

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina

---



Uma publicação conjunta:



Associação dos Procuradores do Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Ano 4 ■ Vol. 4 ■ N. 1 ■ Jan./Dez. 2015



Associação dos Procuradores do  
Município de Londrina – APROLON



Procuradoria-Geral do Município de  
Londrina

# **Revista de Direito Público**

## da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

---

Vol. 4, Nº 1, Dezembro 2015  
Londrina

RDP-PGM Londrina	Londrina	V. 4 – Nº 1	163 p.	Dezembro 2015
------------------	----------	-------------	--------	---------------

# Revista de Direito Público

da Procuradoria-Geral  
do Município de Londrina

---

## Conselho Editorial

João Luiz Martins Esteves (Coordenador)  
Carlos Renato Cunha  
Celso Zamoner  
José Roberto Reale  
Paulo César Tieni

As opiniões emitidas nos artigos são de  
responsabilidade exclusiva de seus autores.

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral do  
Município de Londrina e da Associação dos  
Procuradores Municipais de Londrina –  
APROLON.

Endereço eletrônico para remessa de artigos: [aprolon@aprolon.com.br](mailto:aprolon@aprolon.com.br)

Catálogo na publicação por Waléria de Luza – CRB 9/1402

Revista de Direito Público da Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina/ Associação dos Procuradores do Município de  
Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do Município de  
Londrina, - v.4,n.1, (Dez, 2015) – Londrina, 2015.

Anual

ISSN: 2317-4188 ( on-line)

Disponível em:

<<http://www.aprolon.com.br/pkp/ojs/index.php/rdp-pgmlondrina>>

1. Direito Público - Periódicos. I. Associação dos Procuradores  
do Município de Londrina – APROLON / Procuradoria –Geral do  
Município de Londrina .

CDU 342

Revisão e Editoração: APROLON  
Publicação: dez. 2015

Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON  
Av. Rio de Janeiro, 1389  
Vila Ipiranga - Londrina-PR  
CEP 86.010-150  
(43) 9996-4715  
[aprolon@aprolon.com.br](mailto:aprolon@aprolon.com.br) - [www.aprolon.com.br](http://www.aprolon.com.br)

Procuradoria-Geral do Município de Londrina  
Av. Duque de Caxias, 635,  
Prefeitura Municipal - Centro Cívico  
Bairro Petrópolis - Londrina-PR  
CEP 86.015-901  
(43) 3372-4327  
[www.londrina.pr.gov.br](http://www.londrina.pr.gov.br)



## Administração da Procuradoria-Geral do Município de Londrina

Procurador-Geral do Município  
Paulo César Gonçalves Valle

Procurador-Geral Adjunto de Gestão do Contencioso  
Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

Procuradora-Geral Adjunta de Gestão da Consultoria  
Renata Kawasaki Siqueira

Corregedora-Geral do Município  
Alexandre Alberto Trannin

Gerente de Assuntos de Pessoal - GAP  
Sérgio Correia

Gerente de Serviços Públicos - GSP  
Luciano Sodré Galves

Gerente de Patrimônio Público, Urbanismo e Meio Ambiente - GPPUMA  
Renata Kawasaki Siqueira

Gerente de Assuntos Legislativos e Normativos - GALN  
Marcelo Moreira Candeloro

Gerente de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT  
Amanda Casado Ribas

Gerente de Execução Fiscal – GEF  
Diego Ribeiro Vieira

Os cargos até aqui nominados são os que compõem a Comissão Especial de Assuntos Estratégicos da PGM-Londrina.

Assessora-Técnica Administrativa e Financeira – ATAF  
Mário Lucas França de Oliveira

Coordenador de Apoio Administrativo ao Gabinete – CAA-Gab  
Lucas Ferreira Santana

Coordenador de Apoio Administrativo à Execução Fiscal – CAAEF  
Eliza Tizuru Sonomura

Coordenadora de Apoio à Arrecadação Fiscal – CAAF  
Thiago Eidi Morimoto

Coordenadoria de Análise de RPVs e Precatórios  
Carolina Bombonato Borchart

Coordenadoria de Apoio ao Setor de Licitações, Contratos e Convênios Administrativos  
José Henrique dos Santos Piazza





**Diretoria da Associação dos Procuradores do Município de Londrina -  
APROLON**

**Presidente**

Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho

**Diretor de Assuntos Jurídicos e Institucionais (Vice-Presidente)**

Fábio César Teixeira

**Diretor Administrativo**

André Fustaino Costa

**Diretora Financeira**

Amanda Casado Ribas

**Diretora de Comunicação**

Gisele Cristiane Campanari

**Diretora de Eventos**

Andréia Ferraz Martin Robles Martelli

**Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos**

José Roberto Reale

**Conselho Fiscal**

Ana Lúcia Bohmann

Lia Correia

Paulo César Tieni

Ana Cláudia Neves Rennó (suplente)

**Diretores Adjuntos**

Marcelo Moreira Candeloro

César Augusto Coradini Martins

Márcia Nakagawa Rampazzo



## SUMÁRIO

EDITORIAL.....	9
<b>ARTIGOS</b>	
GOVERNABILIDADE E ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: COMPROMISSOS COM OS DIREITOS SOCIAIS <i>André Vinícius Rosolen</i> <i>Ivan Martins Tristão</i> .....	11
APONTAMENTOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA <i>Carlos Renato Cunha</i> <i>Maurício Dalri Timm do Valle</i> .....	33
A GESTÃO POR PROCESSOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>Daniela Torres Rocha</i> <i>Marcos de Toledo Tito</i> <i>Maíra Tito</i> .....	51
O PODER JUDICIÁRIO E O EXERCÍCIO DE PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO <i>Kauana Vergínia Previtall</i> <i>Diego Eliziário Romanow</i> .....	61
OS NOVOS EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO A TERMO <i>Luís Gustavo Lepre da Silva</i> <i>Lourival José de Oliveira</i> .....	73
BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEC 443-A E A CARREIRA DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO <i>Marinês Costa Pereira Passos</i> <i>Raphael Monteiro Silveira de Araújo</i> .....	93
A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE ACORDOS COMO APLICADOR DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO <i>Rafael Schreiber</i> .....	107
USO DE BENS PÚBLICOS E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA <i>Roberta Keiko Taki Imagawa</i> .....	133
<b>COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA</b>	
RECLAMAÇÃO 19.856-PR, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL <i>Luís Henrique Fernandes Hidalgo</i> <i>Washington Aparecido Pinto</i> .....	153



## EDITORIAL

É com muita alegria que apresentamos a esta nova edição da Revista de Direito Público da Procuradoria-Geral do Município, que conta com a colaboração de autores de todo o território nacional.

Consignamos aqui nosso agradecimento aos autores, e fazemos votos de que o leitor aprecie os textos, que tratam de diversos e relevantes temas de Direito Público, atendendo ao norte da linha editorial deste periódico.

Londrina-PR  
Dezembro de 2015.

**Sérgio Veríssimo de Oliveira Filho**  
Presidente da APROLON

**José Roberto Reale**  
Diretor do Núcleo de Estudos Jurídicos da APROLON

**João Luís Martins Esteves**  
Coordenador da Revista



## GOVERNABILIDADE E ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: COMPROMISSOS COM OS DIREITOS SOCIAIS

**André Vinícius Rosolen**

*Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá - UniCesumar. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC. Advogado.*

**Ivan Martins Tristão**

*Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Especialista em Direito Empresarial pela UEL. Professor da Graduação em Direito. Advogado.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Ato de Improbidade Administrativa. 3. Conclusão. 4. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** No ordenamento jurídico brasileiro, o direito a boa administração pública está previsto de forma implícita no art. 37 CF/88, que compreende o dever jurídico do agente público, no exercício de suas funções, praticar atos com probidade e de forma responsável, conforme os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, objetivando a satisfação do bem comum (interesse público-coletivo). Por outro lado, o ato de improbidade administrativa consiste no ato ilegal praticado pelo agente público ou terceiro beneficiado, que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92), que causa prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92), ou que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92). Nesse contexto, os atos revestidos de desonestidade e de má-fé perpetrados pelos agentes estatais se tornam nocivos à gestão dos recursos públicos, à concretização dos princípios do regime jurídico-administrativo e aos princípios republicanos (responsabilidade, transparência e prestação de contas). Por tais razões, o trabalho visa demonstrar a má gestão pública como fator inviabilizador da boa governabilidade do Estado para efetivação dos princípios-diretrizes programáticos e promoção dos direitos sociais previstos na Constituição (educação, saúde, alimentação, moradia, seguridade social), com reflexos econômicos, sociais e políticos devastadores ao interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Improbidade Administrativa. Direitos Sociais. Boa Governança. Governabilidade.

**ABSTRACT:** In the Brazilian legal system, the right to good public administration is expected implicitly in article 37 of the Federal Constitution 1988, which comprises the legal duty of the public official in the performance of their duties, perform acts with integrity and responsibly, according to the principles of legality, impersonality, morality, publicity and efficiency, aiming at the common good satisfaction (public and collective interest). On the other hand, the act of improper conduct is the illegal act committed by the public official or third benefit that matter embezzlement (article 9 of law 8.429/92), adversely affecting the treasury (article 10 of law 8.429/92), or who violates the principles of Public Administration (article 11 of law 8.429 / 92). In this context, the acts covered with dishonesty and bad faith perpetrated by state agents become harmful to the

management of public resources, the realization of the principles of the legal and administrative arrangements and republican principles (accountability, transparency and accountability). For these reasons, the work aims to demonstrate the poor public administration as invariable factor of good governance of the state for realization of programmatic principles, guidelines and promotion of social rights in the Constitution (education, health, food, housing, social security), with reflections economic, social and political devastating to the public interest.

**KEYWORDS:** Administrative Misconduct. Social rights. Good governance. Governance.

## 1. Introdução

A Constituição, enquanto lei fundamental do Estado estabelece direitos e garantias fundamentais, disciplina a organização político-administrativa do Estado e regulamenta a organização dos Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), com o objetivo de salvaguardar os direitos contra os abusos e ilegalidades praticadas pelos agentes estatais.

Entre suas normas o art. 37, “caput”, da Constituição Federal do Brasil de 1988 (CF/88) estabeleceu princípios ético-normativos norteadores da Administração Pública (direta e indireta), em que o agente público, no exercício de suas funções, tem o dever jurídico de observar os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Do mesmo modo, o art. 4º da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê um dever jurídico ao agente público de agir conforme a probidade administrativa, mediante a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade.

Deste modo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê o direito fundamental à boa administração pública ou direito ao governo honesto, sendo que os recursos públicos deverão ser aplicados de acordo com as previsões orçamentárias (fixação dos programas de governo), de forma transparente e responsável. Todavia, a má gestão dos recursos públicos que estavam destinados à concretização de direitos sociais, tem por efeito a mitigação do exercício dos direitos essenciais das pessoas e da qualidade da prestação de serviços públicos.

A finalidade do trabalho visa apresentar os problemas causados devido a prática do ato de improbidade administrativa perpetradas por agentes públicos e seus reflexos para governabilidade do Estado, comprometendo os meios de proteção e implementação dos direitos sociais assegurados pela CF/88.

Por tais razões, o ato de improbidade administrativa como espécie de corrupção pública, resulta no comprometimento dos programas governamentais para implementação de políticas públicas, na promoção de direitos, na perda de legitimidade dos atos praticados e na perda de confiança das instituições pelos cidadãos.

## 2. Ato de Improbidade Administrativa

Os princípios constitucionais da Administração Pública são normas de valores éticos que informam e condicionam o exercício do poder, tendo por objetivo a concretização do direito fundamental à boa administração pública, a aplicação correta dos recursos públicos e a prestação de serviços com qualidade, bem como de assegurar a proteção do patrimônio público.

A moralidade administrativa é uma norma jurídica vinculante, dotada de normatividade, imperatividade e obrigatoriedade, que produz efeitos jurídicos nas relações entre funcionários e Administração Pública. Por sua vez, a probidade administrativa consiste no dever jurídico do agente público atuar com absoluta lisura no exercício de suas funções (lealdade, honestidade e boa-fé).

No entanto, os atos ímprobos são aqueles que violam os deveres da legalidade, da moralidade, da boa-fé (honestidade e lealdade), da imparcialidade e da eficiência, sendo que se exterioriza por meio de uma conduta desonesta, ilegal e abusiva, que gera enriquecimento ilícito, prejuízo ao erário ou ofensa aos princípios da Administração Pública.

A palavra improbidade significa desonestidade, perversidade ou maus costumes praticados por um indivíduo. O “improbis administrator” é o administrador desonesto ou aquele que detém a índole de mau caráter.<sup>1</sup> O termo improbidade administrativa advém do latim “improbis”, sendo um atributo de qualidade imputado a todas as pessoas que atuam contra os princípios e as regras (jurídicas ou morais) consagradas pela sociedade com propósitos maudosos (má-fé), isto é, conforme os romanos são homens inabilitados ou que não possuem aptidão e idoneidade para a prática de certos atos.<sup>2</sup>

Por tais razões, o ato de improbidade administrativa decorre da moralidade pública, em que o agente estatal tem o dever de zelar a coisa pública (“res pública”), de acordo com os princípios administrativos e os deveres funcionais (legalidade, honestidade, boa-fé e eficiência), sem

---

<sup>1</sup> HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 1585.

<sup>2</sup> SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 714/715.

aproveitar das facilidades que o cargo lhe oferece ou locupletar-se de forma indevida, sob pena de causar violação aos princípios da ordem jurídico-constitucional.<sup>3</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, o ato de improbidade administrativa está previsto no art. 37, § 4º, CF/88, o qual estabelece sanções aos agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa, mediante a suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade dos bens e no ressarcimento ao erário. De igual forma, a Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) regulamentou o art. 37, § 4º, CF/88, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional.

A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) teve origem no Projeto de Lei nº 1.446/914, com a finalidade de regulamentar o art. 37, § 4º, CF/88 e disciplinar o procedimento e as sanções aplicáveis a todos os agentes públicos pela prática de ato de improbidade administrativa. O objetivo era punir de forma severa os homens públicos que se aproveitam da sua condição e das vantagens que o cargo lhe confere, para atender seus interesses particulares em detrimento da probidade administrativa e do patrimônio público.

