fizer a bem da minha justiça. Para o que será presente a todas as audiências, que fizer o Juiz dos Feitos da Coroa e Fazenda, e bem assim nos mais Juízos que tocarem a minha Fazenda; e em tudo o mais cumprirá o Regimento que tenho dado ao Procurador de meus Feitos da Coroa e Fazenda, por minhas Ordenações.

De seu mister era o exercício da defesa dos interesses da Coroa, mas também as de Promotor de Justiça. À ocasião, foi instituída, na Bahia, a Primeira Relação do Brasil, composta de dez Desembargadores, dentre os quais o Procurador da Coroa, Fazenda e Fisco, mesma denominação dos cargos existentes em Portugal, cujos titulares atuavam na Casa da Suplicação, previstas nas Ordenações Filipinas de 1603, e, depois, no Conselho da Fazenda, de que trata o Alvará de 4 de janeiro de 1608.

Já na época do Vice-Reino, Dom José I, em que Ministro o então Conde de Oeiras, mais tarde Marquês de Pombal, notável estadista, ao estabelecer-se a competência privativa do Conselho da Real Fazenda, aos Procuradores da Fazenda foi destinado o mister de promover a execução dos créditos da Fazenda Real. Em dezembro de 1761, criou-se o Tesouro-Geral, que centralizava todos os direitos e rendas da Fazenda Nacional; além do Conselho da Real Fazenda, competente, em instância única, para resolver sobre todos os pedidos concernentes à arrecadação das rendas de direitos e bens da Coroa. A Rainha D. Maria I, em dezembro de 1779, determinou a unificação do Conselho da Fazenda ao Erário Régio, sob a Presidência do Ministro do Estado.

Com a vinda da família real para o Brasil, D. João VI e suas Cortes transferiram-se para o Brasil, em razão da invasão de Portugal pelas tropas de Napoleão Bonaparte. Em seguida, D. Fernando José, Príncipe Regente que, por nomeação de D. João VI, exercia o cargo de Ministro de Estado dos Negócios do Brasil, no desiderato de reduzir a uma única jurisdição todas ações da Fazenda Real, até então entregues às

jurisdições exercidas pelos juristas da Fazenda e da Revisão, dotou o Brasil de seu próprio Erário Régio, e também o Conselho Real da Fazenda.

No Império, a Regência Trina Permanente, ao regular a ação executiva fiscal, dela incumbia os Procuradores da Fazenda Nacional. Em 1831, por Lei de 4 de outubro, foi criado o “Tribunal do Thesouro Público”, objetivando “a suprema direção e fiscalização da Receita e Despesa Nacional” e “suprema administração de todos os bens próprios da Nação”, Corte essa em que havia assento, com o título de Conselheiro, nomeado pelo Imperador, o Procurador Fiscal, que cumpria função *custos legis* em relação à execução das leis fazendárias, além de promover o contencioso, sendo obrigatoriamente ouvido nas questões que envolvessem exame de direito. Os Procuradores Fiscais, que cuidavam do contencioso nas Províncias, eram nomeados pelo referido Tribunal dentre as pessoas de notória probidade e inteligência em matéria de Legislação.

Na Corte, a representação da Fazenda competia a um Procurador especial, denominado Procurador da Fazenda nos Juízos de Primeira Instância; que, à época, já se preocupavam com a incidência de prescrição nos débitos do Tesouro. Em 1850, pelo Decreto Real nº 736, de 20 de novembro, realizou-se reforma na estrutura da Fazenda, sendo criada a Diretoria-Geral do Contencioso, chefiada pelo Conselheiro Procurador Fiscal do Tesouro, repartição a que competia, dentre outros encargos, a organização dos quadros da dívida ativa da Nação, promovendo e dirigindo sua cobrança nos Juízos dos Feitos na Corte e Províncias.

O Decreto nº 2.807, de 31 de janeiro de 1898, quando Presidente Prudente de Moraes, reorganizando as repartições da Fazenda, acrescentou às competências da

Diretoria do Contencioso a de “dizer sobre a organização de companhias anônimas, quando dependentes de autorização do Governo, e sobre os negócios relativos à Câmara sindical”.

Com o advento do Decreto nº 7.751, de 23 de dezembro de 1909, a Diretoria-Geral do Contencioso foi transformada em Procuradoria-Geral da Fazenda Pública,

departamento da administração a cargo do Ministério da Fazenda que provê os atos e fatos da gestão fiscal em que se apuram e afirmam direitos e obrigações e se resguardam interesses do Tesouro Nacional, nas suas relações com os particulares, para o efeito de serem tomadas deliberações e resoluções de caráter administrativo.

Tornou-se, então, obrigatória a presença de parecer do Procurador-Geral

nas questões de caráter contencioso em que se ventilaram direitos decorrentes de fatos administrativos, como nos recursos interpostos dos atos de lançamento e arrecadação de impostos, nas reclamações referentes a concessões de obras públicas, estradas e linhas de navegação, contratos de qualquer natureza, montepios, meios soldos, aposentadorias, jubilações, fianças, incorporações de bens no domínio da União, alienações de próprios nacionais e sempre que o Ministro da Fazenda o determinar.” O Procurador-Geral personificava, então, a Fazenda Pública nas “concessões de toda a ordem”, nos tratados e convenções internacionais instituidoras de regimes singulares de favores relativos à tributação aduaneira, na imposição de caducidade às concessões, na celebração e na rescisão de contratos, ainda que de direito privado, para “a efetiva aplicação de cláusulas rescisórias e de caducidade estipuladas de modo preciso”.

O Regulamento, quando dispôs sobre a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, destacou e enumerou funções consultivas, ordenativas e deliberativas. As primeiras consistiam na emissão de pareceres sobre as operações de crédito que se assentassem em caução de rendas públicas ou de bens do domínio nacional, sobre quaisquer contratos referentes aos bens de domínio da Nação, sobre as propostas de abertura de créditos suplementares e extraordinários, sobre os expedientes relativos a prestação de fiança ou a cauções contratuais, sobre as propostas de tratados e

convenções internacionais que houvessem por finalidade a regulamentação do comércio e da navegação ou o estabelecimento do regime singular de favores quanto à tributação aduaneira.

No que tange às funções ordenativas, era exercitada na lavratura de contratos celebrados pela União, “quer em tais convenções mantenha a União a feição de entidade de direito público, como sucede nas concessões, quer de personalidade de direito privado, o que concerne nos contratos de fornecimento, de aquisição e de alienação de bens e outros idênticos”, tais os relativos à solução de dívida por meio de dação *in solutum* de bens de qualquer espécie; e, ainda, na lavratura de termos de fiança. Em relação às terceiras, as atividades de cunho deliberativo consistiam

na promoção da rescisão administrativa de contratos celebrados com a União; na promoção da caducidade de concessões; na promoção da defesa dos interesses da Fazenda Pública a cargo dos diversos ministérios; na apuração do direito da Fazenda à cobrança de uma dívida ativa e na expedição de guia para fundamentar a ação judiciária.

Após duas outras mudanças (Decreto nº 9.957, de 21 de dezembro de 1912 e Decreto nº 15.210, de 28 de dezembro de 1921), adveio o Decreto nº 24.036, de 26 de março de 1934, que fez ressurgir, então, com grande destaque, a Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, órgão consultivo do Ministério da Fazenda, competente também para a inscrição dos créditos da União em dívida ativa e promover sua cobrança.

A primeira lei orgânica da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (nova denominação da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública) (Lei nº 2.642, de 9 de novembro de 1955) relacionava os encargos das Procuradorias da Fazenda Nacional e regulava minuciosamente o serviço de defesa da Fazenda Nacional, tanto na contestação das ações que lhe fossem movidas quanto na impugnação de embargos opostos nas

execuções fiscais. Com o Decreto nº 39.087, de 30 de abril de 1956, era baixado o Regimento da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, estabelecendo finalidade e organização dos serviços jurídicos, a competência de seus órgãos, regulamentando o funcionamento da consultoria, do contencioso, e também o processo de inscrição em dívida ativa. Pelo Decreto nº 41.427, de 25 de abril de 1957, foi criada a Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais, tendo por objeto a defesa dos interesses da União nas sociedades em que fosse ela acionista; interesses até então não sujeitos a qualquer controle.

O Decreto-lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967, veiculou nova estruturação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em cuja definição de escopos estava : a) realizar o serviço jurídico no Ministério da Fazenda; b) apurar e inscrever em dívida ativa os créditos da União, quer fiscais, quer de outras naturezas; c) examinar, previamente, a legalidade dos contratos, acordos, ajustes ou convênios que interessam à Fazenda Nacional; d) representar a Fazenda Nacional nos Conselhos de Contribuintes, Superior de Tarifa e de Terras da União, e noutros órgãos de deliberação coletiva; e) representar a União nas assembléias gerais das sociedades de economia mista e em outras entidades de cujo capital o Tesouro Nacional participe. Inspirou a reforma dos serviços jurídicos fazendários o princípio da descentralização.