De acordo com Marino Pazzaglini Filho, Márcio Fernando Elias e Waldo Fazzio Júnior, o ato de improbidade administrativa representa a corrupção administrativa, a perversidade ou a desonestidade praticada pelo agente público, no exercício de suas funções, com propósitos maldosos e ilegais, violando os princípios que regem a Administração Pública brasileira e os ditames republicanos.<sup>5</sup>

Em contrapartida, Fábio Medina Osório ensina que o ato de improbidade administrativa é uma espécie de má gestão pública gravemente desonesta ou ineficiente, decorrentes de ações ou omissões, dolosas ou culposas, praticadas por agentes públicos no exercício de suas funções ou em razão delas, com ou sem participação dos particulares, ou seja, o conceito de improbidade administrativa resulta de uma forma analítica do somatório de elementos extraído da estrutura do dispositivo legal que corresponde a má gestão pública.<sup>6</sup>

Não obstante, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendido que o ato de improbidade administrativa é um ato ilegal praticado com a má-fé do agente público, com a essência

---

<sup>3</sup> FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996, p. 11-12).

<sup>4</sup> EMENTA: "Estabelece o procedimento para suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional e das outras providências."

<sup>5</sup> FILHO; ROSA; JÚNIOR, *op. cit.*, 1996, p. 11/12.

<sup>6</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 389-392.

de imoralidade<sup>7</sup>. Do mesmo modo, preconiza que o ato de improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. <sup>8</sup>

Em suma, o ato de improbidade administrativa é o ato ilegal (ação ou omissão), doloso ou culposo, praticado pelo agente público ou terceiro beneficiado, que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92), que causa prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92), ou que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), qualificado pela imoralidade e pelo elemento subjetivo do tipo (dolo ou culpa), revestido de desonestidade e de má-fé, com violação aos deveres éticos-normativos da honestidade, lealdade e da probidade administrativa.

A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) estabelece três espécies de atos de improbidade na administração: a) atos que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) atos causadores de lesão aos cofres públicos (art. 10); c) atos violadores dos Princípios da Administração Pública e dos deveres funcionais (art. 11).

O art. 9º da Lei nº 8.429/92 dispõe sobre atos de improbidade que importa enriquecimento ilícito, ou seja, consiste na prática de aferir vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade desenvolvida na Administração Pública ou de instituições e entidades que recebam subvenções, benefícios ou incentivo fiscal custeada pelo poder público.

O art. 10 da Lei nº 8.429/92 dispõe sobre atos de improbidade que causam prejuízo/lesão ao erário público, isto é, a ação ou omissão, dolosa ou culposa, praticada pelo agente público ou terceiro beneficiado, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres da administração pública ou de instituições e entidades que recebam subvenções, benefícios ou incentivo fiscais custeadas pelo poder público.

Por fim, o art. 11 da Lei nº 8.429/92 dispõe sobre atos de improbidade que violam os princípios orientadores de conduta da Administração Pública e os deveres éticos-normativos. O ato consiste na ação ou omissão praticada pelo agente público ou terceiro beneficiado, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e os princípios da Administração Pública.

O ato ímprobo deve ser analisado sob o ponto de vista formal e material<sup>9</sup>. O ato de improbidade administrativa formal é a subsunção do ato ilegal praticado pelo funcionário público com

---

<sup>7</sup> STJ - REsp 514.820/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 261, REPDJ 05/09/2005.

<sup>8</sup> STJ - AgRg no REsp 1.352.541/MG, Rel. Ministro Mauro Campell Marques, Segundo Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013; STJ - REsp 1130584/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.

as disposições legais. O ato de improbidade administrativa material é valoração somatória da reprovação da conduta do agente, do elemento subjetivo do tipo, da gravidade da lesão aos princípios da Administração Pública, da violação aos deveres jurídicos, da extensão do dano e o prejuízo causado ao patrimônio público.

Os atos praticados devem ser examinados de forma minuciosa e substancial, ao lado da legalidade formal, com a exposição fundamentada da finalidade, da eficiência, do interesse público e dos motivos e razões que levaram a praticar o ato, eis que a própria moralidade condiciona a legalidade, porquanto toda lei pode não ser justa e também pode ser imoral.

A doutrina<sup>10</sup> estabelece os elementos necessários para configuração do ato de improbidade administrativa, com o objetivo de identificar o responsável da conduta, individualizar o ato ímprobo e fixar os pressupostos de imputação e da sanção ao agente público ou terceiro beneficiado, sendo os seguintes: a) Conduta do agente (ação ou omissão); b) Sujeito ativo e passivo; c) Tipicidade; d) Elemento subjetivo (dolo ou culpa); e) Valoração e reprovação da conduta do agente.

Os elementos que compõem a estrutura do ato ímprobo viabiliza a aplicação das sanções ao agente público ou terceiro beneficiado que pratica o ato, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Assim, deverão ser apreciados pelo intérprete no caso concreto, a fim de demonstrar a real configuração do ato ímprobo para viabilizar a aplicação das sanções legais ao agente ímprobo.

O ato de improbidade administrativa também é considerado como aquele praticado pelo agente público que, atuando de forma abusiva e ilegal, violam direitos ou garantias individuais do cidadão (direitos fundamentais), em razão das consequências nefastas que acarreta para a sociedade e pela quebra do dever de licitude e ética exigível dos agentes públicos em todas as circunstâncias.

A propósito, o ato ímprobo incide em grave violação aos direitos fundamentais, uma vez que os recursos públicos destinados para a concretização e efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição (saúde, educação, seguridade social) são desviados para a satisfação dos interesses particulares.

Por outro lado, o ato de improbidade administrativa poderá ser praticado pelo agente público, no exercício das funções públicas, e, pelo terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou que se beneficie de forma direta ou indireta do ato. O sujeito ativo do ato de improbidade administrativa compreende todos os agentes públicos (agente político, agentes

---

<sup>9</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 105 e 274.

<sup>10</sup> GARCIA; ALVES, *op. cit.*, 2006, p. 297-300; OSÓRIO, *op. cit.*, 2010, p. 237-260.

autônomos, servidores públicos, particulares em colaboração com o Poder Público), no exercício de suas funções e os terceiros (particulares ou “extraneus”).

O art. 1º da Lei nº 8.429/92 indica os sujeitos ativos do ato de improbidade administrativa, podendo ser qualquer agente público, servidor público e agente político, inclusive o terceiro beneficiado. O terceiro que induza ou concorra para a prática do ato de improbidade administrativa ou se beneficie do ato de forma direta ou indireta fica sujeito as responsabilidades da lei (art. 3º da Lei nº 8.429/92). Todavia, os terceiros somente responderão pelo ato de improbidade administrativa quando atuarem em conluio ou concorrer juntamente com o agente público para o ato.

Os sujeitos passivos são todos os entes da federação (União, Estados, Municípios, Distrito Federal), os órgãos da Administração Pública direta e indireta (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunal de Contas, Ministérios, Secretarias, Procuradorias, Autarquias, Fundações Públicas, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista), bem como as empresas incorporadas ao patrimônio público e as entidades ou instituições criadas ou que recebam recursos públicos em até cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual (serviços sociais autônomos, organizações sociais sem fins lucrativos e organizações da sociedade civil de interesse público).

O art. 12 da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê sanções de natureza civil, político e administrativa para o agente público ou terceiro beneficiado que pratica o ato de improbidade administrativa.

A sanção aplicada ao agente público decorrente da prática de ato de improbidade administrativa representa a materialização dos anseios dos cidadãos brasileiros, sendo um verdadeiro mecanismo de garantia dos direitos do homem e um instrumento de manutenção da probidade administrativa.<sup>11</sup>

A sanção imposta ao ato ímprobo que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92), será de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público ou do terceiro beneficiado, ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 08 (oito) a 10 (dez) anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos (art. 12, inciso I, da Lei nº 8.429/92).

---

<sup>11</sup> GARCIA; ALVES, *op. cit.*, 2006, p.504.

Na hipótese do ato de improbidade que causar prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92), a sanção será de ressarcimento integral do dano causado, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente público ou do terceiro beneficiado, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 05 (cinco) a 08 (oito) anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 05 (cinco) anos (art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92).

Por fim, o ato de improbidade que violar os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), a sanção será de ressarcimento integral do dano, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 03 (três) a 05 (cinco) anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente público ou terceiro beneficiado, e, proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos (art. 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92).

As cominações das sanções do art. 12 da Lei n. 8.429/1992 podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, devendo ser observado pelo magistrado a cada caso concreto em respeito aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e adequação. As sanções dos atos de improbidade administrativa aplicadas deverão conduzir à dosimetria e à correlação entre a sanção prevista e o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, o ato de improbidade administrativa é o ato ilegal praticado pelo agente público ou terceiro beneficiado, que importa em enriquecimento ilícito (art. 9º da Lei nº 8.429/92), que causa prejuízo ao erário (art. 10 da Lei nº 8.429/92) ou que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11 da Lei nº 8.429/92), revestido de desonestidade e de má-fé que lesionam o patrimônio público.

## **2.1 Direito à Boa Administração Pública (Bom Governo)**

Os direitos fundamentais são aqueles outorgados às pessoas pela sua própria condição humana, reconhecidos e incorporados pela norma constitucional. Trata-se dos direitos públicos subjetivo dos cidadãos decorrentes do Estado Democrático de Direito e do princípio da dignidade da pessoa humana.

A Administração Pública brasileira modificou seus parâmetros hermenêuticos com o advento da constitucionalização do Direito Administrativo (neoconstitucionalismo), promovendo profundas alterações na atuação da gestão pública para com a sociedade, e reformulou os métodos

hermenêuticos voltados para o cumprimento dos postulados constitucionais e o primado da boa Administração Pública.

De acordo com Luis Roberto Barroso, os valores, as finalidades públicas e os comportamentos contemplados na Constituição, passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas infraconstitucionais, devendo o administrador público atuar tendo por fundamento direto à CF/88, principalmente, ao princípio da juridicidade (legalidade, moralidade, eficiência, boa-fé, probidade).<sup>12</sup>

O direito fundamental à boa administração pública é corolário dos princípios insculpidos no art. 37 CF/88 e dos regimes democráticos e princípios republicanos, impondo ao administrador público uma atuação ética e responsável, pautada na legalidade, impessoalidade, moralidade, responsabilidade e eficiência, em busca do interesse público primário (interesse da sociedade).

O direito a boa administração (boa governança) compreende um conjunto de regras e princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência, publicidade) que visa assegurar a satisfação do bem comum (interesse coletivo), e ao mesmo tempo, impõe ao administrador o dever de atuar com probidade e transparência/responsabilidade na busca do interesse público.

A titularidade do poder público emana do povo, razão pela qual os atos praticados pelos agentes do Estado devem estar em conformidade com a probidade administrativa, sob pena de violação dos direitos fundamentais do cidadão de exigir uma administração responsável e a correta aplicação dos recursos públicos.<sup>13</sup>

O art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia consagrou o direito à boa administração, estabelecendo direitos básicos aos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas dentro de um prazo razoável de duração, perante os órgãos da União Europeia, o direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos administrativos internos, bem como o direito à fundamentação (motivação) das decisões tomadas pelo órgão.<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em: 09 de abril de 2013, às 17h:00min.

<sup>13</sup> MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. *A Moralidade Administrativa Como Direito Fundamental: moralidade condicionante da legalidade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 18, n 71, abr./jun., 2010, p. 112-113.

<sup>14</sup> "Direito a uma boa administração. 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; c) A obrigação, por parte da

Segundo Juarez Freitas, o direito fundamental a boa administração pública consiste em uma gestão eficiente e eficaz, que estabelece deveres de atuação funcional e responsabilidade nos excessos e omissões, ordenados com a estrita observância dos princípios que presidem a Administração Pública brasileira, neste sentido:

[...] o direito fundamental à boa administração pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem. Observado de maneira atenta, o direito fundamental à boa administração é lídimo plexo de direitos, regras e princípios, encartados nessa síntese, ou seja, o somatório de direitos subjetivos públicos.<sup>15</sup>

No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet assevera que a CF/88 adotou o direito fundamental à boa administração que promova a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais, devendo os atos do poder público estarem pautados na probidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade.<sup>16</sup>

Com efeito, o direito à boa administração pública implica em dois sentidos, um voltado para o administrador e o outro para o administrado, nos seguintes termos: a) o dever da boa administração (administrador), em que o agente público deve agir de forma compatível com as regras e os princípios constitucionais (boa-fé, eficiência, probidade, impessoalidade, lealdade), visando sempre o interesse público ou o bem-comum; b) o direito da boa administração (administrado), o cidadão tem o direito público subjetivo de exigir uma gestão eficiente dos recursos públicos e a respectiva responsabilização dos agentes pela prática de atos ilegais.

Conforme José Afonso da Silva, os princípios da Administração Pública (art. 37, “caput”, CF/88) visam orientar os agentes públicos para a prática de atos consubstanciados de

---

administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

<sup>15</sup> FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43 e 80.

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolfgangSarlet.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangSarlet.pdf)>. Acesso: dia 20 de fevereiro de 2013, às 19h:00min.

legalidade e legitimidade, e, por outro lado, os princípios têm a finalidade de assegurar o direito à boa administração, com correta aplicação dos recursos públicos na busca no interesse coletivo.<sup>17</sup>

O direito à boa administração vincula o agente público, que no exercício de suas atribuições, deve observar os comandos ético-normativos prescritos na CF/88, mitigando a liberdade de atuação tanto para o excesso e como para omissões, inclusive, admite-se a responsabilidade do Estado, quando o agente público não zelar pela eficácia direta e imediata do direito fundamental à boa administração, tendo em vista que possui primazia nas relações administrativas e não meras afirmações retóricas.<sup>18</sup>

Não obstante, a primazia pela boa administração é uma norma constitucional implícita (não escrita) que resulta da construção da concepção material dos direitos fundamentais e dos princípios adotados pela norma constitucional, pois o próprio art. 5º, § 2º, da CF/88, prevê a possibilidade da existência de outros direitos ou garantias fundamentais resultante do regime e dos princípios adotados pela Carta Magna.

Cumprir observar que, apesar de não haver uma norma explícita sobre o direito ao bom governo, deverá fazer uma análise conjunta da Constituição com as demais espécies normativas: Lei nº 8429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), Lei Complementar nº 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lei nº 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação) e outras disposições legais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, para consagrar os verdadeiros princípios estruturantes da boa gestão pública.

No Estado Democrático de Direito, a observância dos direitos e garantias fundamentais da Administração Pública é uma regra vinculativa, com extensão a todos funcionários de qualquer órgãos e poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), que visa a condução da legitimação da atividade estatal e a governabilidade da gestão e aplicação dos recursos públicos.

A cultura da corrupção pública socializada e reproduzida pela sociedade, aliada com as reiteradas práticas de improbidade administrativa nos órgãos da Administração Pública, inexoravelmente, acarretam em uma crise de governabilidade do Estado e a ausência de legitimidade dos atos, tendo em vista que atendem outros interesses privados contrários ao bem comum (interesse coletivo).

Atualmente, o sistema político brasileiro sofre uma crise institucional de governabilidade e de legitimidade, em virtude das sobrecargas de despesas com promessas políticas e programas governamentais (despesas maiores do que receitas), demonstrando a falha do Estado e a

<sup>17</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, p. 665.

<sup>18</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

ineficiência na gestão dos recursos públicos. A Constituição deve presumir uma equação de governabilidade de estruturação do poder com estabilidade, eficiência e democrática, bem como deve promover a participação popular não como meros governados, mas como reais governantes do poder.<sup>19</sup>

Nesse aspecto, o direito a boa administração pública é uma condição para a retomada da governabilidade do Estado, em que confere legitimidade aos atos praticados pelos agentes públicos na concretização do interesse público, com maior responsabilidade e transparência.

Outro mecanismo utilizado para abordar o direito a boa administração pública é a análise comparativa do interesse público com o índice de desenvolvimento humano (IDH), relacionando os atos com a liberdade e o desenvolvimento humano. Os fatores utilizados para a formação do índice de desenvolvimento humano (analfabetismo, educação, saneamento básico, mortalidade infantil, longevidade), são imprescindíveis para verificar o nível de governabilidade do Estado.<sup>20</sup>

Dessa forma, o direito fundamental à boa administração pública embora não esteja previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, resulta de um conjunto de regras e princípios que norteiam a Administração Pública para garantir a probidade administrativa e a correta gestão e aplicação dos recursos públicos.

## 2.2 A malversação dos recursos públicos e os efeitos do ato de improbidade administrativa

A corrupção e o ato de improbidade administrativa representam os atos ilegais praticados por funcionários públicos, que no exercício de suas funções, abusam do poder para obter benefícios particulares, mediante a violação dos deveres funcionais e lesão ao patrimônio público. Nesse contexto, enquanto o direito fundamental ao bom governo é indispensável para a consolidação da democracia, para o desenvolvimento econômico-social e promoção dos direitos sociais, a malversação dos recursos públicos se revela como administração irresponsável comprometedora dos programas governamentais.

A corrupção pública modifica a forma de aplicação dos recursos financeiros e o uso dos bens do Estado, estabelecendo uma redução da qualidade dos serviços prestados aos cidadãos

---

<sup>19</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 05 e 23.

<sup>20</sup> PAMPLONA, Leandro Antonio. *Boa Administração, Interesse Público e Índice de Desenvolvimento Humano*. Belo Horizonte: Interesse Público, nº 67, v. 13, maio/jun 2011, p. 198-200.

(escolas, creches, postos de saúde, segurança pública, seguridade social), o que dificulta a implementação dos direitos que gravitam sobre a dignidade da pessoa humana.

A desigualdade social, a exclusão e a miséria/pobreza são os grandes problemas da atualidade causados pelos atos de corrupção e pela falta de governabilidade do Estado na aplicação correta dos recursos públicos (transparência e responsabilidade). A má gestão dos recursos públicos se acentua em virtude da prática dos atos de improbidade administrativa e se contrapõe ao desenvolvimento social e econômico, fazendo aumentar as questões da desigualdade na sociedade e da exclusão social que atinge as minorias, mediante a privação do exercício dos direitos fundamentais.

A desigualdade trata-se de um efeito da transformação social ocorrida ao longo da história, caracterizada pela situação desvantajosa em que determinados grupos se encontram, ou seja, representa os privilégios de uns em detrimento da parte fragilizada da sociedade. A expressão desigualdade social designa um processo histórico marcado pelo afastamento de determinadas pessoas ou grupos do ambiente social, gerando forte impacto negativo no indivíduo de desfrutar os bens que lhes são fundamentais (educação, esporte, lazer, cultura, informação e saúde).

A questão envolve complexidade, sendo fruto de uma série de irregularidades e desajustes ocorridos ao longo da história, tais como o rápido e desordenado processo de urbanização, a inadaptação e uniformização do sistema escolar, o desenraizamento causado pela mobilidade profissional, as desigualdades de renda e de acesso aos serviços.<sup>21</sup>

No Brasil afora existem milhares de pessoas excluídas do convívio social, carentes de benefícios e dos serviços estatais, uma vez que o processo de exclusão se intensificou e o de inclusão ficou restrito em razão dos efeitos operados pela má administração dos recursos públicos, falta de transparência, prestação de contas e responsabilidade. O Estado por se consubstanciar em um Estado de Direito, deverá interferir em certas áreas para que seu objetivo estampado na Constituição possa ganhar aplicabilidade.

Por outro lado, a exclusão ou eliminação de determinadas pessoas ou grupos, designa o conjunto de dificuldades econômicas enfrentadas por certos grupos não privilegiados. O isolamento do indivíduo provoca a perda de perspectiva de conquistar seu espaço na sociedade, fazendo desencadear uma série de problemas pessoais e sociais (sentimento de inferioridade, a perpetuação da pobreza, a criminalidade, a discriminação, o desemprego, dentre outros de cunho negativo).

Com esse processo de exclusão social o indivíduo provoca uma ruptura com a sociedade, criando um estilo de vida precário e desenvolvendo um sentimento de injustiça, eis que as

---

<sup>21</sup> WANDERLEY, Mariângela Felfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 16.

estratégias políticas instituídas para amenização do problema não são suficientes para a inserção de pessoas e de grupos sociais, pois a própria sociedade os rejeitam por simplesmente pertencer à “segunda classe”.

A pobreza compreende três acepções: a de subsistência, a de necessidades básicas e a de privação relativa. Portanto, ser pobre não significa apenas ter baixa renda, mas também ser privado dos recursos e meios que possibilitam o exercício efetivo de uma situação que confira bem-estar.<sup>22</sup> Nesse contexto, Maura Pardini Bicudo Vêras reflete:

Há um conceito correlacionado intimamente à exclusão que é o de pobreza; mas esta, hoje, mudou de nome e de forma. Além de ser privação: de emprego, meios para participar do mercado de consumo, bem-estar, direitos, liberdade, esperança e outros itens necessários à vida digna, a pobreza recebe, hoje, uma dimensão moral, não oferecendo mais alternativa e nem mesmo a possibilidade remota de ascensão social.<sup>23</sup>

A pobreza não surge acidentalmente, uma vez que é produzida por uma série de fatores, como a concentração de riqueza, o baixo salário, o desemprego, a falta de oportunidades e demais privações aos direitos fundamentais da pessoa humana. Luiz Edson Fachin, sensível ao contexto social e ciente dos prejuízos sofridos pelos mais necessitados, faz uma crítica ao sistema capitalista e defende a efetividade do texto constitucional, discorrendo o seguinte:

O ‘sujeito débil’ é aquele que, na economia capitalista contemporânea – que também pode ser reputada uma estrutura sistêmica –, se aliena no consumo, e só tem relevância quando veste uma das diversas “máscaras” que a contemporaneidade impõe. O sujeito débil, definitivamente, não tem relevância pelo seu ‘ser’, mas sim conforme o papel que ele ocupa em dado momento no interior do sistema.<sup>24</sup>

A discriminação não deixa de ser uma forma de exclusão social que coloca em risco a democracia e a cidadania, uma vez que inibe o sujeito discriminado de integrar na sociedade e usufruir de seus direitos fundamentais porque cria um sentimento de inferioridade. A discriminação se

---

<sup>22</sup> Cf. SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, Inclusão e Capital Social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006. p. 1757-1758.

<sup>23</sup> VÉRAS, Maura Pardini Bicudo. Exclusão social: um problema de 500 anos - notas preliminares. In: SAWAIA, Bader (Org). *As Artimanhas da Exclusão – análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 38.

<sup>24</sup> FACHIN, Luiz Edson. Constituição e Relações Privadas: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008. p. 246-247.

revela como qualquer ação ou omissão que viole injustificadamente o direito do indivíduo, gerando uma repulsa em virtude da raça, sexo, idade, crença, nacionalidade e outras, isto é, a discriminação ocorre no país sobre as pessoas com deficiência física ou com doença, idosos, mulheres, homossexuais e, com maior frequência, sobre a população pobre e negra.

O Estado deverá juntamente com os demais setores da Administração Pública (direta e indireta) promover a valorização de cada indivíduo, instituindo as chamadas políticas de discriminação positiva para compensar as desvantagens sofridas por determinados grupos sociais, assegurando mais àqueles que não possuem acesso a certos bens e serviços públicos.

Verifica-se que pessoas e grupos desprivilegiados na sociedade são produtos do crescente desenvolvimento da corrupção que provoca a desigualdade e exclusão nas mais diversas formas, o que demanda medidas eficazes de oportunidades para se desenvolver e assegurar as mínimas condições para subsistência. O poder público tem a obrigação jurídica de adotar mecanismos de boa governança e de combate à corrupção para salvaguardar o acesso aos direitos sociais e alcançar a concretização da dignidade da pessoa humana.

A boa governança compreende a gestão transparente dos recursos públicos, a responsabilidade nos atos de governo e a participação da população nos negócios da coisa pública. O bom governo é essencial para a correção das desigualdades sociais, exclusão de grupos e discriminação de pessoas, haja vista que aumentará a disponibilidade e o acesso à prestação de serviços públicos oferecido pelo Estado.

Segundo Gustavo Senna Miranda, a corrupção consiste em um ato ilícito que viola os direitos fundamentais da pessoa humana (direito à vida, à dignidade, à moradia, à educação, à justiça social, à alimentação, à segurança pública), em que compromete o Estado Democrático de Direito e causa grave ofensa às normas de solidariedade, da igualdade e da liberdade.”<sup>25</sup>

No mesmo sentido, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves asseveram que os atos ímprobos conduzem ao comprometimento dos direitos fundamentais, tendo em vista que quanto maior o índice de corrupção, menor será a implantação e concretização dos direitos sociais, conforme abaixo transcrito:

As políticas públicas, ademais, são sensivelmente atingidas pela evasão fiscal, que consubstancia uma das facetas dos atos de corrupção. Com a diminuição da receita tributária, em especial daquela originária das classes mais abastadas da população, diminui a redistribuição de renda às classes

---

<sup>25</sup> Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). *Corrupção Pública: uma pandemia nacional*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=168>>. Acesso: dia 26 de Abril de 2013, às 11h:20min.

menos favorecidas e aumenta a injustiça social. Esse quadro ainda servirá de elemento limitador à ajuda internacional, pois é um claro indicador de que os fundos públicos não chegam a beneficiar aqueles aos quais se destinam. Esse ciclo conduz ao estabelecimento de um relação simbiótica entre corrupção e comprometimento dos direitos fundamentais do indivíduo. Quanto maiores os índices de corrupção, menores serão as políticas públicas de implementação dos direitos sociais. [...] A corrupção, assim, gera um elevado custo social, sendo os seus malefícios sensivelmente superiores aos possíveis benefícios individuais que venha a gerar.<sup>26</sup>

Fábio Medina Osório compartilha o mesmo entendimento afirmando que todo ato de improbidade administrativa implica na agressão aos direitos fundamentais, por se revelar em má gestão pública, desonestidade funcional e a ineficiência estatal. Assim, quanto maior for o prejuízo material causado ao erário público maior será a dimensão de lesão aos direitos fundamentais do cidadão, haja vista que a aplicação dos recursos públicos tem por objetivo a promoção dos direitos humanos e sociais:

Os elementos conectados ao financiamento e sustentação econômica e política do Estado, enquanto conjunto de órgãos destinados a prover direitos fundamentais da coletividade, indicam um sólido suporte aos mecanismos de combate à improbidade. Toda improbidade, portanto, pressupõe uma agressão aos direitos fundamentais, tanto se vier a expressar-se pela má gestão pública em modalidades de corrupção, grave desonestidade funcional ou grave ineficiência funcional, não importa. O problema não é apenas econômico, como se fosse pouco, mas de legitimação do próprio Estado, cujos parâmetros de atuação deveriam resultar voltados à satisfação da cidadania, na esfera pública. A agressão ao dever de probidade ou aos deveres públicos que lhe são imanentes pode variar em extensão e profundidade. O desvio de milhares, milhões ou bilhões de euros, dólares ou reais não tem idêntico impacto nocivo para o setor público. É claro que quanto maior o prejuízo material para o erário, tanto maior será a extensão do prejuízo aos direitos fundamentais relacionados com os recursos públicos, porque estes teriam fins relacionados a políticas públicas e à presença do Estado na promoção dos direitos humanos e sociais. E se o desvio alcança dinheiro público com prévio destino social, as chamadas verbas ‘carimbadas’, pode adquirir outra dimensão a lesão dos direitos fundamentais, porque associada à inobservância de regras mais diretas na disciplina do dinheiro público. Pode-se lesar profundamente os chamados direitos sociais com desvios de verbas previamente direcionadas a determinados segmentos, como saúde e educação, com o que a gravidade comportamental fica evidenciada num plano superior.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> GARCIA; ALVES, *op. cit.*, 2006, p. 19-20.

<sup>27</sup> OSÓRIO, *op. cit.*, 2010, p. 263-265.

O poder público deixa de cumprir com suas obrigações sociais pela ausência dos recursos financeiros, não pela falta de arrecadação de receita, mas pela malversação do dinheiro público e o resultado que a corrupção produz. Assim, os desvios de recursos públicos comprometem a capacidade do governo, a disponibilidade, o acesso e a qualidade da prestação dos serviços, os quais são essenciais para a efetivação dos direitos sociais e dos objetivos/diretrizes do Estado brasileiro na erradicação da pobreza, desigualdades sociais e exclusão de pessoas.

As pessoas mais vulneráveis do meio social são as mais prejudicadas pelos atos ímprobos, pois não possuem mínimas condições econômico-financeiras para subsistência e que dependem do auxílio do governo para concretizar os direitos sociais. A falta de recursos para promoção dos direitos sociais e de políticas públicas são os principais fatores causados pelos desvios dos recursos públicos, o que enseja certa mitigação quanto ao exercício dos sociais direitos dessa população.

O ato de improbidade prejudica o exercício dos direitos e enfraquece as instituições democráticas no combate à corrupção. Não obstante, as compras de votos durante o período eleitoral, as fraudes em licitações, os desvios dos recursos públicos, os abusos do poder e as propinas pagas aos funcionários públicos colocam em risco a própria legitimidade do regime democrático e do sistema de representatividade eleitoral.

Em suma, a corrupção nos órgãos administrativos representa obstáculo à realização dos direitos sociais, resultando em trágicos prejuízos às pessoas e aos grupos que necessitam do dinheiro público para subsistência e para assegurar as mínimas condições para uma vida digna. O dinheiro desviado da corrupção é retirado de dotações orçamentárias relacionadas às áreas de saúde, de educação, de assistência social e de saneamento básico que visam a concretização dos direitos fundamentais das parcelas mais carentes da população.