As múltiplas atribuições dos Procuradores-Chefes e dos Procuradores da Fazenda Nacional foram também enumeradas no texto legal. Notável inspiração reflete dispositivo preceituando que “sempre que o parecer do órgão jurídico versar sobre questões iterativamente apreciadas ou que envolvam matéria de interesse geral, o referido

órgão sugerirá a expedição de ato normativo próprio, cuja minuta, desde logo, juntará ao processo”.

Segundo Cid Heráclito de Queiroz,¹⁹³ o dispositivo foi aplicado com grande proveito para os serviços fazendários, havendo o Sr. Ministro da Fazenda baixado várias portarias e prolatado numerosos despachos normativos. De importância imensa foi a criação da carreira de Procurador da Fazenda Nacional, com 75 (setenta e cinco) cargos dispostos em três categorias, prescrevendo a lei o provimento por concurso público de provas e títulos, exigindo-se que os candidatos houvessem qualificação de bacharéis em Direito.

A Comissão de Defesa dos Capitais Nacionais (CODECAN) foi reestruturada, com a finalidade de promover a defesa e exercer o controle dos interesses da União nas sociedades de cujo capital esta participe. Também foi criada a Comissão de Estudos Tributários Internacionais – medida de grande alcance, como o tempo veio comprovar – tendo por finalidade o estudo metódico da legislação comparada em matéria tributária, bem como do problema da bitributação internacional e acordos respectivos.

Tem-se, assim, todo o processo evolutivo de uma instituição respeitabilíssima; que assim a fizeram seus nobres procuradores e funcionários, dentro de uma filosofia pautada nos mais nobres ideais.

A Constituição Federal de 1988 criou diversas procuraturas, que desempenham advocacia pública. Ao Ministério Público toca a advocacia da sociedade, defendendo interesse difusos da ordem jurídica e do regime democrático e interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF/88); à Advocacia Pública *stricto sensu*,

¹⁹³ QUEIROZ, 1974, p. 10.

comete-se a advocacia de interesse do Estado, compreendido aqui como o conjunto de órgãos de administração direta e indireta; à Defensoria Pública compete a advocacia dos interesses dos hipossuficientes. Das três modalidades de procuraturas constitucionalmente previstas, apenas o Ministério Público pauta-se pela imparcialidade; mas assevera que todas são voltadas para o interesse da sociedade, havendo por seu norte a justiça, “na sua concepção axiológica, desbordante da justiça jurisdicional”; ou seja a justiça da equidade, da legitimidade, da moralidade.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira,¹⁹⁴ na advocacia contenciosa, o advogado não se pode arvorar em Juiz da Administração, por isso que não lhe cabe recusar defesa da União em juízo, alegando convicções pessoais, éticas (objeção de consciência) ou jurídicas. Geraldo Ataliba sustenta que o advogado “não está obrigado ao patrocínio de interesses secundários da administração, mas sim, apenas à defesa do interesse primário que mereceu tutela legal”.¹⁹⁵ Maria Sylvia Zanella Di Pietro registra que

*difícilmente se pode dizer que o Advogado da União e o Procurador do Estado ou Município desempenham função de controle da Administração Pública; agindo em juízo eles têm de defender a pessoa jurídica da mesma forma que qualquer advogado particular defende o seu cliente.*¹⁹⁶

Antes de dizer que a razão está com Geraldo Ataliba, cumpre apontar que, na ótica do que tradicionalmente se tem feito, realmente o advogado público, em havendo a entidade a que serve como “cliente”, há de buscar todo e qualquer argumento de

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. A advocacia do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, a. 10, n. 78, p. 26.

¹⁹⁵ ATALIBA, Geraldo apud MASSA, Patrícia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle da legalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-8, p. 122, 1997.

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As carreiras jurídicas e o controle da administração pública. *Revista Gênese de Direito Administrativo*, 12/65.

convicção favorável a sua causa. De perguntar, então: Deve um advogado público agir servilmente, em regimes autoritários ou dentro de um quadro ideologicamente confuso como o que ora existe neste país, defender teses contrárias à Constituição, avessas ao interesse público, nocivas ao Estado Democrático de Direito?

Há uma tradição no país de respeitar-se a opinião técnica, a convicção própria, o foro íntimo do jurista; ao Promotor Público sempre lhe foi dado pleitear a absolvição do réu, quando entender ser esta a melhor solução jurídica. O que é o advogado público? Um mero autômato, sem liberdade qualquer de consciência? Pode ele ficar na cômoda posição de veicular heresias, de coonestar truculências, instrumentalizar injustiças?

O novo perfil de advogado público exige respeito pela autonomia técnica. Há que estar ele presente cotidianamente junto à autoridade administrativa; há que resguardar a Administração de conflitos desnecessários; há que evitar o assoberbamento do Judiciário com questões adrede solucionáveis; deve estar consciente de que é extremamente danosa aos cofres públicos a multiplicação de condenações acrescidas de juros, correção monetária e honorários advocatícios; e não deve terçar lanças contra a razão irrecusável da parte *ex adversa*.

Somente aumentando a faixa de discricionariedade é que se pode abandonar o modelo rigidamente autoritário ora vigente, em que, no pleito do cidadão, o “não” exsurge como resposta pronta e imediata. Somente retirando do agente público as peias da vedação de interpretar é que se consegue realizar o princípio da eficácia. Modelo nenhum de Administração faz-se a partir de autoridades que negam iterativamente certidões já sabendo de antemão que irão posteriormente fornecê-las por ordem judicial.

A autoridade administrativa que age com espeque em parecer jurídico bem fundamentado resguarda-se de qualquer condenação posterior. Na atividade de assistência jurídica, com presença constante na tomada de decisões administrativas, está o nó górdio dos problemas administrativos e judiciais. O fundamentalismo do caderno de instruções, que transforma em dogmas absolutos as instruções de serviço, manietta a Administração. A existência de um contencioso administrativo, no modelo francês, nasceu exatamente da necessidade de emprestar maior autoridade e eficácia às decisões administrativas. Enquanto não se revestir de força e de responsabilidade aquilo que a Administração decide, ter-se-á imperando a “doutrina do não”, a facilidade da recusa, o “quem quiser que vá se queixar ao bispo”.

Realmente, a multiplicidade de instâncias administrativas e judiciais existente no Brasil está a pedir remédio urgente. A advocacia pública brandiu, por muito tempo, a tese da necessidade de prévio esgotamento das vias recursais administrativas para acesso em juízo contra a Administração; tese com razão refutada veementemente pelos Tribunais. Todavia, se houvéssemos um sistema de contencioso administrativo mais completo, com maiores dimensões, com maior autonomia e autoridade legal em suas decisões, ter-se-ia evitado o excesso de judicialização de conflitos, mal maior de que padece o Judiciário. A idéia pode parecer terrível ante a imagem de uma Administração voltada contra o cidadão que ora impera, e que a mídia tem alimentado. É preciso – e muitos têm sido os esforços para tanto – que se tenha o funcionário público bem qualificado, bem remunerado, com maior dose de responsabilidade e presença na tomada de decisões administrativas, para que se possa proporcionar uma Administração que realmente corresponda a seus elevados misteres.

Os procuradores não dispõem de uma instituição que leve na devida conta suas peculiaridades. Esta é uma das razões maiores de o comportamento da Administração em juízo apresentar vícios graves. Os artifícios de chicana, os expedientes protelatórios e a utilização de meias-verdades não ficam bem postos em relação a um órgão público. O sentido finalístico da ação, ele mesmo pede um reestudo; a entidade pública não se pode situar no lúdico exercício da ação ou de defesa num maniqueísmo de vitória ou derrota. Assim, o Instituto Nacional de Previdência Social, quando condenado em uma ação previdenciária, apenas é compelido à realização de sua finalidade mesma, que é a prestação do benefício a quem dele faz jus. O advogado público, portanto, não deve ir a extremos, apresentando recursos infundados, recorrendo por recorrer.

Em âmbito interno, a consultoria jurídica cotidiana permite que diminua a vinculação do administrador ao texto de lei, aumentando-se a margem de discricionariedade, compensando-se tal maior liberdade de atuação com uma assistência jurídica cotidiana, a fazer morrer no nascedouro conflitos inúteis que se somariam à plethora já existente nos Tribunais. Tal prática varreria de vez a infeliz idéia de uma escravatura do administrador ao direito posto, assim vista por Juarez Freitas, *verbis*:

A reserva legal não pode ser a negação da fundamentalidade dos princípios. Tampouco deve haver subsunção automática da lei ao caso que pudesse implicar, por exemplo, uma despreocupação com a manifesta inconstitucionalidade da lei veiculadora. Dito de outra maneira, a vinculação, em si mesma, precisa ser ponderadamente revista, cuidando-se de evitar a falácia, que remonta à escola da exegese, de que os sistemas, mormente as codificações, serviriam de guias ou prontuários repletos e não-lacunosos para a solução dos casos, cabendo ao aplicador um papel subalterno de, à semelhança de simples maquinaria, aplicar comandos prévios e exteriores, na linha do que sustentam, ainda hoje, os originalistas imoderados.