Por outro lado, o art. 3º da CF/88 prevê os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, consagrando diretrizes (normas tarefas) pautadas em políticas que estabelecem os objetivos a serem alcançados pelo Estado brasileiro, visando à melhoria de algum segmento social (político, econômico, social) e a inclusão social de pessoas e grupos sociais, ou seja, as diretrizes são normas programáticas que estabelece o conjunto de condições e os principais programas a serem implementados pelos poderes constituídos.

No entanto, a malversação e a ausência de governabilidade dos recursos públicos e a utilização indevida dos bens da Administração Pública impede a efetivação do cumprimento dos objetivos fundamentais, haja vista que os recursos destinados ao atendimento dos programas governamentais e à promoção dos direitos sociais são desviados pelos funcionários públicos para

satisfazer seus próprios interesses particulares em detrimento do interesse coletivo (progresso da humanidade).

O ato de improbidade administrativa é nocivo para o Estado Democrático de Direito e para a boa administração dos recursos públicos, pois além de violar os deveres funcionais e os princípios da Administração Pública, compromete também a realização dos direitos sociais (educação, saúde, alimentação, moradia, seguridade social), subvertendo as diretrizes e as declarações políticas consagradas na CF/88, que visa à promoção do bem de todos e a construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

### 3. Conclusão

A sociedade brasileira sempre conviveu com os problemas da desigualdade sociais, que, por sua vez, gera a exclusão de pessoas, aumenta a pobreza e dissipa a discriminação de grupos economicamente desfavorecidos. Os princípios republicanos consagrados pela CF/88 (transparência, responsabilidade e prestação de contas) e o direito à boa administração são mecanismos indispensáveis para combater à discriminação, erradicação da pobreza e desigualdades sociais, sendo cada vez mais acentuadas pela malversação dos recursos públicos e pela falta de governabilidade pelos agentes estatais.

A corrupção recebeu tratamento específico pelo constituinte originário no art. 37, § 4º, CF/88, que posteriormente foi regulamentado pela Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), em que prevê sanções jurídicas de natureza civil, aos agentes públicos que praticarem atos de corrupção e enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na Administração Pública.

A CF/88 consagrou o ato de improbidade administrativa como forma de punição aos agentes públicos que praticassem um ato ilegal contra os deveres funcionais da Administração Pública. A finalidade da norma constitucional foi resguardar os padrões de comportamento ético dos representantes do Estado para agir com probidade no exercício de suas funções e combater qualquer forma de corrupção perante o poder público.

Como se depreende, quando o agente público pratica um ato ilegal que configure improbidade administrativa mediante a malversação dos recursos públicos para atender seus interesses particulares ou de terceiros, subverte o legítimo exercício do poder outorgado pelo povo e viola os direitos fundamentais dos cidadãos, pois os recursos financeiros destinados ao cumprimento de uma obrigação do Estado são desviados para satisfazer os interesses particulares.

Os efeitos e as consequências produzidas pelos atos de improbidade administrativa são comprometedores para a ordem social, econômica e política, uma vez que restringem o exercício dos direitos sociais e acarretam na perda de confiança dos cidadãos e desigualdade na política. O ato ímprobo inviabiliza a concretização dos direitos sociais (educação, saúde, alimentação, moradia, seguridade social), causando prejuízos aos direitos básicos dos cidadãos assegurados pela norma constitucional.

Nesse aspecto, a falta de recursos públicos decorrentes da prática de atos ímprobos produzem efeitos no cumprimento dos programas governamentais de políticas públicas e na efetivação de direitos sociais.

Os direitos sociais (educação, saúde, moradia, alimentação, seguridade social) não serão efetivados em virtude da indisponibilidade de recursos econômico-financeiros do Estado por práticas de corrupção, ou seja, o Estado fica inviabilizado de assegurar as metas e diretrizes estabelecidas pela norma constitucional e de cumprir os programas de políticas públicas.

Portanto, o ato de improbidade administrativa como espécie de corrupção pública incide em violação aos princípios republicanos da boa governança e aos direitos fundamentais do cidadão, uma vez que os recursos públicos destinados à efetivação dos direitos sociais são desviados para satisfazer interesses privados, em detrimento do interesse coletivo.

#### 4. Referências bibliográficas

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (CONAMP). Gustavo Senna Miranda. *Corrupção Pública: uma pandemia nacional*. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Lists/artigos/DispForm.aspx?ID=168>>. Acesso: dia 26 de Abril de 2013, às 11h:20min.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito: triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/luis-roberto-barroso/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil> Acesso em: 09 de abril de 2013, às 17h:00min.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). AgRg no REsp 1.352.541/MG, Rel. Ministro Mauro Campell Marques, Segundo Turma, julgado em 05/02/2013, DJe 14/02/2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp. 1130584/PB, Rel. Ministro Teori Albino Zavaski, Primeira Turma, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (STJ). REsp. 514.820/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/05/2005, DJ 06/06/2005, p. 261, REPDJ 05/09/2005.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso: dia 04 de julho de 2013, às 22h:18min.

BRASIL. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm)>. Acesso: dia 04 de julho de 2013, às 22h:19min.

BRASIL. Projeto de Lei 1446/1991. Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em:<<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD17AGO1991.pdf#page=68>>. Acesso: dia 05 de julho de 2013, às 13h:50min.

FACHIN, Luiz Edson. Constituição e Relações Privadas: questões de efetividade no tríptico vértice entre o texto e o contexto. In: NETO, Francisco José Rodrigues de Oliveira et al (Org). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade: ensaio sobre a (in)governabilidade brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1995.

FILHO, Marino Pazzaglini; ROSA, Márcio Fernando Elias; JÚNIOR, Waldo Fazzio. *Improbidade Administrativa: aspectos jurídicos da defesa do patrimônio público*. São Paulo: Atlas, 1996.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARTÍNEZ, Felipe Rodrigues. *A Moralidade Administrativa Como Direito Fundamental: moralidade condicionante da legalidade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 18, n 71, abr./jun., 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção e ineficiência*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PAMPLONA, Leandro Antonio. *Boa Administração, Interesse Público e Índice de Desenvolvimento Humano*. Belo Horizonte: Interesse Público, nº 67, v. 13, maio/jun 2011.

PARLAMENTO EUROPEU. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:PT:PDF>>. Acesso: dia 12 de junho de 2015, às 16h:00min.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Administração Pública e os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangasarlet.pdf)>. Acesso: dia 20 de fevereiro de 2013, às 19h:00min.

SCHMIDT, João Pedro. Exclusão, Inclusão e Capital Social: o capital social nas ações de inclusão. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VÉRAS, Maura Pardini Bicudo. Exclusão social: um problema de 500 anos - notas preliminares. In: SAWAIA, Bader (Org). *As Artimanhas da Exclusão – análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

WANDERLEY, Mariângela Felfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2001.



## APONTAMENTOS SOBRE A CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA

**Carlos Renato Cunha**

*Procurador do Município de Londrina, lotado na Gerência de Assuntos Fiscais e Tributários – GAFT. Doutorando e Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina - UEL. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado.*

**Maurício Dalri Timm do Valle**

*Doutor e Mestre em Direito do Estado – Direito Tributário – pela Universidade Federal do Paraná – UFPR. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET. Bacharel em Direito pela UFPR. Professor da Graduação e Pós Graduação em Direito. Advogado.*

**SUMÁRIO:** 1. Algumas palavras sobre a experiência internacional. 2. Breve Histórico no Direito Positivo Brasileiro. 3. Natureza Jurídica. 4. Conflito normativo entre o Código Tributário Nacional e o Decreto-Lei n. 195, de 2 de fevereiro de 1967. 5. Competência tributária comum. 6 Hipótese de Incidência Tributária. 7. Consequente Normativo 8. Aplicabilidade do Princípio da Capacidade Contributiva. 9. Necessária edição de lei específica para cada obra? 9. Formalidades para o lançamento.

**RESUMO:** Artigo que visa analisar alguns aspectos da contribuição de melhoria.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Tributário. Contribuição de Melhoria.

## 1. Algumas palavras sobre a experiência internacional

BILAC PINTO, escrevendo ainda sob a égide da Constituição de 1934, afirmava que “O que impressiona, desde logo, no instituto das contribuições de melhoria, é que elle vem corrigir uma situação que o Estado moderno não poderia tolerar por muito tempo: - as obras publicas, realizadas com o concurso de todos os contribuintes, beneficiavam quase sempre, a um pequeno numero delles. Estes ultimos , por motivos de melhoramentos publicos, viam valorizarem-se as suas propriedades e nada pagavam. Era o mais evidente exemplo de enriquecimento injusto, em detrimento da collectividade” (sic).<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro : Empreza Revista Forense Editora, s/d, p. 8.

De acordo com a doutrina, a contribuição de melhoria surgiu nos Estados Unidos, com o nome de *special assessment*. Diferentemente do que aconteceu no Brasil, lá, o tributo não nasceu por meio de permissão constitucional. Teve sua origem na cidade de Nova Iorque e, de lá, irradiou-se para as demais cidades. Sem pretensão de esgotar o exame do tema, nos Estados Unidos da América, BILAC PINTO identifica cinco “limitações” a serem observadas para o lançamento das *special assessment*.<sup>2</sup> São elas:

- 1) - O *special assessment* só pode ser lançado pela execução de um melhoramento público;
- 2) - Esse melhoramento deve afectar de maneira particular uma area limitada e determinavel;
- 3 - O *special assessment* não pode exceder o benefício particular devido ao melhoramento. Esse benefício se traduz no aumento de valor do terreno;
- 4) - Deve dar-se ao proprietario tributado oportunidade ampla de manifestar-se sobre o *special assessment*, antes que seja definitivamente estabelecido; 5) - O *special assessment* não pode exceder o custo do melhoramento, mesmo que o benefício seja maior. Não se pode arrecadar mais do que o custo, sob pretexto de benefício (*sic*).<sup>3</sup>

Na Inglaterra, encontra-se o *betterment tax*. O chamado princípio da contraprestação é encontrado em vários diplomas ingleses antigos. Afirma BILAC PINTO, apoiado em EDWIN CANNAN, que um caso de *betterment* - aquele relativo às obras de reparação dos diques do Pântano de Romney - foi identificado no ano de 1.250. Posteriormente, em 1.605, os *betterment* foram utilizados como fonte de financiamento das obras de melhoramentos no Lea e no Tâmis, com o escopo de potencializar a comunicação fluvial entre Londres e Oxford. Em 1662, foi editada lei que permitia o alargamento das ruas de Westminster, na qual constava que parte das despesas seriam custeadas por tributos proporcionais.

Poucos anos depois, em 1667, foi editada lei - praticamente reproduzindo aquela de 1662 - que regulava a reconstrução de Londres, destruída pelo fogo. Dois séculos se passaram, e apenas em 1895, com o Tower Bidge Act e, em seguida, em 1897, com o London County Council Improvements Act, é que o *betterment* reapareceu. Interessante apontar que ao lado do *betterment* surgiu o *worsement*, este seria o oposto daquele, algo como a piora ou, como diz BILAC PINTO, o pioramento.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> BILAC PINTO. Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro : Empreza Revista Forense Editora, s/d, p. 19-20.

<sup>3</sup> BILAC PINTO. Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro : Empreza Revista Forense Editora, s/d, p. 22-23.

<sup>4</sup> BILAC PINTO. Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro : Empreza Revista Forense Editora, s/d, p. 31-35.

Referido tributo aparece, ainda, exemplificativamente, na Itália (contributi di migloria) e na França (contribution sur les 'plus-values' occasionées par des travaux publics).<sup>5</sup>

## 2. Breve histórico no Direito Positivo Brasileiro

Neste item, faremos menção aos textos constitucionais e aos principais textos infraconstitucionais relativos à contribuição de melhoria, sem examiná-los. Isso porque, o leitor poderá encontrar interessante análise pormenorizada dessa evolução legislativa em obras específicas sobre o tributo.<sup>6</sup>

A contribuição de melhoria surgiu no Brasil com a Constituição de 16 de julho de 1934, em cujo art. 124 prescreveu que “Provada a valorização do imóvel por motivo de obras públicas, a administração, que as tiver efetuado, poderá cobrar dos beneficiados contribuição de melhoria”. Na Constituição de 10 de novembro de 1937 não se encontra qualquer referência à contribuição de melhoria.

A menção ao tributo reaparece no art. 30, I, da Constituição de 18 de setembro de 1946, segundo o qual “Compete à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrar [...] contribuição de melhoria, quando se verificar valorização do imóvel, em consequência de obras públicas” (sic). O parágrafo único do mesmo art. 30 estabelece que “A contribuição de melhoria não poderá ser exigida em limites superiores à despesa realizada, nem ao acréscimo de valor que da obra decorrer para o imóvel beneficiado”.

Com base nesse art. 30, editou-se a Lei n. 854, de 10 de Outubro de 1949, que disciplinou o tributo. Com base no art. 217, § 4º da Constituição de 1946, foi editada a Emenda Constitucional n. 18, de 1º de dezembro de 1965, que em seu art. 19 estabeleceu competir à “... União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, cobrar contribuição de melhoria para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Sob a égide desta Emenda Constitucional surgiu, em 25 de outubro de 1966, a Lei n. 5.172, o atual Código Tributário Nacional. Posteriormente, baseado no § 2º do art. 9º do Ato

---

<sup>5</sup> LEANDRO PAULSEN. *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 46; LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI. *Manual de Direito Tributário*, 4 ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 45.

<sup>6</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. *Contribuição de melhoria*. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 18-52.

Institucional n. 4, de 7 de setembro de 1966, foi baixado, em 24 de fevereiro de 1967, o Decreto-Lei n. 195, que revogou expressamente a mencionada lei n. 854, e passou a disciplinar a contribuição de melhoria. A Constituição de 24 de janeiro de 1967, que entrou em vigor apenas em 15 de março de 1967, dispôs sobre a contribuição de melhoria em seu art. 19, III, de acordo com o qual poderão União, Estados, Distrito Federal e Municípios, arrecadar “...contribuição de melhoria dos proprietários de imóveis valorizados pelas obras públicas que os beneficiaram”.

O § 3º deste artigo estabelece, ainda, que “a lei fixará os critérios, os limites e a forma de cobrança, da contribuição de melhoria a ser exigida sobre cada imóvel, sendo que o total da sua arrecadação não poderá exceder o custo da obra pública que lhe der causa”.

A Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, dispôs sobre contribuição de melhoria em seu art. 18, II, o qual prescreve que União, Estados, Distrito Federal e Municípios poderão instituir “contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis valorizados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado”.

Este inciso II foi modificado pela Emenda Constitucional n. 23, de 1º de dezembro de 1983 - Emenda Passos Porto - passando a ser redigido da seguinte forma: “contribuição de melhoria, arrecadada dos proprietários de imóveis beneficiados por obras públicas, que terá como limite total a despesa realizada”.

Por fim, a Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 prescreve, em seu art. 145, III, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir “contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas”.

### 3. Natureza Jurídica

BILAC PINTO, em seu clássico *Contribuição de melhoria*, define-a como „...o pagamento obrigatório decretado, exclusivamente ou concorrentemente, pelo Município, pelo Estado e pela União, em razão da valorização produzida em imóvel do contribuinte, por obra pública, realizada após sua audiência, e cujo montante não pode ultrapassar nem o custo da obra, nem o valor do benefício“ (sic).<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Contribuição de melhoria. Rio de Janeiro : Empreza Revista Forense Editora, s/d, p. 7.

GERALDO ATALIBA, por exemplo, sustentava que a contribuição de melhoria não é uma espécie tributária autônoma - ao lado dos impostos e das taxas <sup>8</sup>-, sem, entretanto, incluí-la entre as taxas. Apesar de exigir, como elemento essencial, a valorização do imóvel do particular, não resta dúvida que a contribuição de melhoria é um “tributo contraprestacional, devido pela realização de obra pública” da qual decorre referida mais-valia imobiliária privada .<sup>9</sup>

Interessante ressaltar que, nos casos em que cabível a contribuição de melhoria, não pode o ente tributante pretender instituir outro tributo como, por exemplo, a taxa, como várias vezes pretendeu ao tempo da anterior Constituição, circunstância diversas vezes afastada pelo Supremo Tribunal Federal.<sup>10</sup> De fato, tanto a realização de obra pública quanto a valorização do imóvel do particular não se amoldam à moldura da norma de competência tributária para instituição de taxas, apesar de que, até poucos anos atrás, era fácil encontrar muitos exemplos de “taxas de pavimentação” e congêneres espalhadas pelo território nacional.<sup>11</sup>

#### 4. Conflito normativo entre o Código Tributário Nacional e o Decreto-Lei n. 195, de 2 de fevereiro de 1967

Respeitados tributaristas - a exemplo de BERNARDO RIBEIRO MORAES<sup>12</sup> e de AIRES FERNANDINO BARRETO<sup>13</sup> - entendem que Decreto-Lei n. 195/1967 teria revogado os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional. Entendem, também, que o mencionado Decreto-Lei n. 195/67 não seria compatível com a Constituição de 1967.

Sobre esse tema, é interessante observar a evolução da jurisprudência. Num primeiro momento, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que o Decreto-Lei n. 195/67 teria revogado o art. 82 do Código Tributário Nacional, sob o argumento de que à época este artigo não possuía força

<sup>8</sup> Natureza jurídica da contribuição de melhoria. São Paulo : RT, 1964, p. 23-38.

<sup>9</sup> RICARDO LOBO TORRES. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 407.

<sup>10</sup> Recurso Extraordinário n. 97805, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, da 1ª Turma, julgado em 05 de dezembro de 1983. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário n. 100366, relatado pelo Ministro Néri da Silveira, da 1ª Turma, julgado em 22 de novembro de 1983; Recurso Extraordinário n. 95348, relatado pelo Ministro Alfredo Buzaid, da 1ª Turma, julgado em 01 de outubro de 1982; Recurso Extraordinário n. 92341, relatado pelo Ministro Cordeiro Guerra, da 2ª Turma, julgado em 26 de março de 1982; Recurso Extraordinário n. 90090, relatado pelo Ministro Décio Miranda, da 2ª Turma, julgado em 18 de abril de 1980; Recurso Extraordinário n. 91373, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque, da 1ª Turma, julgado em 28 de agosto de 1979; e Recurso Extraordinário n. 87604, relatado pelo Ministro Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, julgado em 21 de fevereiro de 1979.

<sup>11</sup> Como meros exemplos, tem-se a Lei Municipal n. 532/74, de Palmas-PR, Lei Municipal n. 2059/1973, de Pelotas-RS e Lei Municipal n. 6.989/66, de São Paulo-SP. Vide também: Regina Helena Costa, Curso de Direito Tributário, 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

<sup>12</sup> Compêndio de direito tributário. Rio de Janeiro : Forense, p. 577.

<sup>13</sup> Curso de direito tributário municipal. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 506.

de lei complementar.<sup>14</sup> Atualmente, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça caminha no sentido de que tanto os arts. 81 e 82 do CTN, quanto os dispositivos do Decreto-lei nº 195/67, ainda continuam em vigor.<sup>15</sup>

Diante disso, é imprescindível tomar em conta, ao lado dos arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, as prescrições do Decreto-Lei n. 195/67.

## 5. Competência tributária comum

O art. 145, da CF/88, outorga a competência para a instituição da contribuição de melhoria a todos os entes federativos, pelo que a doutrina costuma classificar a competência tributária, no caso, como comum.

Com efeito, pode instituir e arrecadar o tributo em questão todo ente federativo que tenha realizado obra pública da qual decorra a valorização imobiliária; contudo, na prática, somente alguns municípios efetivamente fazem o lançamento da contribuição de melhoria, que é solenemente esquecida pela União e pelos Estados-membros.

Segundo RICARDO LOBO TORRES, é possível a cobrança concomitante entre os entes federativos, se mais de um deles participar da obra pública.<sup>16</sup>

## 6. Hipótese de incidência tributária

O Superior Tribunal de Justiça entende que a hipótese de incidência tributária da contribuição de melhoria é a valorização do imóvel,<sup>17</sup> importante mencionar que a valorização do

---

<sup>14</sup> Recurso Especial n. 89.791/SP, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, da 2ª Turma, julgado em 02 de junho 06 de 1998. No mesmo sentido: Recurso Especial n. 143.996/SP, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, da 2ª Turma, julgado em 07 de outubro de 1999.

<sup>15</sup> Agravo Regimental no Agravo n. 1159433/RS, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma, julgado em 26 de outubro de 2010. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Agravo n. 1190553/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 17 de agosto de 2010; Agravo Regimental no Recurso Especial n 1079924/RS, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, julgado em 04 de novembro de 2008; e Recurso Especial n. 362.788/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 28 de maio de 2002.

<sup>16</sup> RICARDO LOBO TORRES. Curso de Direito Financeiro e Tributário. 16 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 408.

<sup>17</sup> Agravo Regimental no Agravo n. 1068310/SP, relatado pelo Ministro Castro Meira, da 2ª Turma, julgado em 05 de fevereiro de 2009. No mesmo sentido: Recurso Especial n. 629.471/RS, relatado pelo Ministro João Otávio de Noronha, da 2ª Turma, julgado em 13 de fevereiro de 2007; Recurso Especial n. 651.790/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, da 2ª Turma, julgado em 28 de março de 2006; Recurso Especial n. 615.495/RS, relatado pelo Ministro José Delgado, da 1ª

imóvel sempre foi requisito indispensável para o cabimento da contribuição de melhoria, até mesmo ao tempo da alteração promovida pela Emenda Constitucional n. 23/83, como demonstram os julgados do Supremo Tribunal Federal.<sup>18</sup>

### 6.1 Critério Material

A doutrina afirma que o critério material é auferir valorização imobiliária decorrente de obras públicas.<sup>19</sup>

É necessário, também, identificar o que se entende por “melhoria”. Lembremo-nos do alerta de PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES para quem “A distinção entre a melhoria representada pelo melhoramento público e a melhoria representada pelo aumento de valor dos imóveis afetados pela obra é de grande importância, pois por confundi-las é que alguns autores afirmam que basta a obra para que o Poder Público exija a contribuição de melhoria”.<sup>20</sup>

O fundamento utilizado por referidos autores, que sustentam que a partir da Constituição de 1988 basta o “benefício”, não sendo necessária a “valorização”, ou seja, bastaria a obra pública que trouxesse “melhoria”, “melhoramento”, “benfeitoria”, pelo que “a contribuição de melhoria já não mais se caracteriza como benefit assessment, sendo autorizada como cost assessment”.<sup>21</sup>

---

Turma, julgado em 20 de abril de 2004; e Recurso Especial n. 280.248/SP, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, da 2ª Turma, julgado em 07 de maio de 2002.

<sup>18</sup> Recurso Extraordinário n. 116147, relatado pelo Ministro Célio Borja, da 2ª Turma, julgado em 29 de outubro de 1991. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário n. 115863, relatado pelo Ministro Célio Borja, da 2ª Turma, julgado em 29 de outubro de 1991; Recurso Extraordinário n. 140779, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 02 de agosto de 1995; e Recurso Extraordinário n. 116148, relatado pelo Ministro Octavio Gallotti, da 1ª Turma, julgado em 16 de fevereiro de 1993.

<sup>19</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 18-52. MÁRCIO SEVERO MARQUES. Espécies tributárias. in: Curso de especialização em direito tributário: estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 49. PEDRO JORGE MEDEIROS. Contribuição de melhoria. Doutrinas essenciais de direito tributário. v. VI. São Paulo : RT, 2011, p. 196. AIRES FERNANDINO BARRETO. Curso de direito tributário municipal. São Paulo :Saraiva, 2009, p. 489.

<sup>20</sup> A doutrina vem afirmando reiteradamente que a hipótese de incidência da contribuição de melhoria é a valorização imobiliária. Realmente, a mais-valia imobiliária decorrente de obra pública é o fato que, se ocorrido, faz nascer o tributo. Mas onde está o verbo ao qual se liga o sujeito passivo? Entendemos que o núcleo do critério material da hipótese tributária se expressa pelo verbo ,auferir'. Auferir o quê? Auferir valorização imobiliária que decorra de obra pública. Quem seria o sujeito desse verbo? Se a mais-valia imobiliária aumenta o valor do imóvel, temos um aumento do patrimônio do proprietário desse imóvel. Logo, só o proprietário do imóvel que foi valorizado em razão da obra pública é que pode figurar como sujeito do verbo ,auferir'. Temos, pois, que o critério material da hipótese de incidência da contribuição de melhoria é ,auferir valorização imobiliária decorrente de obra pública" - Priscilla Figueiredo da Cunha Rodrigues. Contribuição de melhoria. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 123.

<sup>21</sup> LUÍS EDUARDO SCHOUEIRI. Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

Mas a jurisprudência, ao contrário, tem entendido pela necessidade da comprovação da efetiva valorização.<sup>22</sup> De se notar que a jurisprudência tem afastado a incidência da contribuição de melhoria nos casos de recapeamento asfáltico de via já asfaltada, por exemplo, pela inexistência de valorização imobiliária.<sup>23</sup>

Mas não basta a valorização. esta valorização deve ser decorrente de obra pública. Obra pública, nas confiáveis palavras de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, é “...a construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público”.<sup>24</sup> É a valorização decorrente dessa espécie de obras que pode ensejar a incidência da contribuição de melhoria. A valorização imobiliária decorrente de obras realizadas por particulares jamais ensejará a cobrança de contribuição de melhoria.

Neste particular, é enfático AIRES FERNANDINO BARRETO, para quem “Não podem compor, nunca, a base de cálculo da contribuição de melhoria (e, por conseguinte, sua base calculada) a valorização de imóveis decorrentes da realização de obras pelos particulares, sejam novas construções ou reformas”.<sup>25</sup>

Interessante ressaltar o entendimento de ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA, segundo o qual “...as obras públicas interligadas a serviços - desde que comprovadamente valorizem os imóveis a ela adjacentes - ensejam tributação por via de contribuição de melhoria”.<sup>26</sup>

Imprescindível haver “...além da realização de obra pública e da efetiva constatação de valorização do imóvel, a comprovação denexo de causalidade entre esses dois fatos, ou seja, a prova de que a valorização decorreu estritamente da obra levada a efeito pelo ente tributante”.<sup>27</sup>

Observemos que, à semelhança da Lei n. 854, de 10 de outubro de 1949, o Decreto-Lei n. 195, de 24 de fevereiro de 1967 estabelece, em seu art. 2º, um rol de obras públicas que ensejariam

---

<sup>22</sup> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. BASE DE CÁLCULO. VALORIZAÇÃO IMOBILIÁRIA. ÔNUS DA PROVA. ENTE TRIBUTANTE. SÚMULA 83/STJ. 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que a contribuição de melhoria é tributo, cujo fato impositivo decorre da valorização imobiliária causada pela realização de uma obra pública, cabendo ao ente público o ônus da sua comprovação, a fim de justificar o tributo estipulado. Precedentes: AgRg no AREsp 417.697/PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 18/12/2013; REsp 1.326.502/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJe 25/04/2013; AgRg no REsp 1.304.925/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 20/04/2012; AgRg no Ag 1.237.654/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 13/10/2011; AgRg no Ag 1.159.433/RS, deste Relator, DJe 05/11/2010. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 406.324/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 09/04/2014)

<sup>23</sup> TAPR, 8ª C., Reexame Necessário e Apelação Cível n. 98.326, Relator Juiz José Molteni Filho, DJe 06.02.98; TAPR 4ª C. Cível, Apelação Cível n. 101.960-7, Relator Juiz Ruy Cunha Sobrinho, abril/97; TAPR, 8ª C., Apelação Cível n. 73.884-9, Relator Juiz Lopes de Noronha, outubro/95.

<sup>24</sup> Curso de direito administrativo. 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 652.

<sup>25</sup> Curso de direito tributário municipal. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 495.

<sup>26</sup> Curso de direito constitucional tributário. 23. ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 541.

<sup>27</sup> Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 417.697/PR, relatado pela Ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma, julgado em 10 de dezembro de 2013.

valorização de imóveis da propriedade privada. Ao enfrentar o questionamento de ser a mencionada enumeração taxativa, ALIOMAR BALEEIRO<sup>28</sup> e ANTÔNIO CHAVES sustenta que sim.<sup>29</sup> ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS, por sua vez, sustenta que a lista é exemplificativa.<sup>30</sup>

## 6.2. Critério Espacial

*A doutrina ensina que “ No caso da contribuição de melhoria, tendo em vista que incide sobre mais-valia imobiliária, o critério espacial deve condicionar a tributação a áreas específicas, isto é, deve identificar as áreas sujeitas aos efeitos da obra. Os efeitos da obra pública, muitas vezes, não se restringem aos imóveis a ela adjacentes. Assim, todos os imóveis adjacentes ou localizados as proximidades da obra pública que por ela sejam valorizados poderão acarretar o ônus tributário aos seus proprietários”.*<sup>31</sup>

Situação interessante, mencionada por AIRES FERNANDINO BARRETO, é aquela em que ocorre quando obras realizadas por determinado município fizerem parte de parte de complexo interestadual ou intermunicipal. Nesses casos, somente o Município que efetivamente realizou a obra pública poderá exigir contribuição de melhoria dos imóveis valorizados em seu território. Mesmo que tenha havido valorização, em decorrência dessa obra pública, de imóveis localizados no território do outro município, nem o realizados da obra pública, nem o município no qual se encontram os imóveis poderá exigir contribuição de melhoria.<sup>32</sup>

---

<sup>28</sup> „A lista de obras do art. 2º do Dec.-Lei nº 195/67 é taxativa, mas abrange pela compreensão tudo quanto nela se contém ou a integra por conexão” - Direito tributário brasileiro. 11ª. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2005, p. 580.