Em outras palavras, como se percebe facilmente, força evitar uma exacerbada desconfiança na ação de autocontrole do agente estatal, já que se teme que ele poderia resvalar, tanto na seara administrativa como na jurisdicional, para o repulsivo arbítrio. O temor, no entanto, não pode ser impedimento da boa ação. Em face da referida exacerbação de desconfiança, a escolha de parte da doutrina e da jurisprudência foi a de considerar que a

liberdade, juridicamente relevante, deveria ser anulada ou deixada fora do alcance, como se houvesse espaço juridicamente vazio. Tal maneira de ver as coisas tornaria o agente público, por assim dizer, servo da legalidade, fazendo-o, não raro, por apreço cômodo à escravidão, negligenciar outros comandos principiológicos rigorosamente indescartáveis e da mesma estrutura hierárquica da legalidade. Convém abolir semelhante maneira de pensar, de agir e de controlar.¹⁹⁷

As Procuradorias, agindo não mais como compartimentos estanques, mas propiciando um aconselhamento jurídico cotidiano, colocariam a Administração num rumo de legalidade tal que somente viriam a juízo as contendas que realmente não houvesse como evitar. A autoridade administrativa, com todo o respaldo oferecido pela presença do corpo jurídico, certamente eliminaria a maior parte dos processos judiciais concernentes a recusa de protocolizar requerimentos, negativa de fornecimento de certidões, retenção injusta de valores pertencentes aos particulares etc.

Em âmbito federal, a Procuradoria da República, durante muito tempo, cumulou os misteres de representar a União como parte, ao mesmo tempo em que atuava na função *custos legis*. Antes de promulgada a Constituição ora vigente, a representação judicial da União estava a cargo da Procuradoria-Geral da República. Por seu turno, as atividades de consultoria e assessoramento estavam a cargo da Advocacia Consultiva da União, que havia como instância maior a Consultoria Geral da República e era composta pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (no Ministério da Fazenda), pelas Consultorias Jurídicas (nos Ministério outros, no Estado-Maior das Forças Armadas e Secretarias da Presidência da República), pelos órgãos jurídicos das autarquias e das fundações federais e pelos órgãos jurídicos das empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União. A Lei

¹⁹⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 212.

Complementar nº 73, de 11 de fevereiro de 1993, outorgou competência À Advocacia-Geral da União para as causas em geral, com exceção das de natureza fiscal (que passaram à antiga Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional desde a promulgação da Carta Política, por força do art. 29, § 5º do Atos das Disposições Constitucionais Transitórias-ADCT).

Na Constituição de 1988, prevista foi a Advocacia-Geral da União foras das disposições concernentes aos três Poderes da República, o que deu margem a comentários sobre constituir a representação jurídica da União uma espécie de “quarto poder”; crítica injusta, pois que a intenção foi de que atendesse ela com independência em relação aos Três Poderes.

A referida Lei Complementar nº 73 instituiu a Advocacia Consultiva da União e cuidou principalmente do membro contencioso da União, pois que já existia, em organização sistêmica, a Advocacia Consultiva da União, a qual tinha na Consultoria-Geral da União sua instância maior, cujo mister são as atividades de consultoria e assessoramento jurídicos do Poder Executivo.

A estrutura da Advocacia Geral da União abrange: a) como órgãos de direção: Advogado-Geral da União, Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-Geral da União, Conselho-Superior da Advocacia-Geral da União e Corregedoria-Geral da Advocacia da União; b) órgãos de execução: Procuradorias Regionais da União, Procuradorias Regionais da Fazenda Nacional, Consultoria da União e Consultorias Jurídicas dos Ministérios; d) órgãos vinculados: Procuradorias e Departamentos jurídicos das autarquias e fundações públicas federais; e) órgãos de administração: Gabinete do Advogado-Geral da União, Diretoria-Geral da

Administração, Centro de Estudos e Secretaria de Controle Externo. Até o ano de 2000, era esta a compartimentação do sistema, que, desde o início de suas atividades, apresentava órgãos de máxima importância implantados com servidores requisitados ou cedidos de ministérios, de autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, e também de outros Poderes da República, de Estados, Distrito Federal e Municípios. O quadro próprio que a AGU recebeu da extinta Consultoria-Geral da República resumia-se a pouco mais de uma dezena de servidores.

De fevereiro de 1993, quando começou a exercer suas atividades, até princípios do ano 2.000, a representação da União, a cargo da AGU, foi exercida pelos titulares dos cargos em comissão de órgãos de direção e de execução e por Procuradores da Fazenda Nacional, Assistentes Jurídicos e cerca de trinta Advogados da União (oriundos o primeiro concurso público realizado para a carreira), com o auxílio das Procuradorias de autarquias e fundações e outros bacharéis em Direito detentores de cargos em comissão na AGU.

Da análise que a seguir se fez do sistema, detectados foram vários defeitos, num diagnóstico que requeria urgente mudança na representação judicial de grande parte dessas entidades, principalmente no que concerne àquelas de âmbito local e de pequeno porte, *v. g.* os departamentos jurídicos de escolas técnicas, agrotécnicas, centros federais de educação tecnológica, os quais, sem meios de acompanhamento das ações até as últimas instâncias, deixavam deficiente a defesa das entidades representadas. As correções realizadas denotaram, outrossim, ausência de recursos humanos em quantidade e qualidade apropriadas.

Extraordinário progresso ocorreu quando, com base no art. 131 da Lei Maior, que outorga à Advocacia-Geral da União o mister de “diretamente ou através de órgão vinculado” representar a União, judicial e extrajudicialmente”, assumiu, mediante ato legislativo (Lei 9.028, de 12 de abril de 1995, arts. 11-A e 11-B, decorrentes da Medida Provisória 2.180-35, de 24-08-2001) seus atuais misteres. Os resultados positivos de tão corajosa inovação não se fizeram muito esperar, observando-se notável redução dos valores das condenações impostas aos cofres públicos. Criou-se, outrossim, na Procuradoria-Geral da União, o Departamento de Cálculos e Perícias, setor especializado que relevante auxílio vem prestando ao contencioso da União, das autarquias e das fundações federais.

As correições empreendidas pela Corregedoria-Geral da AGU também identificaram irregularidades em órgãos jurídicos que conduziram à instauração de diversos processos administrativos disciplinares, cujas soluções ensejaram a criação da Coordenadoria de Ações de Recomposição do Patrimônio da União.

A unificação das duas estruturas existentes, Procuradorias Regionais da União e Procuradorias da União conduziu à unificação, na Procuradoria Regional, das duas estruturas existentes, com absorção da Procuradoria da União pela Procuradoria Regional da União, eliminando-se unidades dúplices desnecessárias, passando os representantes judiciais da União a atuar na primeira e na segunda instâncias.

A seguir, desativaram-se procuradorias seccionais localizadas em cidades que apresentavam pequena movimentação processual de interesse da União, ficando os serviços concentrados na Seccional mais próxima ou na Procuradoria da União, do que

restaram eliminados gastos com manutenção de estruturas desnecessárias, permitindo que melhor fossem utilizados os serviços dos Representantes Judiciais da União.

O Ato regimental que estampa a estrutura básica da Procuradoria-Geral da União - PGU e Seccionais (Ato Regimental nº 5, de 19 de junho de 2002) cuidou do Gabinete do Advogado-Geral da União, dos Departamentos Judicial Cível, Judicial Trabalhista, Judicial de Órgãos e Entidades Sucedidas pela União, Judicial Internacional e de Recomposição do Patrimônio da União, além de Departamentos para Assuntos Especiais e Orientação Processual, de Cálculos e Perícias, além de Coordenações-Gerais. Contudo, a PGU ainda não houve implantada completamente sua estrutura, à míngua da quantidade de cargos em comissão na quantidade necessária.

Concomitantemente às mudanças nas Procuradorias da União, implantou-se, no Gabinete do Advogado-Geral da União, o núcleo de acompanhamento de feitos judiciais de interesse da União e de suas autarquias e fundações em tramitação perante o Supremo Tribunal Federal, cuja atuação concentrou-se especialmente no acompanhamento das causas de maior relevância e interesse público.

As Procuradorias da AGU (Geral, Regionais, da União e Seccionais) passaram, então, a contar com setor específico para o acompanhamento e controle especiais de feitos considerados relevantes, assim considerados em relação à possibilidade de dano expressivo ao erário, seja pelo seu valor vultoso, quer pela multiplicação de seus efeitos, ou ainda por tratarem de políticas públicas de interesse social.

Realizada uma revisão das estruturas do braço contencioso da Advocacia-Geral da União, voltaram-se as atenções para a remodelagem do seu braço consultivo,

aquele advindo da antiga Advocacia Consultiva da União. A Lei Complementar nº 73, de 1993, que instituiu a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, criou a Consultoria-Geral da União como órgão de direção superior da Instituição, mas restringiu seus misteres apenas, embora principalmente, à colaboração com o Advogado-Geral da União em seu assessoramento jurídico à Presidência da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhe sejam atribuídos pelo chefe da instituição.