<sup>29</sup> Será taxativa a enumeração? Sem dúvida. Mas, como consigna o mesmo autor, o rol, conquanto limitativo, abrange qualquer obra direta ou indiretamente vinculada aos fins ou aos resultados mencionados. Pouco importa, por exemplo, que uma obra seja concebida e realizada para um fim não indicado nesse dispositivo, desde que dela resulte um efeito nêle incluído. O importante, para aplicação da lei, é que a obra classificável num dos incisos haja aumentado o valor do prédio” (sic) - Contribuição de melhoria. Doutrinas essenciais de direito tributário. v. VI. São Paulo : RT, 2011, p. 162.

<sup>30</sup> O Dec.-Lei 195/67, em seu art. 2º, elenca quais as obras públicas que ensejariam a cobrança do tributo, desde que houvesse o respectivo plus imobiliário. A nosso ver, a lista do art. 2º do Dec.-lei 195/67 é exemplificativa. A razão de ser desta assertiva reside no fato de que, dada tamanha amplitude do conceito de obra pública, seria impossível ao legislador elencar todas em um texto normativo. Por outro lado, se o Poder público não pudesse cobrar contribuição de melhoria de uma obra pública não elencada no rol do art. 2º do Dec.-lei 195/67, estaria ele privilegiando determinados indivíduos, quais sejam, os proprietários dos imóveis beneficiados pela obra, em detrimento dos demais indivíduos, ferindo, assim, o próprio princípio da isonomia, consagrado pela nossa Carta Constitucional no art. 150, II. Não poderia, portanto, uma norma infraconstitucional ferir princípio basilar plasmado em nosso Texto maior” - A contribuição de melhoria e seu perfil no direito brasileiro. Doutrinas essenciais de direito tributário. v. VI. São Paulo : RT, 2011, p. 205.

<sup>31</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 124.

<sup>32</sup> „Consideremos três situações: a primeira, decorrente de simples notícia do iminente início das obras no Município A. A divulgação de tal informe pode ocasionar valorização imobiliária tanto no Município A, futuro construtor da obra pública, como no Município B (ao qual um dia virá a ligar-se). Em tal caso, nem o Município A nem o Município B, sem embargo da valorização ocorrida, poderão exigir contribuição de melhoria, porque o acréscimo de valor não terá sido causado por obra nenhuma, mas da mera difusão de seu virtual início. Faltará a ambos competência para cobrar o tributo de imóveis que, a despeito de valorizados, não o foram a mercê de obras públicas por eles construída. A segunda, que emergirá com o início

### 6.3 Critério Temporal

A contribuição de melhoria somente pode ser exigida após a conclusão da obra pública.<sup>33</sup> O vocábulo decorrente não deixa margem para dúvidas, como bem defende AIRES FERNANDINO BARRETO.<sup>34</sup> Tanto é que já na década de 50 do século passado o Supremo Tribunal Federal, com acerto, estabeleceu que o direito de “cobrar” a contribuição de melhoria “...só se torna possível após a execução das obras pelo poder público”.<sup>35</sup> Este entendimento é seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao estabelecer que “...o fato gerador de contribuição de melhoria se perfaz somente após a conclusão a obra que lhe deu origem e quando for possível aferir a valorização do bem imóvel beneficiado pelo empreendimento estatal”.<sup>36</sup>

## 7. Consequente normativo

### 7.1. Critério Pessoal

---

das obras: apesar do inequívoco desencadeamento da construção, o seu início (ou até mesmo o seu desenvolvimento, até as vésperas da conclusão) não terá o condão de permitir a cobrança de contribuição porque, mesmo em havendo valorização, não há obra pública. A terceira, quando da conclusão da obra pública. Só então será possível exigir contribuição de melhoria se, dela, tiver ocorrido acréscimo de valor dos imóveis a ela contíguos. Todavia, mesmo nesse caso, só o Município no qual foram realizadas as obras é que poderá cobrar o tributo. Não aquele outro, vizinho, cujos imóveis também se valorizaram, mas no qual não se erigiu nenhuma obra pública” - Curso de direito tributário municipal. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 495-496.

<sup>33</sup> „...como vimos, se a contribuição de melhoria é ‚decorrente de obras públicas‘, temos que a obra é causa (causalidade social) do aumento de valor, e, portanto, deve precedê-lo. Isso se confirma se considerarmos que a existência de obra pública é indispensável para que se institua a contribuição de melhoria. Pois bem. O que vem a ser obra pública senão o resultado de uma atuação estatal à qual, inclusive, o tributo é vinculado (deonticamente), ainda, que indiretamente? Ora, só se obtém o resultado - a obra pública - após findas as atividades consistentes na sua execução. A norma não diz ‚contribuição de melhoria decorrente de projetos ou previsões de obras públicas‘. Em razão disso, entendemos que a possível ocorrência do fato faz nascer o tributo só se pode dar em momento posterior à conclusão da obra pública, não antes. O Poder Judiciário tem admitido a exigência da contribuição de melhoria antes de findas as atividades de execução da obra desde que estas estejam ‚suficientemente adiantadas‘. Em nossa opinião isso só será possível caso o Poder Público já disponha , em relação á parte da obra que se encontre concluída, os dados necessários e suficientes à definição do quantum debeat” - PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 124-125.

<sup>34</sup> Curso de direito tributário municipal. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 496-499.

<sup>35</sup> Recurso Extraordinário n. 32095, relatado pelo Ministro Lafayette de Andrada, da 2ª Turma, julgado em 02 de outubro de 1956.

<sup>36</sup> Recurso Especial n. 647.134/SP, relatado pelo Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, julgado em 10 de outubro de 2006.

GERALDO ATALIBA, em poucas palavras, define os elementos constituidores do critério pessoal do conseqüente normativo da contribuição de melhoria, de forma precisa: “Sujeito ativo é a pessoa que realiza a obra. Sujeito passivo é o dono do imóvel valorizado.”<sup>37</sup> O Decreto-Lei n. 195/67 estabelece prescrições sobre o critério pessoal em seus art. 3º<sup>38</sup> e 8º.<sup>39</sup>

Veja-se que o próprio Decreto-Lei n. 195/67 prevê normas específicas de responsabilidade tributária, em relação ao enfiteuta e ao adquirente, sem, no entanto, em relação a este último caso, trazer a ressalva do parágrafo único do art. 130, do Código Tributário Nacional.

Há, também, previsões quanto ao contrato de locação, que, como normas de direito civil, não possuem status de lei complementar, e foram, a nosso ver, derogadas pelas leis específicas posteriores sobre o tema.

Obviamente, há maior complexidade, numa análise mais detalhada. Quanto ao sujeito ativo, em face de alguns aspectos mencionados em outros trechos destes comentários, envolvendo possíveis conflitos de competência entre os entes federativos, dentre outros.<sup>40</sup>

---

<sup>37</sup> GERALDO ATALIBA. Hipótese de Incidência Tributária. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 171.

<sup>38</sup> Art 3º A Contribuição de Melhoria a ser exigida pela União, Estado, Distrito Federal e Municípios para fazer face ao custo das obras públicas, será cobrada pela Unidade Administrativa que as realizar, adotando-se como critério o benefício resultante da obra, calculado através de índices cadastrais das respectivas zonas de influência, a serem fixados em regulamentação dêste Decreto-lei.

§ 1º A apuração, dependendo da natureza das obras, far-se-á levando em conta a situação do imóvel na zona de influência, sua testada, área, finalidade de exploração econômica e outros elementos a serem considerados, isolada ou conjuntamente.

§ 2º A determinação da Contribuição de Melhoria far-se-á rateando, proporcionalmente, o custo parcial ou total das obras, entre todos os imóveis incluídos nas respectivas zonas de influência.

§ 3º A Contribuição de Melhoria será cobrada dos proprietário de imóveis do domínio privado, situados nas áreas direta e indiretamente beneficiadas pela obra.

§ 4º Reputam-se feitas pela União as obras executadas pelos Territórios.

<sup>39</sup> Art 8º Responde pelo pagamento da Contribuição de Melhoria o proprietário do imóvel ao tempo do seu lançamento, e esta responsabilidade se transmite aos adquirentes e sucessores, a qualquer título, do domínio do imóvel.

§ 1º No caso de enfiteuse, responde pela Contribuição de Melhoria o enfiteuta.

§ 2º No imóvel locado é lícito ao locador exigir aumento de aluguel correspondente a 10% (dez por cento) ao ano da Contribuição de Melhoria efetivamente paga.

§ 3º É nula a cláusula do contrato de locação que atribua ao locatária o pagamento, no todo ou em parte, da Contribuição de Melhoria lançada sobre o imóvel.

§ 4º Os bens indivisos, serão considerados como pertencentes a um só proprietário e àquele que fôr lançado terá direito de exigir dos condôminos as parcelas que lhes couberem.

<sup>40</sup> TRIBUTÁRIO. COBRANÇA A PROPRIETARIOS DE IMÓVEIS DOS CUSTOS DE OBRA PÚBLICA REALIZADA POR EMPRESA MUNICIPAL. TRATANDO-SE DE CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA, E INDEVIDA A COBRANÇA POR QUEM NÃO TEM O PODER DE TRIBUTAR. NEM PODE O MUNICÍPIO COBRAR O TRIBUTO, SEM LEI ANTERIOR QUE O AUTORIZAR. - (RE 99466, Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA, Segunda Turma, julgado em 06/12/1985, DJ 19-12-1985 PP-23627 EMENT VOL-01405-03 PP-00587); „PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. ARREMATÇÃO DE BEM EM HASTA PÚBLICA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO ANTERIOR À VENDA. SUB-ROGAÇÃO NO PREÇO. 1. É inviável o processamento do Recurso Especial quando ausente o prequestionamento da questão nele versada. 2. Dispõe o art. 130 do CTN: „Art. 130. Os créditos tributários relativos a impostos cujo fato gerador seja a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, e bem assim os relativos a taxas pela prestação de serviços referentes a tais bens, ou a contribuições de melhoria, sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação. Parágrafo único. No caso de arrematação em hasta

## 7.2. Critério Quantitativo

Como bem escreve GERALDO ATALIBA, a valorização é “...a diferença positiva de valor de um imóvel entre dois momentos: antes e depois da obra”.<sup>41</sup> O entendimento do Supremo Tribunal Federal caminha no mesmo sentido, ao estabelecer que a “Corte consolidou o entendimento no sentido de que a contribuição de melhoria incide sobre o quantum da valorização imobiliária.<sup>42</sup> O Superior Tribunal de Justiça compartilha do entendimento de que a base de cálculo da contribuição de melhoria é a valorização do imóvel ou seja, a diferença entre os valores inicial e final do imóvel<sup>43</sup> e que o ônus da comprovação dessa valorização recai sobre o ente tributante,<sup>44</sup> sendo inaceitável a fixação de base de cálculo presumida.<sup>45</sup>

Já no que se refere à base calculada, apesar de na Constituição Federal de 1988 não haver menção aos limites individual e global, como havia nas Constituições anteriores que mencionavam a contribuição de melhoria, parte da doutrina sustenta que “...embora omitidos [...]

---

pública, a sub-rogação ocorre sobre o respectivo preço.3. „A TEOR DO ART. 130 E SEU PAR. ÚNICO DO CTN, OPERANDO-SE A TRANSMISSÃO DO IMÓVEL POR VENDA EM HASTA PUBLICA, OS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A IMPOSTOS, TAXAS E CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA SUB-ROGAM-SE SOBRE O PREÇO DEPOSITADO PELO ADQUIRENTE.“ RESP 39.122-SP, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 19.08.96; RESP 70.756-SP, Rel. Min. Garcia Vieira, DJ de 27.04.98. 4. A exegese do dispositivo pressupõe que o preço da expropriação tenha pago o débito. À míngua dessa comprovação, rejeita-se o pleito de certidão negativa. É que resta possível que o preço da alienação deixe o débito impago, impedindo, assim, a expedição de certidão negativa. 5. Recurso Especial parcialmente conhecido, e, nessa parte, provido“ - (REsp 720.196/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2005, DJ 27/06/2005, p. 278)

<sup>41</sup> GERALDO ATALIBA. Hipótese de incidência tributária. 6ª ed. 6ª Tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 170.

<sup>42</sup> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 694836, relatado pela Ministra Ellen Gracie, da 2ª Turma, julgado em 24 de novembro de 2009.

<sup>43</sup> Recurso Especial n. 1137794/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 06 de outubro de 2009. No mesmo sentido: Recurso Especial n. 1075101/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 03 de março de 2009; Recurso Especial n. 280.248/SP, relatado pelo Ministro Francisco Peçanha Martins, 2ª Turma, julgado em 07 de maio de 2002; e Recurso Especial n. 200.283/SP, relatado pelo Ministro Garcia Vieira, 1ª Turma, julgado em 04 de maio de 1999.

<sup>44</sup> Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial n. 406.324/PR, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma, julgado em 27 de março de 2014. No mesmo sentido: Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1304925/RS, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, da 1ª Turma, julgado em 17 de abril de 2012; Agravo Regimental no Agravo n. 1237654/SP, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, da 1ª Turma, julgado em 04 de outubro de 2011; Recurso Especial n. 1076948/RS, relatado pelo Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, julgado em 04 de novembro de 2010; e Recurso Especial n. 1099996/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, da 2ª Turma, julgado em 18 de junho de 2009. Em sentido contrário, de que o ônus da prova seria do contribuinte, na medida em que “...a valorização presumida do imóvel, diante da ocorrência da obra pública, é estipulada pelo Poder Público competente quando efetua o lançamento da contribuição de melhoria, podendo o contribuinte discordar desse valor presumido“ - Agravo Regimental no Recurso Especial n. 613.244/RS, relatado pelo Ministro Humberto Martins, da 2ª Turma, julgado em 20 de maio de 2008.

<sup>45</sup> Agravo Regimental no Agravo n. 1190553/RS, relatado pela Ministra Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 17 de agosto de 2010.

continuam sendo notas essenciais ao conceito de contribuição de melhoria, por se encontrarem implícitos na atual Carta”.<sup>46</sup>

Ao tratar do limite individual, GERALDO ATALIBA sustenta a opinião de que o fato de o Texto Constitucional atual nada mencionar sobre o limite individual, como o fez a Constituição anterior, não acarreta problemas, na medida em que isso é da própria natureza do tributo e, ainda, estaria “...claramente implícito...” no texto do art. 145.<sup>47</sup>

Como aponta LUIS EDUARDO SCHOUERI, há autores que sustentam que desde o advento da Emenda Passos Porto, a Emenda Constitucional n. 23/83, este limite individual teria sido superado, com a não recepção do Decreto-Lei n. 195/67.<sup>48</sup> O Superior Tribunal de Justiça, contudo, tem entendido pela clara necessidade de se observar esse limite individual ou, em suas palavras, que “...a valorização individualizada do imóvel do contribuinte é fator delimitador da base de cálculo da contribuição de melhoria, não sendo permitido tão somente o rateio do custo da obra entre aqueles que residem na área em que foi realizada a obra pública”.<sup>49</sup>

Quanto ao limite global, GERALDO ATALIBA afirma não ser natural à contribuição de melhoria. Em suas palavras, “...resultou de preconceito - e uma pitada de ignorância do legislador”, tendo desaparecido em boa hora do Texto Constitucional, pois “...não há relação ontológica entre custo de obra e valorização de imóveis por esta causado”.<sup>50</sup> ROQUE ANTÔNIO CARRAZZA entende que, com a Constituição de 1988, “...caiu o limite global de arrecadação”<sup>51</sup>, no que é acompanhado por AIRES FERNANDINO BARRETO.<sup>52</sup>

---

<sup>46</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 115. No mesmo sentido: ROGÉRIO VIDAL GANDRA DA SILVA MARTINS. A contribuição de melhoria e seu perfil no direito brasileiro. Doutrinas essenciais de direito tributário. v. VI. São Paulo : RT, 2011, p. 206.

<sup>47</sup> GERALDO ATALIBA. Hipótese de incidência tributária. 6ª ed. 6ª Tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 171.

<sup>48</sup> LUÍS EDUARDO SCHOUERI, Direito Tributário, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 183.

<sup>49</sup> „[...] 4. No caso, como o Tribunal de origem consignou que não houve o cálculo individualizado do benefício trazido ao imóvel de cada um dos contribuintes localizados na área abrangida pela respectiva obra pública, forçoso reconhecer, então, que o acórdão recorrido viola os artigos 81 e 82 do CTN” - Recurso Especial n. 147.094/PR, relatado pelo Ministro Benedito Gonçalves, da 1ª Turma, julgado em 15 de fevereiro de 2011; e „2. A contribuição de melhoria pressupõe a valorização do imóvel, devidamente apurada e demonstrada pelo Fisco. A singela alegação de que a pavimentação asfáltica necessariamente acarretou ganho em favor do proprietário é insuficiente para viabilizar a imposição tributária, mesmo porque se faz necessária a identificação do quantum” - Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo n. 1107172/PR, relatado pelo Ministro Herman Benjamin, da 2ª Turma, julgado em 03 de setembro de 2009.

<sup>50</sup> GERALDO ATALIBA. Hipótese de incidência tributária. 6ª ed. 6ª Tir. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 171.

<sup>51</sup> Curso de direito constitucional tributário. 23. ed. São Paulo : Malheiros, 2007, p. 547.

<sup>52</sup> “Ao menos avisado pode parecer que, a partir da Constituição de 1988, passou-se a ter uma contribuição de melhoria diversa daquelas anteriormente previstas, que mencionavam como componente expresso da materialidade desse tributo o acréscimo de valor. Em face da síntese empregada pela Constituição, é de perguntar-se se, hoje, é possível cobrar essa contribuição sem que ocorra valorização imobiliária. Em nosso sentir, a contribuição de melhoria mudou, apenas, no pertinente à eliminação do limite global. O aprimoramento é inequívoco, porquanto a previsão desse teto constante dos textos constitucionais anteriores deformava a pureza do instituto como doutrinariamente concebido. É fácil demonstrar essa deformação bastando se tenha em conta que obras há de custo pouco expressivo que, nada obstante, geram significativa valorização imobiliária; outras, diversamente, acarretam pequena valorização, embora o custo das obras seja altíssimo” - Curso de direito tributário municipal. São Paulo : Saraiva, 2009, p. 484.

No entanto, partindo-se do pressuposto da aplicabilidade das previsões do Decreto-Lei n. 195/67, não se pode olvidar da previsão de seu artigo 12, que prevê uma limitação da parcela anual, nos termos seguintes:

Art 12. A Contribuição de Melhoria será paga pelo contribuinte da forma que a sua parcela anual não exceda a 3% (três por cento) do maior valor fiscal do seu imóvel, atualizado à época da cobrança.

Para alguns, esta seria a alíquota permitida para a contribuição de melhoria.<sup>53</sup> Parece-nos, contudo, que referida previsão se assemelha mais a um outro limitador do valor da cobrança, além do custo da obra, para atendimento da Capacidade Contributiva, em que a parcela anual não exceda a 3% (três por cento) do valor venal do imóvel, não significando que este seja o limite total do valor a ser lançado, que pode vir a ser dividido para pagamento em outros exercícios.

Julgados do Supremo Tribunal Federal - anteriores à Constituição de 1988 - estabeleceram a necessidade de se observar o limite previsto pelo art. 12, do Decreto-Lei n. 195/67.<sup>54</sup> No que se refere à alíquota, parte da doutrina entende não haver qualquer problema, desde que os limites individual e global sejam observados, que a alíquota seja de 100% (cem por cento) do valor da valorização imobiliária experimentada.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM, Curso de Direito Tributário, São Paulo: Noeses, 2013, p. 213.

<sup>54</sup> Recurso Extraordinário n. 92186, relatado pelo Ministro Djaci Falcão, da 2ª Turma, julgado em 09 de maio de 1980. No mesmo sentido: Recurso Extraordinário n. 92209, relatado pelo Ministro Décio Miranda, da 2ª Turma, julgado em 21 de março de 1980; e Recurso Extraordinário n. 87635, relatado pelo Ministro Rodrigues Alckmin, da 1ª Turma, julgado em 07 de março de 1978.

<sup>55</sup> Em primeiro lugar, é preciso ter em mente que o limite total corresponde à soma de todas as despesas efetivamente implicadas na execução da obra. - valor, este, que só se pode conhecer após finda sua realização. Assim, tudo quanto se arrecade através da contribuição de melhoria não pode ultrapassar esse valor. Portanto, conhecendo-se o custo efetivo da obra pública, caberá a cada imóvel valorizado uma 'cota-parte' proporcional à valorização individual que cada imóvel recebeu. Em segundo lugar, se o limite individual corresponde ao quantum de valorização experimentado por cada imóvel, que pode variar de obra para obra e de imóvel para imóvel, haverá situações em que o Poder Público se ressarcirá inteiramente das despesas implicadas na execução da obra, situações em que se ressarcirá apenas parcialmente e situações em que não se ressarcirá. Vejamos. a) Se da obra pública nenhuma valorização resultar aos imóveis a ela adjacentes não haverá tributação, por falta da ocorrência do fato impositivo. Nesse caso o Estado não se ressarcirá do que gastou. b) Se da obra pública resultar desvalorização imobiliária caberá indenização aos proprietários lesados, com fundamento na responsabilidade objetiva do Estado. c) Se da obra decorrer valorização imobiliária mínima, que não compense os gastos decorrentes do processo de arrecadação, o Poder Público estará dispensado de exigir o tributo, a exemplo do que ocorre nos casos de dispensa de licitação em razão do baixo valor do objeto a ser licitado. d) Se da obra resultar aumento de valor imobiliário significativo o Poder Público poderá se ressarcir parcial ou totalmente. Vejamos. d.1) o Poder Público se ressarcirá parcialmente do que gastou se a soma das valorizações de cada imóvel for inferior ao custo da obra. Como o limite individual deve ser respeitado, o poder tributante se limitará a exigir do contribuinte tanto quanto lhe proporcionou. Nesse caso, 'retira-se' do particular toda a mais-valia que se incorporou ao seu imóvel, e, portanto, a alíquota será de 100%; d.2) haverá total ressarcimento quando a soma das mais-valias resultar em valor igual ou maior ao custo da obra. No primeiro caso (montante da mais-valia igual ao custo) as alíquotas também serão de 100%. No segundo caso (montante da mais-valia maior que o custo há que se estabelecer uma proporção entre o total das valorizações e o custo da obra; e os limites individuais e o quantum debeatur<sup>6</sup> - PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 131-132.

## 8. Aplicabilidade do Princípio da Capacidade Contributiva

Tendo em vista o seu caráter de tributo contraprestacional, com características que a aproximam dos impostos, há dissenso doutrinário sobre a aplicabilidade do Princípio da Capacidade Contributiva à contribuição de melhoria. Como exemplo, GERALDO ATALIBA, na primeira nota de rodapé de seu Natureza jurídica da contribuição de melhoria, escreve que a contribuição de melhoria „...é o tributo que onera os sôbre-valores imobiliários consequentes a obras públicas, sem considerar a capacidade contributiva“ (sic).<sup>56</sup> Esta ideia é retomada, posteriormente, em sua obra Hipótese de Incidência Tributária.<sup>57</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES, por sua vez, sustenta que a capacidade contributiva „...tem aplicação nos casos de contribuição de melhoria não para efeito da configuração do fato que, se ocorrido, faz nascer o tributo, mas para eventuais isenções“.<sup>58</sup>

Já para RENATO LOPES BECHO, na contribuição de melhoria a capacidade contributiva “será demonstrada pela valorização imobiliária decorrente de obra pública, sendo que a tributação tem ser proporcional ao benefício obtido, pelo particular, motivado pela atuação do Estado” [sic].<sup>59</sup> No mesmo sentido, FERNANDO AURELIO ZILVETI afirma que a contribuição de melhoria pode encontrar justificativa na capacidade contributiva, tendo em vista que o “Estado deve respeitar o princípio, na execução de suas políticas extrafiscais de prestação de serviços ao cidadão ou na implementação de benefícios específicos, como a pavimentação de ruas e instalação de infra-estrutura básica para a população”.<sup>60</sup>

## 9. Necessária edição de lei específica para cada obra?

Existe discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a necessidade de edição de uma lei específica para cada obra, para a observância do Princípio da Legalidade Tributária em relação à contribuição de melhoria. Segundo LEANDRO PAULSEN, há tal necessidade, decorrente, inclusive,

---

<sup>56</sup> Natureza jurídica da contribuição de melhoria. São Paulo : RT, 1964, p. 9, n. 1.

<sup>57</sup> GERALDO ATALIBA, Hipótese de Incidência Tributária, 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 170.

<sup>58</sup> PRISCILLA FIGUEIREDO DA CUNHA RODRIGUES. Contribuição de melhoria. São Paulo : Malheiros, 2002, p. 87.

<sup>59</sup> RENATO LOPES BECHO. Lições de Direito Tributário: Teoria Geral e Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 294.

<sup>60</sup> FERNANDO AURELIO ZILVETI. Princípios de Direito Tributário e a Capacidade Contributiva. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 284.

da previsão do art. 82, do CTN, que alude a previsão de detalhes da obra na lei instituidora.<sup>61</sup> Há, nesse sentido, várias decisões do Superior Tribunal de Justiça.<sup>62</sup>

Há, contudo, precedentes em sentido diverso, aceitando que uma lei geral de cada ente federativo sirva como fundamento para a realização do lançamento da contribuição de melhoria em quaisquer obras públicas que possuam os requisitos da hipótese de incidência.<sup>63</sup>

Nesse sentido, é possível sustentar que os requisitos do art. 82 do Código Tributário Nacional não exigem que os dados específicos de cada obra estejam previstos em lei, mas, tão-somente, que a lei geral preveja os requisitos mínimos arrolados no dispositivo de forma genérica, para posterior aplicação quando da ocorrência do fato jurídico tributário.

Seja como for, referida lei deverá atentar aos requisitos previstos no art. 82 do Código Tributário Nacional.

## 9. Formalidades para o lançamento

Além das formalidades que o Código Tributário Nacional exige como requisitos a serem previstos na lei instituidora da contribuição de melhoria, o Decreto-Lei n. 195/67 prevê outros requisitos para a realização válida do lançamento tributário, como um edital, em que se faz necessária a publicação dos elementos previstos em seu artigo 5º, muito parecidos com os do artigo 82<sup>64</sup>, do Código Tributário Nacional.

---

<sup>61</sup> LEANDRO PAULSEN, *Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência*, 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 179.

<sup>62</sup> Recurso Especial n. 1326502/RS, relatado pelo Ministro Ari Pargendler, da 1ª Turma, julgado em 18 de abril de 2013. No mesmo sentido: Recurso Especial n. 927.846/RS, relatado pelo Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, julgado em 03 de agosto de 2010; Embargos de Declaração no Recurso Especial n. 739.342/RS, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, da 1ª Turma, julgado em 01 de junho de 2006; Recurso Especial n. 739.342/RS, relatado pelo Ministro Francisco Falcão, da 1ª Turma, julgado em 04 de abril de 2006; e Recurso Especial n. 444.873/RS, relatado pelo Ministro Castro Meira, da 2ª Turma, julgado em 23 de agosto de 2005.

<sup>63</sup> Recurso Especial n. 6.164/MS, relatado pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, 1ª Turma, julgado em 19 de novembro de 1990.

<sup>64</sup> Art. 82. A lei relativa à contribuição de melhoria observará os seguintes requisitos mínimos:

I - publicação prévia dos seguintes elementos:

- a) memorial descritivo do projeto;
- b) orçamento do custo da obra;
- c) determinação da parcela do custo da obra a ser financiada pela contribuição;
- d) delimitação da zona beneficiada;
- e) determinação do fator de absorção do benefício da valorização para toda a zona ou para cada uma das áreas diferenciadas, nela contidas;

II - fixação de prazo não inferior a 30 (trinta) dias, para impugnação pelos interessados, de qualquer dos elementos referidos no inciso anterior;

Tendo em vista a menção dos referidos dispositivos à publicação de projeto e orçamento da obra, poder-se-ia afirmar que o edital deveria ser publicado antes da realização da obra.<sup>65</sup> Contudo, há decisões no sentido de que a referida publicação pode ser posterior, desde que anteceda ao lançamento.<sup>66</sup>

O lançamento da contribuição de melhoria deve ser precedido, portanto, de específico procedimento administrativo, que permita ao contribuinte a impugnação dos valores que servirão de base para o posterior lançamento individual.<sup>67</sup>

---

III - regulamentação do processo administrativo de instrução e julgamento da impugnação a que se refere o inciso anterior, sem prejuízo da sua apreciação judicial.