Assim, ficou a Consultoria-Geral da União isolada do restante do segmento consultivo, notadamente das Consultorias Jurídicas que receberam tratamento em capítulo autônomo da lei. Objetivando o suprimento da lacuna decorrente, o Advogado-Geral da União expediu novo Ato Regimental dispondo sobre a competência e estrutura e funcionamento da Consultoria-Geral da União, bem como as atribuições de seu titular e demais dirigentes. A Consultoria-Geral da União, além da Consultoria da União, passou a contar com um Gabinete e com Departamentos de Assuntos Extrajudiciais, de Orientação e Coordenação de Órgãos Jurídicos, de Acompanhamento de Feitos estratégicos perante o Supremo Tribunal Federal, de Análise de Atos Normativos e de Informações Jurídico-Estratégicas e de Coordenações-Gerais, ganhando atribuições para coordenar a atuação das Consultorias Jurídicas dos Ministérios e de coordenar e orientar a atuação dos órgãos jurídicos das autarquias e fundações públicas, com a participação da Consultoria Jurídica do Ministério a que subordinadas.

Averbe-se, porque relevante, que a Procuradoria da Fazenda Nacional, órgão de direção superior da AGU, submete-se às normas disciplinadoras das Consultorias Jurídicas no que concerne às atividades de consultoria e assessoramento

jurídicos prestados ao Ministério da Fazenda. Também a Consultoria-Geral da União ainda não houve implementada a sua estrutura, em decorrência de não terem sido criados cargos de comissão imprescindíveis à realização de seu projeto.

As Consultorias Jurídicas, órgãos de execução da AGU, já se encontravam estruturadas nos respectivos ministérios, sendo, assim, mantidas. Novidade foi a criação do Ministério da Defesa, em substituição aos três Ministérios Militares (Marinha, Exército e Aeronáutica) e ao Estado Maior das Forças Armadas. Criadas foram, em decorrência, as Consultorias Jurídicas-Adjuntas dos Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Outra medida importantíssima no escopo de racionalizar as atividades de assessoramento jurídico, propiciando homogeneidade de tratamento de matérias comuns de interesse dos órgãos da Administração Direta localizados fora do Distrito Federal, foi a criação dos Núcleos de Assessoramento Jurídico, órgãos integrantes da Consultoria-Geral da União, representam medida eficaz na realização de serviços, de unidades de orientação jurídica e de economia, pois que evita a permanência de várias unidades com as mesmas finalidades em Órgãos dos Ministérios localizados fora do Distrito Federal.

Assumindo a Advocacia-Geral da União a representação judicial de quase uma centena de autarquias e fundações, criada foi a carreira de Procurador-Federal, reunindo sob tal denominação única os profissionais do Direito responsáveis pelas atividades de representação judicial e extrajudicial e daquelas de consultoria e assessoramento jurídicos das autarquias e fundações federais. Criou-se, outrossim, a Coordenadoria dos Órgãos Vinculados à AGU, para auxílio ao Advogado-Geral no exercício de suas atribuições de orientação normativa e supervisão técnica dos órgãos

jurídicos das autarquias e fundações públicas, os Órgãos Vinculados, assim denominados pela Lei complementar nº 73/93.

O passo seguinte de evolução foi a criação da Procuradoria-Geral Federal, como órgão autônomo vinculado à Advocacia-Geral da União e sob sua supervisão direta, com o objetivo de reunir, sob administração única, as atividades de representação judicial e extrajudicial e aquelas de consultoria e assessoramento jurídicos da Administração Indireta, em tudo iguais àquelas exercidas pela AGU em relação à Administração Direta. A única entidade autárquica federal cuja Procuradoria-Geral não foi absorvida pela Procuradoria-Geral Federal é o Banco Central do Brasil, e, da mesma forma, os Procuradores do Banco Central também não integram a Carreira de Procurador Federal.

Para otimização das atividades finalísticas da Advocacia-Geral da União, necessário foi dotar seus membros de meios necessários ao pleno cumprimento da missão constitucional da AGU. Organizou-se, assim, a Diretoria-Geral de Administração – DGA, depois substituída pela Secretaria-Geral, de modo a oferecer aos órgãos voltados às atividades finalísticas e a seus servidores o suporte necessário. Cumpre destacar os avanços realizados para a completa informatização das atividades.

Maria Jovita Wolney Valente, de cujo trabalho¹⁹⁸ colhemos grande parte das informações históricas da AGU acima estampadas, acrescenta, no que tange ao Projeto de Reforma Institucional da AGU, *verbis*:

A estrutura da Advocacia-Geral da União prevista na Lei Complementar nº 73, de 1993, tímida e restrita aos principais órgãos voltados às atividades finalísticas, foi implantada emergencialmente para fazer funcionar, de

¹⁹⁸ VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Antecedentes históricos*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/historico.asp>> Acesso em: 14 nov. 2006.

imediate, a nova Casa, pois, da forma como redigido, o art. 29, caput, do ADCT não deixou espaço a período de vacatio legis para que se concebesse, planejasse e implantasse, de forma mais científica, estrutura compatível com as relevantíssimas e gigantescas atribuições constitucionais da nova Instituição, antes da entrada da lei em vigor. Presente esse cenário, no início do ano 2001, após adoção das medidas mais urgentes ligadas às atividades finalísticas da Instituição, sentiu a Advocacia-Geral da União a necessidade de imprimir à sua estrutura, agora com suporte em consultoria especializada, organização compatível com os desafios enfrentados, valendo-se da experiência acumulada desde a sua criação, a exemplo do que ocorria em órgãos do Poder Executivo.

Dessa forma, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na condição de executor do projeto de modernização do Poder Executivo Federal, celebrou contrato com a Fundação Getúlio Vargas, tendo como cliente a Advocacia-Geral da União, passando esta a receber a prestação de serviços especializados de consultoria da FGV para desenvolver e implantar seu plano de reforma institucional.

O contrato com a Fundação Getúlio Vargas durou um ano e, nesse período, a FGV teve como papel principal o de oferecer suporte de consultoria e metodologia para a implementação do Projeto de Reforma Institucional da Advocacia-Geral da União, a partir de trabalhos realizados por uma equipe multidisciplinar de servidores da AGU.

Os trabalhos elaborados pela FGV – objeto do contrato – foram desenvolvidos visando à obtenção dos seguintes produtos: diagnóstico, reavaliação estratégica, formulação e implementação da estrutura organizacional e do novo modelo de gestão. Esses conteúdos encontram-se em Relatórios produzidos pela FGV. Para obtenção desses produtos, foram efetuados esforços em três frentes: planejamento estratégico, levantamento de processos e estrutura organizacional.

As autarquias e fundações federais sempre dispuseram de quadro jurídico próprio, as Procuradorias e Consultorias. Os cargos de Procuradores eram criados dentro da estrutura das próprias entidades. A Lei nº 2.123, de 1º de dezembro de 1953, criou a figura do Procurador Autárquico, passando a exigir concurso público para ingresso na carreira. Durante algum tempo, a Administração contratava os procuradores autárquicos sob o regime celetista. Além disso, tolerava-se a “ascensão funcional”, instituto jurídico que alçava a cargos de nível superior funcionários de menor hierarquia mediante simples prova, que se apelidava de “concurso interno”. Apenas com o advento da Constituição de 1988 é que se banuiu tal forma de privilegiar uma minoria, em detrimento do interesse público, que, obviamente, sempre está na abrangência do maior universo possível de candidatos, propiciando aumento na qualidade dos candidatos selecionados.

Verdadeiramente vergonhoso que pessoas fizessem concurso para as mais humildes funções públicas e, mediante prestação de uma prova interna, nem sempre cercada dos necessários cuidados, galgassem carreiras de nível superior. O Supremo Tribunal Federal repudiou em vezes diversas tal forma distorcida de acesso aos cargos públicos.¹⁹⁹

A utilização de “advogados constituídos” ou “credenciados” mostrou-se fator outro de quebra da qualidade dos trabalhos, com louváveis exceções, é bom que se diga a bem da verdade.

As empresas públicas, as sociedades de economia mista, as chamadas “autarquias especiais” (órgãos de classe) e algumas fundações públicas têm sua representação contratada pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Em relação às “autarquias especiais” e “fundações públicas”, cumpre enfatizar seu papel de entidades públicas – o que não significa subordinação ou dependência dos Poderes Públicos.

¹⁹⁹“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ASCENSÃO FUNCIONAL: INCONSTITUCIONALIDADE. C.F., ART. 37, II. Constituição do Estado do Amapá, art. 48, I. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite a ascensão funcional, espécie de provimento derivado vertical. C.F., ART. 37, II. Inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição do Amapá, que admite a ascensão funcional, art. 48, III. ADI julgada procedente.” (ADI 3030-AP, Re.. Exmo. Sr. Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ 18/03/2005, p. 00047).

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei nº 4.379, de 07 de junho de 1990, do Estado do Espírito Santo. Esta Corte já firmou o entendimento de que a ascensão funcional não é mais permitida pela atual Constituição, em virtude do disposto no artigo 37, II – e no ponto que interessa não foi modificado com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/98-, que passou a exigir concurso público para os casos em que, anteriormente, era ela admitida. Inconstitucionalidade, por isso, do art. 6º da lei sob exame, a qual, por interdependência, repercute em todo o texto da mesma lei. Ação que se julga procedente para declarar-se inconstitucional a Lei 4.379, de 7 de julho de 1990, do Estado do Espírito Santo. (ADI 368-ES, Rel. Exmo. Sr. Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julg. em 05/12/2002, DJ 02/05/2003, p. 00001).

“Recurso Extraordinário. Provimento de Cargo Público. Ascensão. 2. Não é suscetível de provimento por ascensão o cargo que foi objeto de provimento por concurso público. 3. Concurso de acesso que no sistema da lei catarinense configura ascensão funcional. 4. Conceito de carreira. Acesso de classe a classe dentro da mesma categoria funcional. 5. Se para prover cargo inicial de uma categoria funcional prevê-se concurso público, essa categoria funcional não pode vir a ter seus cargos preenchidos, mediante ascensão funcional, com concurso de acesso, desde a última classe de outra categoria funcional inferior. Recurso extraordinário conhecido e provido.” (RE 202630, Rel. Exmo. Sr. Min. NÉRI DA SILVEIRA, 2ª T./STF, julg. em 17/12/1996, DJ 24/08/2001, p. 00062).

O que se deve evitar é que o ingresso no corpo jurídico de tais entidades seja feito sem concurso público, e que fiquem seus profissionais sujeitos a pressões políticas em cima da insegurança propiciada pela possibilidade de uma demissão imotivada. E abandonar de vez a “terceirização”, que se tem mostrado extremamente nociva, porque alheio o profissional particular aos ideais que motivam os funcionários públicos, que a estes se lhes deve outorgar todo o incentivo para lutar em prol dos sagrados desideratos do serviço público.

Ao que se deduz, pois, de uma rápida vista sobre as condições atuais dos órgãos da advocacia pública em federal, existe uma estrutura em fase de implantação, há um projeto em desenvolvimento, que permite que desde já se ponham os olhos no futuro próximo, para que se utilize a advocacia pública assim montada em toda a potencialidade, propiciando que se corrijam seus rumos mediante um preceituário ético.

Vale aqui registrar que existem pessoas com sensibilidade suficiente para detectar os problemas e providenciar os remédios necessários. Este estudo não pretende uma crítica acre e radical da representação das entidades públicas em juízo; são louváveis as medidas que estão sendo tomadas, quer em âmbito administrativo, quer em área legislativa, objetivando melhorar a prestação jurisdicional. Assim, os juizados especiais, como válida tentativa de acelerar o rito processual, propiciando pagamentos por meio de requisitórios de pequeno valor; assim as súmulas administrativas, como meio de evitarem-se recursos desnecessários ou procrastinatórios, autorizando-se a não-interposição de recursos.²⁰⁰

²⁰⁰ Cumpre referir que, até o momento, já foram emitidas as seguintes súmulas:

Verdade é que a súmula administrativa é ainda um veículo muito tímido; preferível que se adotasse um mecanismo pelo qual, mediante consulta por *e-mail* a um colegiado específico, o procurador que estiver zelando pela defesa em determinado

Nº 1 Autoriza a não-interposição de recursos na decisão judicial que conceder reajuste de 7/30, referentes à URP de abril e maio de 1988, na proporção de 16,19%, incidente sobre os meses que especifica.

Nº 2 Autoriza a não-interposição de recurso da decisão judicial que reconhecer o direito de reajuste, de que trata o art. 8º do Decreto-lei nº 2.335, de 12 de junho de 1987, e o adiantamento pecuniário concedido em janeiro de 1988, aos servidores dos órgãos que especifica.

Nº 3 Autoriza a não-interposição de recurso da decisão judicial que conceder reajuste de 28,86%, em decorrência da Lei nº 8.627/93, nas condições que estabelece.

Nº 4 Estabelece as condições para que a União possa não intervir e desistir das intervenções já feitas, nas ações de usucapião situadas nos locais que especifica.

Nº 5 Dispõe sobre a não-interposição de recursos extraordinários em recurso trabalhista, na hipótese que especifica.

Nº 6 Dispõe sobre a não-interposição de recurso judicial contra a concessão de pensão instituída por militar, falecido antes da CF/88, a seu companheiro ou companheira.

Nº 7 Dispõe sobre a não-interposição de recurso judicial contra decisão que determinar a percepção acumulada da pensão especial do art. 53, II, do ADCT com os benefícios previdenciários.

Nº 8 Autoriza a não interposição de recurso judicial contra decisão que deferir reversão à filha (ante o óbito de sua genitora) da pensão instituída nos moldes do art. 30 da Lei nº 4.222/63, em favor do ex-combatente falecido antes da CF/88.

Nº 9 Autoriza a não interposição de recurso judicial da decisão que determinar aplicação do índice de 3, 17% aos vencimentos dos servidores públicos, com fundamento na Lei nº 8.880/94.

Nº 10 Dispensa a interposição de recurso da decisão judicial que entender incabível a remessa necessária nas condições que especifica.

Nº 11 Dispensa a arguição da impossibilidade de apreciação da remessa necessária em decisão monocrática proferida nos termos do art. 557 do CPC.

Nº 12 Dispensa a interposição de recurso da decisão judicial que confirmar a competência de vara federal para processar e julgar ação relativa a benefício previdenciário, nas condições que especifica.

Nº 13 Dispensa a interposição de recurso da decisão judicial que excluir a multa fiscal sobre a massa falida.

Nº 14 Dispensa a interposição de recurso da decisão judicial que excluir a multa fiscal sobre a massa falida.

Nº 15 Dispensa a interposição de recurso da decisão judicial que estabelecer benefício previdenciário, nas condições que especifica.

Nº 16 Autoriza a adoção de entendimento do Supremo Tribunal Federal tornando inaplicável o versado nos Pareceres nºs. GQ-125, de 28 de maio de 1997 e GQ 196, DE 3 DE AGOSTO DE 1999.

Nº 17 Da decisão judicial que determinar a expedição de certidão positiva de débitos com efeito de negativa, sem a exigência de garantia posterior ao parcelamento regularmente em cumprimento, não se interporá recurso.

Nº 18 Da decisão judicial que determinar a concessão de Certidão Negativa de Débito (CND), em face da inexistência de crédito tributário constituído, não se interporá recurso.

Nº 19 Não se recorrerá da decisão judicial que declarar a inconstitucionalidade da contribuição social de servidor público civil inativo e de pensionista dos Três Poderes da União, instituída pela Lei nº 9.783, de 28 de janeiro de 1999.

Nº 20 Não se recorrerá da decisão judicial que reconhecer o direito dos servidores administrativos do Poder Judiciário e do Ministério Público da União ao percentual de 11,98% relativo à conversão de seus vencimentos em URV.

processo possa requerer fundamentada dispensa da utilização de recurso a seu critério havido como adrede fadado a não vingar. Tal procedimento é possível com uma procuradoria bem estruturada, dotada de um corpo jurídico do quadro permanente. Faz-se aqui este registro porque não surtiram bons resultados, no geral, as experiências realizadas por diversas entidades públicas de contratação de advogados (credenciamento). Tanto na Previdência Social quanto na Caixa Econômica Federal, a utilização de causídicos estranhos aos quadros de servidores mostrou-se, salvo honrosas exceções, danosa, pela ausência de interesse na causa em idêntica graduação de intensidade àquela demonstrada pelos advogados pertencentes aos quadros permanentes. Ressalvam-se honrosas exceções, pois há advogados, dotados de elevado grau de consciência ética, que não agem movidos exclusivamente por interesses egoístas.

No serviço público, não existe tão-somente a preocupação por interesses próprios; há, sim, na maior parte das pessoas, uma chama de ideais alimentada pelo amor ao trabalho e à causa pública. Não há apenas burocratas radicais; não é apenas de barnabés cultuadores do “não”; não é apenas de escravos dos escalões superiores; não é apenas de carreiristas insensíveis que é formada a Administração Pública. O que ocorre é que o próprio sistema inibe a resolutividade dos órgãos, criando excesso de controles, cultivando uma vinculação estreita às instruções internas, muitas vezes ausente mesmo um crivo de razoabilidade diante de um caso concreto.

O próprio sistema parece não confiar nos membros de seus próprios órgãos. Na Previdência Social, há um abuso imenso do termo “fraude”, que passou a abranger todo e qualquer defeito, quer de forma, quer de conteúdo, na área de concessão e manutenção de benefícios. A mídia faz sempre grande escarcéu quando surpreendidos

indivíduos desonestos que tentam auferir ganhos indevidos às custas dos cofres públicos previdenciários. No entanto, em sua quase totalidade, os funcionários da Previdência são gente honesta, confiável, trabalhadora e idealista.

Deixando-se no passado as nomeações sem concurso, a “ascensão funcional” e os credenciamentos, ter-se-á, na novel estrutura da advocacia pública, um quadro de funcionários públicos extremamente confiável. O universo de procuradores dos quadros permanentes existentes na advocacia pública apresenta um índice baixíssimo de incidentes de corrupção; que a desonestidade não coabita, no geral, com vencedores em concursos públicos, pois que ao desonesto sempre lhe aprazem caminhos mais fáceis, atalhos por vias transversas.

O perfil do advogado público, atualmente, mostra um jovem estudioso, sério, idealista, correto em suas atitudes; ou seja, com uma postura ética desejável. Por que não depositar nele confiança no que concerne à capacidade técnica e integridade moral?

Uma política existe a ser combatida: a ausência de respeito à autonomia técnica do advogado público leva à infeliz já referida prática de “recorrer de tudo”, no temor de que a ausência de recurso seja confundida com perda de prazo; ou mesmo que o fato de não recorrer seja interpretado como forma de favorecimento ao particular interessado.

Deve-se buscar um comportamento homogêneo do corpo jurídico, elegendo-se estratégias comuns; mas não se justifica que o procurador de um órgão tenha de acatar antigas práticas eticamente condenáveis, formulando defesas infundadas,

absurdas mesmo, ou atuando contra o interesse mesmo do órgão, procrastinando atendimento ou recusando socorro ao segurado que realmente tem direito ao benefício.

A Administração deve ser virtuosa, sempre; a utilização de recursos de chicana pode oferecer comodidade a quem guarda medo de assumir responsabilidades, mas acaba sempre frustrando a própria razão de ser da entidade pública, além de exercitar inutilmente a máquina onerosa do Judiciário, com prejuízo aos cofres públicos, quer em decorrência dos custos mesmos do procedimento, quer pelo fatal advento de consectários legais com que o Poder Público acaba sempre por arcar.

Pesquisa orientada por Délcia Enricone, realizada por mim em conjunto com colegas de curso, em que auscultados magistrados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, trouxe como resultados: a) 22,22% dos consultados mostra-se insatisfeita com o trabalho que a advocacia pública vem desenvolvendo; b) 59,09% dos entrevistados acusam vinculação excessiva dos advogados públicos, a tolher o livre exercício da profissão; c) Nenhum dos entrevistados aponta excesso de autonomia dos advogados públicos; d) 45,45% dos que responderam à pesquisa apontam no trabalho técnico dos procuradores das entidades públicas carência de uma política uniforme, coerente, com sentido finalístico; e) 9,9% dos entrevistados averba a utilização de recursos menos nobres para protelar a prestação jurisdicional; f) 13,63% não vê na atuação dos advogados públicos significativa contribuição no sentido de propiciar-se celeridade e eficácia da prestação jurisdicional; g) pouco menos da metade do universo auscultado entende que a utilização de meios procrastinatórios é uma constante no trabalho das procuradorias em juízo; h) 27,27% dos juízes ouvidos entende que a atividade procrastinatória está bem próxima à litigância de má-fé, porquanto desrespeitadas as

regras processuais no intuito de provocar tumulto, dificultando o andamento dos processos; i) Na opinião da maioria dos entrevistados, o grau de dolo na procrastinação não se faz excessiva; j) 68,18% denunciam uma predeterminada política dos órgãos públicos em recorrer sempre, mesmo quando a insurgência é claramente infundada; l) 59,09% dos juízes que responderam ao questionário asseveram que é melhor a qualidade técnica dos procuradores do quadro permanente, em relação aos advogados credenciados; m) os advogados constituídos encontram baixa avaliação pelos magistrados ouvidos; n) 27,7% dos juízes ouvidos já elogiaram em despachos ou sentenças o trabalho técnico dos advogados de órgãos públicos, mas 31,81%, em contrapartida, já criticou negativamente o trabalho por eles realizado; o) 45,45% dos entrevistados já aplicou pena de litigância de má-fé a entidades públicas p) 31,81% dos magistrados já haviam enfrentado problemas de resistência às ordens judiciais, o que denota a existência de uma patológica política, contrária ao Estado Democrático de Direito; 31,81% dos mesmos juízes tiveram de tomar medidas severas para forçar a Administração ao cumprimento de suas determinações; q) existe uma divisão de opiniões quanto à conveniência de fundirem-se procuradorias e órgão recursais administrativos em um departamento jurídico que determinasse uma política sadia para a Administração.²⁰¹

Em comentários finais à pesquisa, averbou-se que o comportamento da administração em juízo carece de uma estratégia convergente na direção de uma prestação jurídica célere e eficaz. Pende a solução, contudo, da preexistência de vontade política de imprimir um sentido ético à Administração, quer em juízo, quer no trato cotidiano dos problemas dos cidadãos. A reformulação de diretrizes está a depender de

²⁰¹ “Comportamento da Administração Pública em Juízo”, trabalho realizado por Domingos Roberto Todero, Maria de Fátima Labarrere, Nylson Paim de Abreu e por mim.

aceitação dos objetivos, que, por mais necessários, por mais racionais, por mais justos e urgentes que pareçam, estão sendo postergados, com graves prejuízos ao Estado Democrático de Direito, que não convive com precatórios eternizados, nem como processos de vida tão longa e de efeitos remetidos às calendas gregas. Somente se adotada uma posição política séria é que se pode pensar nos remédios; o que se pode asseverar, enfaticamente, é que a sociedade não pode ficar calada diante da atual situação, sendo obrigação não-somente dos operadores do direito, mas de todo cidadão, mostrar sua irresignação com tal estado de coisas, que não encontrará solução em nenhuma reforma do Judiciário, enquanto não se tolher a utilização abusiva de artifícios processuais menos nobres por efeito de práticas que, em vez de promoverem, maltratam o interesse público, norte maior da Administração.

Cumprido, primeiramente, que se trabalhe sobre o já mencionado excesso de vinculação de que padece a Administração Pública no Brasil. Seria possível dilatar-se a margem de discricionariedade, transformando-se o trabalho de consultoria em assessoramento permanente, cotidiano? Não teríamos eficácia, resolutividade, em se emprestando à autoridade administrativa maior capacidade de decisão mediante orientação permanente do sistema jurídico? Seria esse o modo de evitarem-se conflitos, matando a futura causa em seu nascedouro? Por que continuar judicializando questões adrede perdidas?

O advento dos juizados especiais, providência de excelente inspiração, muito embora tenha trazido irrecusáveis efeitos benéficos, fator de uma ampla abertura das portas da Justiça à grande massa hipossuficiente desassistida, vem suscitando uma dúvida no que tange ao âmbito previdenciário: será que a demanda ora existente estaria

reprimida ou está o Judiciário a resolver aquilo que o balcão da Previdência antes solucionava?

É um sintoma muito sério o fato de que não houve o decréscimo no ingresso de ações previdenciárias no foro comum federal; as Turmas Previdenciárias do E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região exibem hoje um assoberbamento que é o oposto da diminuição de feitos que se previa. Se realmente está ocorrendo a transferência do solucionamento administrativo para as Varas dos Juizados Especiais, tem-se uma distorção grave, exatamente no sentido oposto à sadia diretriz de evitar-se a multiplicidade de questões judiciais.

CONCLUSÃO

Do quadro acima traçado deduz-se a necessidade de uma revisão ética no comportamento da Administração, o que implica prévio reexame comportamental das pessoas que a compõem. Que se afaste o comodismo do automático prosseguimento das atividades tais como sempre foram feitas para a realização de um estudo sobre o modelo de governar que pode realmente realizar os escopos maiores expressos na Constituição Federal.

Instrumento preciosíssimo da mudança proposta é a conscientização motivadora a ser alcançada desde os bancos escolares, combatendo-se a prepotência e a gana mesquinha pelo poder, cultuando os valores que fazem grandes as nações, como a honestidade, o amor ao trabalho, o respeito à dignidade humana, o senso de humanidade; enfim, todas as virtudes essenciais ao talhe do caráter sadio.

Além de medidas concernentes à formação das pessoas, o que nos faz pensar mesmo em uma escola de administração pública, direcionada para qualificar os agentes públicos, deve-se remodelar a Administração no que condiz com seu comportamento jurídico, de modo que:

a) sejam reunidas, onde coexistam ambas as repartições, as Procuradorias dos órgãos públicos com o esboço de contencioso administrativo ora existente, formando uma entidade maior que dite a política a ser observada pela Administração, respeitando-se o quanto possível a autonomia técnica do advogado público, propiciando que não se interponham recursos infundados, procrastinatórios, desnecessários;

b) imprima-se uma atitude que não faça da Administração adversária do jurisdicionado, de conotação lúdico-maniqueísta, mas que persiga a melhor solução jurídica; esta, evidentemente, a que propicie uma vivência a mais completa da cidadania, com liberdade, com inclusão social, com participação cada vez maior do cidadão na escolha de seus próprios destinos na vivência do Estado Democrático de Direito;

c) detenha o magistrado meios eficazes de fazer valer a autoridade de suas decisões, evitando que o jurisdicionado, já transtornado pela *via crucis* do processo judicial, ainda tenha de haver-se com incidentes de descumprimento de sentenças;

d) os direitos fundamentais sejam priorizados, tanto na esfera judicial quanto em âmbito administrativo, cuidando-se para que a Constituição não seja mera carta de intenções, mas instrumento efetivo de persecução dos valores maiores da humanidade;

e) seja combatida a omissão administrativa, proscovendo-se o “não” medroso com que o burocrata tenta refugir de responsabilidades inerentes às próprias funções e outorgando-lhe uma mentalidade harmônica com o progresso social, em trabalho constante de motivação;

f) estudem-se as peculiaridades da advocacia pública, fazendo-a exercida por um corpo jurídico investido em regime funcional seguro, respeitado, com autoridade

e autonomia, constituindo, assim, um elemento de cotidiana presença junto às autoridades competentes, imprescindível na tomada das decisões administrativas;

g) seja criado um número maior de súmulas administrativas;

h) ofereça a Administração, à luz de uma assessoria cotidiana de seus quadros jurídicos, respostas eficazes aos pleitos que lhe são dirigidos, numa política de prevenção de conflitos que contenha o processo de asoberbamento do Judiciário que ora se assiste.

i) dê-se o devido prestígio sempre ao Estado Democrático de Direito, resistindo-se aos impactos da globalização com a defesa dos direitos fundamentais, evidenciando meridianamente que bens maiores como vida, saúde, e liberdade estão acima de quaisquer interesses de ordem econômica.

Cumprir registrar não ser intenção deste estudo a apresentação de verdades absolutas; existe a consciência de que tangidas questões polêmicas. O simples convite ao reexame dos fundamentos, da estrutura e dos fins da Administração já trará, por si mesmo, as vantagens de suscitar outros estudos, talvez com outras respostas. Existe, sim, a possibilidade de uma vigilância ética sobre o comportamento da Administração, em que Moral e Direito encontrem uma identidade tamanha que se não mais tolerem arranhões ao interesse público.

Há aqui um país ainda por fazer, cujo esboço, se devidamente corrigido, consistirá certamente no lugar ideal para que se exercite a alegria de ser intensamente. O culto de valores, a solidariedade, a preocupação com o Outro, o elastério da dimensão social de cada pessoa e a homenagem constante à vida são objetivos perfeitamente alcançáveis, a depender de uma conscientização. Uma Administração que seja a favor – e

não uma inimiga – do bem-estar social; um Estado que se preocupe pela realização dos direitos fundamentais de todos; um futuro pautado num modelo condizente com a consciência e a dignidade do homem; eis o futuro brilhante que não há de ser empecado pelo egoísmo mesquinho de quem, por não lograr o encontro com o Outro, permanece nas fronteiras mínimas do próprio eu.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ADEODATO, João M. Ética, jusnaturalismo e positivismo no direito. In: *Anuário do Mestrado em Direito – 7*. Recife: UFPE, 1995.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 67-79, jul./set. 1999.
- _____. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático, para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, n. 217/55, 1999.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- ALVAREZ, Regina. OAB - Governo é culpado pela lentidão do Judiciário. *O Globo*, Rio de Janeiro, 31 out. 2005.
- ALVES, Ana Paula Peres Falcão. *A impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário, das decisões administrativas desfavoráveis ao fisco*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4972>> Acesso em: 10 nov. 2006.
- APPEL, Karl Otto. *Transformação da Filosofia* (Transformation der Philosophie). 2 vols. Frankfurt: 1973.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômano*. Trad. Mário da Gama Kuri. 3. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

- AYMONE, Rafael Farinatti. Advocacia Pública: advocacia de que interesse público? In: *Livro de Teses do XXX Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, v. II.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Editora RT, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; BRITO, Carlos Ayres. *Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. I. São Paulo: Saraiva, 1988.
- BASTOS DE ÁVILA, Fernando. *Pequena enciclopédia de moral e civismo*. Rio de Janeiro: MEC-FENAME, 1967.
- BATISTA, João Bosco. O tema do outro e da justiça em Emmanuel Levinas. In: CARVALHO, José Maurício de (Org.). *Problemas e teorias da ética contemporânea*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004. (Coleção Filosofia 170).
- BERGSON, Henri. Les Deux Sources de la Morale et de la Religion. In: _____. *Oeuvres*. 5. ed. Paris: PUF, Édition du Centenaire, 1991.
- BORGES NETTO, André Luiz. EC 30: a emenda do calote dos precatórios. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 4, n.46, out. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=841>> Acesso em: 05 jul. 2006.
- BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. Tomo 1º. 1967.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CALLEGARI, André Luís. *Criminologia e temas atuais de Direito Penal*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2005 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Penal: módulo IV).
- CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Advocacia pública, mito e realidade*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

- CARRAZZA, Roque Antonio. Contribuição denominada seguro de acidente do trabalho (SAT). *Revista de Direito Tributário*, n. 70, São Paulo: Malheiros.
- CARVALHO, Ivan Lira de. O descumprimento de ordem judicial por funcionário público. *Revista Forense*, v. 91, n. 330, p. 111-7, abr./jun. 1995.
- CASPER, Bernhard. *La concezione dell'«evento» nella Stella Della Redenzione di Franz Rosenzweig e nel Pensiero di Martin Heidegger*. Pisa: ETS, 2004.
- CASTANHEIRA, Antônio M. N. *Ética, tecnologia e sociedade*. São Paulo: Cortez, 1999.
- CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à teoria geral da administração*. 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COMTE-SPONVILLE, André. *Pequeno tratado das grandes virtudes*. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- CORTES, Helio Harmon Werneck. Revelia, confissão e transigência relativamente aos direitos indisponíveis no Código de Processo Civil vigente. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 251.
- CRETELLA JUNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- CRUZ, Paulo Marcio. Soberania, Estado, Globalização e Crise. In: CADERMARTORI, Luiz Henrique Urquhart (org.). *Temas de Política e Direito Constitucional Contemporâneos*. Florianópolis: Momento Atual, 2004.
- CUNHA, Fabiana Azevedo da. A natureza jurídica do parecer e os limites da responsabilização do procurador do estado. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.

- DE BONI, L. A.. O de lege de Tomás de Aquino: relendo as questões sobre a lei divina. In: *Filosofia: Diálogo de Horizontes* – em homenagem a Jayme Paviani. Porto Alegre: EDIPUCRS, Caxias do Sul: EDUCS, 2001.
- DE LUCCA, Newton. Obrigatoriedade de a administração cumprir as decisões judiciais – instituição do crime de lesa-corte. *Revista do CEJ*, Brasília, n 13, p. 80-8, jan./abr. 2001.
- DELGADO, José Augusto. A Supremacia dos Princípios Informativos do Direito Administrativo: Interpretação e Aplicação. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 701/34, 1994.
- _____. O princípio da moralidade administrativa e a constituição federal de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, a. 81, v. 680, p. 34-6, jun. 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. As carreiras jurídicas e o controle da administração pública. *Revista Gênese de Direito Administrativo*, 12/65.
- _____. *Direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- DONNE, John. *Devotions upon emergent occasions* (Meditations XVII), 1624.
- DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão*. São Paulo: Paulus, 1995.
- DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en Serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.
- _____. *Taking rights seriously*. Massachusetts: Harvard University Press, 1980.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ, Sérgio. Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. In: ROCHA, Cármen L. A. (coord.). *Perspectivas do direito público* – estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

- _____. O controle da administração pública na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, n. 188. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun.
- FERREIRA, Sergio de Andréa. A moralidade na principiologia da atuação governamental. *Revista de Direito Administrativo*. v. 220. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Corrupção Administrativa: Causas e Remédios. *Revista de Direito Público*, n. 81/182, 1987.
- FONSECA, Eduardo Gianetti da. *Vícios privados, benefícios públicos?: a ética na riqueza das nações*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.
- FONTAINHA, Fernando de Castro. Benefícios da Fazenda Pública em juízo: barreira de acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, n. 30, ano IX, jul.-set. 2005. Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. O Novo Direito Penal Tributário e Econômico. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, a. 3, n. 12, jan.-mar. 1966.
- FRANKENA, William K. *Ética*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.
- FREIRE, Jurandir Costa. *A ética é o espelho da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.
- FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. *Revista de Direito Administrativo*, n. 204. Rio de Janeiro: Renovar, abr./jun. 1996. p. 65-84.
- _____. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004
- FURQUIM, Luiz Doria. *O crime de não-recolhimento de tributos*. Trabalho inédito.
- GAULIA, Cristina Tereza. A interpretação das leis principiológicas e a convicção político-ideológica do magistrado. *Revista Cidadania e Justiça*, Brasília, a. 5, n. 11, 2º semestre 2001.
- GIGLIO, Walter D. *Direito processual do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr.

- GOMES, Luiz Flávio. Acusações genéricas, responsabilidade penal objetiva nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 3, n. 11, jul.-set. 1955
- GRANDE JUNIOR, Cláudio. O controle interno de constitucionalidade exercido pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. *Revista Fórum Administrativo – Direito Público*, Belo Horizonte, a. 5, n. 57, nov. 2005.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court. *Revista de Processo*, n. 102.
- _____. Reexame oficial. *Revista de Direito Processual*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- GURVICH, Georges. Les cadres sociaux de la connaissance sociologique. *Cahiers Internationaux de Sociologie*, XXII, Paris, 1959.
- HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Ação Comunicativa*. Barcelona: Península, 1985.
- _____. *Direito e moral*. Trad. Sandra Lippert. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- HARADA, Kiyoshi. *Processo Administrativo Tributário*. MARTINS, Ives Gandra (Coord.). Nova Série-5, co-edição. São Paulo: RT, 1999.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1986.
- _____. *Princípios de la Filosofia del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*. Trad. Juan Luis Vermal. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1975.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Ética, educação e cidadania*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Trad. Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 1986.
- _____. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*. Hamburgo: Felix Meiner Verlag, 1994.
- LARENZ, Karl. *Derecho Justo, Fundamentos de Ética Jurídica*. Trad. Luis Díez-Picazo. Porto Alegre: Civitas, 1993.

- LECLERC, Nadine Poulet-Gibot. *Droit Administratif, sources, moyens, contrôles*. Paris: Bréal, 1995.
- LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós – ensaios sobre a alteridade*. Trad. Pergentino Stefano Pivatto et al. Petrópolis: Vozes, 1997.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. Ética e Eficiência na Administração Pública. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício (Orgs.). *Direito Público Moderno*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- MACEDO, Ubiratan Borges de. A Aventura da Ética Filosófica no Século XX. In: *Problemas e Teorias da Ética Contemporânea*. CARVALHO, José Maurício (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS. (Col. Filosofia).
- MACHADO, Agapito. O aspecto penal do descumprimento às decisões judiciais de natureza mandamental. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 84, n. 722, p. 388-94, dez. 1995.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Prisão por desobediência a ordem judicial. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, v. 16, n. 96, p. 25-39, jan. 1992.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MASSA, Patrícia Helena. O papel do advogado público na administração democrática e o controle da legalidade. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 47-8, 1997.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999
- MÁYNEZ, Eduardo García. *Ética - ética empírica, ética formal, ética valorativa*. Centro de Estudos Filosóficos na Universidade Nacional do México, 1944.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Editora RT, 1989.

- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *Discricionariedade e controle judicial*. 2. ed., 4. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. Legalidade, motivo e motivação do ato administrativo. *Revista de Direito Público*, n. 90/57.
- _____. O controle judicial dos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 152/01.
- _____. O Desvio do Poder. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 172, 1-19 abr./jun 1988.
- MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Atlas, v. 1. 2003.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: RT, 1977.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I, 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.
- MOOG, Marcos Costa Viana. O novo perfil da advocacia pública: juridicidade, realidade e efetividade. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- MOORE, George Edward. *Principia Ethica*. Cambridge: Cambridge University Press, 1903.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- NALINI, José Renato. O Juiz e a Ética no Processo. In: _____ (Org.). *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: RT, 1994.
- _____. *Ética geral e profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

- _____. Anotações sobre corrupção & honestidade. *Revista dos Tribunais*, n. 768/439, 1999.
- NEDEL, José. *Maquiavel, concepção antropológica e ética*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1996.
- NOHL, Hermann. *Introducción a la ética*. México: Breviarios, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. *Poder e ética na sociedade brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- ORTEGA Y GASSET, José. El Tema de Nuestro Tiempo. In: _____. *Obras Completas*, v. 3. 2. Reimpresión. Madrid: Alianza, 1994.
- _____. Prólogo à tradução espanhola da História da Filosofia de E. Bréhier. *Obras Completas*, v. 6. 2. Reimpresión. Madrid: Alianza, 1994.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Improbidade administrativa, observações sobre a Lei 8.429/92*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.
- PALUDETTO GESTEIRO, Natália. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. *Escritório Online*, Brasília, 16 nov. 2004. Disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=5362&> Acesso em: 10 nov. 2006.
- PAULSEN, Leandro. *Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado/ESMAFE, 2001.
- PENNA, Antonio Gomes. *Uma nova ética para o juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. A advocacia do estado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, a. 10, n. 78.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

- PIMENTEL, Manoel Pedro. Apropriação indébita por semelhança. *Revista dos Tribunais*. v. 451.
- PINHEIRO, Juliana de Melo Vilar Pitta. Possibilidade de recurso judicial contra as decisões do conselho de contribuintes contrárias à fazenda. *Revista dos Procuradores da Fazenda Nacional*, Brasília, a. 6/7, n. 6/7, 2004/2005.
- PINHEIRO, Jurandi Borges. Perspectivas do constitucionalismo moderno sob os influxos da globalização. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico Forense*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- PRADO, David Wilson de Abreu. Interpretação tópica e sistemática da Constituição. In: DOBROWOLSKI, Sílvio (Org.). *A constituição no mundo globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- QUEIROZ, Cid Heráclito de. *Legislação orgânica: estrutura – competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - 1974*. Rio de Janeiro: Ministério da Fazenda, 1974.
- QUINE, W. V. O. *Two Dogmas of Empirism*. From a Logical Point of View: Nine Logico-philosophical Essays. Cambridge, Mass: Harvard University Press.
- RAMOS, Gisela Gondim. *Estatuto da advocacia – comentários e jurisprudência selecionada*. 2. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003. Tradução de: Justice as fairness: a restatement.
- RAZ, Joseph. Authority, Law and Morality. *The Monist*, v. 68, n. 3. Illinois: The Hegeler Institute.
- REDOR, Marie-Joelle. *De l'état legal a l'état de droit*. Paris: Économica, 1992.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

- ROCHA, Miguel Arcanjo Costa da. Reestruturação das procuradorias estaduais e as perspectivas da advocacia pública para o século XXI. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão de segurança*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RUSS, Jacqueline. *La Pensée Étique Contemporaine*. Paris: PUF, 1994. (coleção “Que sais je?”).
- SAAD, Eduardo Gabriel. *CLT comentada*. 7. ed. São Paulo: LTr, 1992.
- SÁNCHEZ, Vásquez A. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.
- SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Princípio da Moralidade da Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 33, nº 132, p. 125-9, out.-dez. 1996.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- _____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- SHELLER, Max. *Der formalismus in der Ethic und die materiale wertethk*. Bern und Muenchen: Frank Verlag, 1966.
- _____. *Visão Filosófica do Mundo*. Trad. Regina Winberg. São Paulo: Perspectiva, 1986. (Coleção Debates).
- SEN, Amartya. *Sobre ética e economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- SESTA, Mário Bernardo. Advocacia-Geral da União: finalmente a racionalização. *Revista Jurídica Virtual*, n. 16. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: 19 out. 2006.

- SILVA, Almiro do Couto e. Cadernos de Direito Público. *Revista da PGE*, Porto Alegre, n. 57, supl.
- SILVA, Antônio Fernando Schenkel do Amaral e; SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Juizados especiais federais: aspectos cíveis e criminais*. Blumenau: Acadêmica, 2002.
- SILVA, José Afonso da. Corrupção e o estado de direito (o caso brasileiro). In: *Livro de Estudos Jurídicos*. v. 7. Rio de Janeiro: IEJ, 1993.
- SILVA, Moacyr Motta. *Direito, justiça, virtude moral & razão*. 1. ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2003.
- SILVA, Octacilio Paula. *Ética do magistrado à luz do direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luis Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e ética no direito: uma alternativa de modernidade*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- SOUTO, João Carlos. *A União Federal em juízo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SOUZA, Ricardo Timm de. *Ética como fundamento: uma introdução à ética contemporânea*. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004.
- STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. 2. ed. São Paulo: Vozes, 1990.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TEIXEIRA, Flávio Germano de Sena. A natureza Jurídica dos Pareceres e a Responsabilidade dos Procuradores. In: VENTURA, Zênio; FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila (orgs.). *As perspectivas da advocacia pública e a nova ordem econômica*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2006.
- TIMASHEFF, Nicolas. *La teoria sociologica*. Fondo de Cultura Economica, Mexico, 1961.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Governo e Judiciário*. Brasília: AJUFE, 2001.
- VALENTE, Maria Jovita Wolney. *Antecedentes históricos*. Disponível em: <<http://www.pgfn.fazenda.gov.br/historico.asp>> Acesso em: 14 nov. 2006.

- VALLE, Gabriel. *Ética e direito*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Trad. João Dell'Anna. 25. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.
- VAZ, Paulo Afonso Brum. O reexame necessário no novo processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 15, n. 54, 2004.
- _____. O contempt of court no novo processo civil. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 15, n. 53, 2004.
- WEBER, Thadeu. *Ética e filosofia política: Hegel e o formalismo kantiano*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1999. (Coleção Filosofia 87).
- XAVIER, Alberto. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 2. São Paulo: Malheiros, p. 205-10.