§ 1º A contribuição relativa a cada imóvel será determinada pelo rateio da parcela do custo da obra a que se refere a alínea c, do inciso I, pelos imóveis situados na zona beneficiada em função dos respectivos fatores individuais de valorização.

§ 2º Por ocasião do respectivo lançamento, cada contribuinte deverá ser notificado do montante da contribuição, da forma e dos prazos de seu pagamento e dos elementos que integram o respectivo cálculo.

<sup>65</sup> LEANDRO PAULSEN, Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência, 12 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 1331

<sup>66</sup> “CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. SENTENÇA ANTECIPADA. VETO REGIMENTAL (ART-325, VIII, DO R.I.-S.T.F.). OFENSA AO ART-18, II, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIVERGENCIA JURISPRUDENCIAL QUANTO A APLICAÇÃO DO ART-5. DO DECRETO-LEI N. 195/67. PREVALENCIA DA TESE DE QUE A PUBLICAÇÃO PREVIA DO EDITAL PREVISTO NO MENCIONADO DISPOSITIVO E NECESSARIA PARA A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA E NÃO PARA A REALIZAÇÃO DA OBRA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO” - (RE 98408, Relator(a): Min. SOARES MUNOZ, Primeira Turma, julgado em 19/04/1983, DJ 20-05-1983 PP-07058 EMENT VOL-01295-02 PP-00545 RTJ VOL-00105-03 PP-01281); “TRIBUTARIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. EDITAL. O ARTIGO 82 DA LEI 5.172 DE 1966, FOI REVOGADO PELO ARTIGO 5 DO DECRETO-LEI NUM. 195, DE 1967, PORQUE A EPOCA AS NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTARIO AINDA NÃO TINHAM O STATUS OU A FORÇA DE LEI COMPLEMENTAR (EMENDA CONSTITUCIONAL 1/1969, ART. 18, PAR. 1); NO NOVO REGIME, O EDITAL QUE ANTECEDE A COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA PODE SER PUBLICADO DEPOIS DA REALIZAÇÃO DA OBRA PUBLICA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO” - (REsp 89791/SP, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/1998, DJ 29/06/1998, p. 139); e “TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. EDITAL. 1. ‘A partir do D.L. 195/67, a publicação do edital é necessária para cobrança da contribuição de melhoria. Pode, entretanto, ser posterior à realização da obra pública’ (REsp 84.417, Rel. Min. Américo Luz). Precedentes da 1ª e 2ª Turma. 2. Recurso especial improvido” - (REsp 143.998/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/03/2005, DJ 13/06/2005, p. 217).

<sup>67</sup> “TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. ARTS. 81 E 82 DO CTN. DECRETO-LEI 195/67. BASE DE CÁLCULO. VALORIZAÇÃO DO IMÓVEL. PRESUNÇÃO IURIS TANTUM. ÔNUS DA PROVA. 1. ‘A alteração superveniente da competência, ainda que ditada por norma constitucional, não afeta a validade da sentença anteriormente proferida’, sendo que, ‘válida a sentença anterior do juiz que a prolatou, subsiste a competência do tribunal respectivo’ (CC 6.967-7, Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 26.09.97). Com base em tal orientação a jurisprudência do STJ afirmou a sua competência para julgar recursos especiais interpostos antes da EC 45/04, mesmo quando tratem de matéria que, por força da referida Emenda, foi atribuída a outros órgãos jurisdicionais (Nesse sentido: CC 57.402, 1ª Seção, Min. José Delgado, DJ de 19.6.2006, no CC 58.566, 1ª Seção, Min. Eliana Calmon, DJ de 7.8.2006, no AgRg no REsp 809.810, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 15.5.2006 e no REsp 507.907, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 25.9.2006).” (REsp 598.183/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 27.11.2006). 2. De acordo com a jurisprudência desta Corte, continuam em vigor os arts. 81 e 82 do Código Tributário Nacional, bem como as disposições do Decreto-Lei 195/67, os quais regulamentam a contribuição de melhoria. 3. ‘Só depois de pronta a obra e verificada a existência da valorização imobiliária que ela provocou é que se torna admissível a tributação por via de contribuição de melhoria’ (CARRAZZA, Roque Antonio. ‘Curso de Direito Constitucional Tributário’, São Paulo: Malheiros, 2006, pág. 533). 4. O lançamento da contribuição de melhoria deve ser precedido de processo específico, conforme descrito no art. 82 do Código Tributário Nacional. 5. Cabe ao Poder Público apresentar os cálculos que irão embasar a cobrança da contribuição de melhoria, concedendo, entretanto, prazo para que o contribuinte, em caso de discordância, possa impugná-los administrativamente. Trata-se, pois, de um valor presumido, cujo cálculo está a cargo da própria Administração. 6. O procedimento administrativo não exclui a revisão pelo Judiciário. 7. Recurso especial desprovido” - (REsp 671.560/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/05/2007, DJ 11/06/2007, p. 265)

A prática tem demonstrado ser raramente lançada a contribuição de melhoria, e, quando isso é feito, não se tem observado o cumprimento dos requisitos legais ora mencionados.<sup>68</sup> Como afirma REGINA HELENA COSTA, isso ocorre tanto pela complexidade do procedimento em questão, quanto por um juízo de conveniência política.<sup>69</sup> Nas palavras de GERALDO ATALIBA, a contribuição de melhoria “jamais conheceu eficiente e adequada aplicação. Salvo algumas tentativas antológicas, é mera peça de museu. Há enorme resistência à sua implantação, baseada em preconceituosas objeções de toda ordem”.<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> LUÍS EDUARDO SCHOUERI. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 176.

<sup>69</sup> REGINA HELENA COSTA. *Curso de Direito Tributário*. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

<sup>70</sup> GERALDO ATALIBA. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 172.

## A GESTÃO POR PROCESSOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

**Daniela Torres Rocha**

*Doutora em Administração pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR*

**Marcos de Toledo Tito**

*Professor do Departamento de Administração da Universidade Estadual de Londrina – UEL.*

**Maíra Tito**

*Diretora de Planejamento Urbano do Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano de Londrina – IPPUL. Professora do Departamento de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina – UEL.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Fundamentos jurídicos da gestão por processos. 3. Da Gestão por Processos. 4. O Gestor de Processos. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo analisar a implantação da gestão por processos na Administração Pública, iniciativa que garante maior eficiência e efetividade à atividade administrativa. Trata-se de medida que encontra sua fundamentação teórica na Constituição Federal de 1988, na lei e na doutrina jurídicas. O texto demonstra que é possível sobrepor a gestão por processos a uma estrutura hierárquica formal característica da administração pública, analisando as dificuldades e conseqüências dessa experiência.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Administrativo, Administração, Gestão, Processos.

**ABSTRACT:** The scope of this article is the analysis of the implementation of business process management at Public Administration, which is an initiative that guarantees efficiency and effectiveness to the administration activities. It finds theoretical support in the Constitution of 1988, the law and doctrine. The text shows it's possible to adjust the business process management into a hierarchy organized institution, as it analyses the obstacles and consequences of this experience.

**KEY-WORDS:** Administrative Law, Administration, Management, Process.

### 1. Introdução

O presente artigo analisa os aspectos jurídicos da implantação da gestão por processos na Administração Pública, de forma sobreposta à estrutura hierárquica, demandando alteração normativa somente em nível interno para possibilitar a criação da figura do gestor de processos.

Primeiramente, serão expostos os fundamentos jurídicos da implantação da gestão por processos na administração pública. Em seguida, o foco será o conceito de gestão por processos e seus aspectos. O próximo tópico tratará da figura do gestor de processos e ao final serão abordadas as conclusões a respeito da experiência.

## 2. Fundamentos jurídicos da gestão por processos

A Emenda constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, incluiu no art. 37 da Constituição Federal o Princípio da Eficiência, entre os princípios da Administração Pública. O artigo 2º da Lei 9.874/99, que trata do processo administrativo no âmbito federal, também inseriu a eficiência como um dos princípios norteadores.

As mudanças na legislação refletem a crise do Estado contemporâneo, principalmente no que se refere à sua incapacidade de atender às complexas demandas sociais por serviços públicos suficientes e de qualidade. Nesse sentido constata Jessé Torres Pereira Junior (JUNIOR, 2011):

Admite-se que o Estado moderno falhou não porque seja Estado, mas porque administra sem compromisso com os resultados de sua ação. O compromisso com os resultados de interesse público, que devem necessariamente surtir das ações estatais, carece de método de implementação. Surge o princípio da eficiência como o marco inicial da pós-modernidade, o tempo do compromisso com os resultados, a exigir uma mescla desafiante de atributos: racionalidade, conhecimento, profissionalismo e ética na gestão pública. Perceba-se que a eficiência, a partir do momento em que se eleva a princípio constitucional, deixa de ser apenas uma proposta politicamente correta para tornar-se um dever jurídico, imposto a todos os que gerem a administração pública, direta ou indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios. O princípio da eficiência está, hoje, por toda parte, entre os cânones fundamentais da gestão do Estado que se pretenda voltada para os resultados, vale dizer, gerir com eficiência (relação entre o resultado alcançado e os recursos utilizados, isto é, relação custo-benefício) e eficácia (extensão na qual as atividades planejadas são realizadas e os resultados planejados são alcançados, isto é, consecução das finalidades). É hora, no direito público brasileiro, de proclamar-se que o princípio da eficiência implica o dever jurídico, vinculante dos gestores públicos, de agir mediante ações planejadas com adequação, executadas com o menor custo possível, controladas e avaliadas em função dos benefícios que produzem para a satisfação do interesse público.

As transformações anteriores, como a transição do modelo patrimonialista (corrupto e nepotista) para o modelo liberal burocrático (formal e hierárquico), imprimiram

impessoalidade à atuação administrativa, mas a ineficiência permaneceu característica que permeia toda a história do Estado contemporâneo.

Com o advento da globalização e a conseqüente integração econômica e expansão do conhecimento técnico, ampliou-se a crise de governabilidade estatal e a inviabilidade da burocracia, impondo a transição para o chamado modelo gerencial de Estado (NETO, 2010) ou governo empreendedor (OSBORNE e GAEBLER, 1992).

Hely Lopes Meirelles (MEIRELLES, 1998) também tratou da eficiência como um dos deveres da administração:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

Para a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio apresenta dois aspectos, podendo tanto ser considerado em relação à forma de atuação do agente público e também em relação ao modo racional de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, bem como ao intuito de alcance de resultados na prestação do serviço público (PIETRO, 1999).

O apreço pelo resultado e pela organização racional da Administração Pública, características do modelo gerencial, implicam em concretização da eficiência e da eficácia na atuação administrativa, convergindo para a sugestão de administrar com fundamento na abordagem por processos e, conseqüentemente, para a criação da figura do “gestor de processos”.

### 3. A Gestão por processos

Davenport e Short definem processo como “um conjunto de tarefas logicamente ligadas com a finalidade de alcançar um determinado resultado” (DAVENPORT, 1990). Para Scheer, “processo é um acontecimento de certa duração iniciado por um evento e concluído por outro evento” (SCHEER, 1994).

De acordo com Thomas R. Gullledge Jr e Rainer A. Sommer (GULLEDGE e SOMMER, 2011), uma abordagem por processos envolve:

- a) Documentação do processo para obter um entendimento de como o trabalho flui pelo processo;
- b) A definição de responsável pelo processo visando estabelecer responsabilidade gerencial;

- c) Gestão do processo para otimizar índices de performance;
- d) Melhoria do processo para aumentar a qualidade do produto ou os índices de performance.

No setor público, o principal benefício da gestão de processos, de acordo com Gullledge Jr e Sommer (GULLEDGE e SOMMER, 2011), é o aumento de eficiência e eficácia que pode ser alcançado por meio da reestruturação da organização por processos trans-funcionais. Ainda, a gestão por processos abre portas para abordagens criativas e inovadoras visando melhorar a *performance* organizacional. A gestão por processos permite também a implantação de sistemas e *softwares* modernos, que são, em sua maioria, orientados por processos. Outra vantagem da implantação de gestão por processos é a promoção da integração entre a estrutura interna e sistemas de informação orientados por processos.

A gestão por processos encontra consonância na transição para o modelo gerencial da administração pública, vivenciado no Brasil desde os anos 1990 e acentuado pela publicação do Decreto nº 5.378, de 23 de fevereiro de 2005, que institui o Programa Nacional de Gestão Pública e Desburocratização, tendo como um de seus objetivos promover a eficiência e eficácia, por meio de melhor aproveitamento dos recursos, relativamente aos resultados da ação pública.

De acordo com Emerson Affonso da Costa Moura (MOURA, 2010):

A atribuição prévia de competências cede espaço para uma definição pós-determinada das funções mediante a atuação de núcleos específicos e flexíveis, capazes de se adaptar às constantes modificações das demandas sociais, aperfeiçoando o atendimento do interesse público com uma atuação eficiente e de baixo custo.

Erige-se como atributo indissociável dessa especialidade o caráter técnico, uma vez que a adequação das estruturas, recursos e agentes dos entes estatais ou paraestatais às necessidades da gestão pública, bem como as atividades de persecução da finalidade envolvem a utilização de subsídios científicos capazes de garantir racionalidade e eficiência no processo de descentralização.

Por outro lado, a redução da gestão burocrática tradicional compreende a manutenção do formalismo dentro de parâmetros minimamente necessários para a realização das atividades mediatas voltadas à finalidade almejada, com o gradativo emprego de métodos e técnicas específicas que permitam a adoção de uma gestão gerencial profissional.

A gestão por processos é, portanto, um modelo adequado à gestão pública empreendedora, que adota princípios de gestão de negócios como atendimento ao cidadão como cliente, proatividade, iniciativa e autonomia gerencial, bem como controle por objetivos e metas. Ao visar resultados que melhor respondam aos cidadãos como clientes, a gestão pública empreendedora é baseada em avaliações contínuas para ajustar suas estratégias, planos e metas (CATELLI e SANTOS, 2004).

#### 4. O Gestor de Processos

A gestão por processos não funciona tão bem quando sobreposta a uma estrutura de gestão hierárquica referente a comando e controle. Portanto, a mudança para a gestão por processos requer reestruturação, não necessariamente acompanhada de alteração na estrutura hierárquica formalmente estabelecida. É precisamente neste ponto que surge a necessidade da criação da figura do gestor de processos.

O gestor de processos, na implantação da gestão por processos sobreposta à estrutura hierárquica, tem funções comuns de gestão, porém orientadas aos processos, e outras funções específicas de gestão por processos. A título de exemplo, podemos citar as atribuições de: a) Planejar, coordenar, supervisionar e executar ações relacionadas aos processos sob sua gestão; b) Promover a articulação e integração entre as pessoas envolvidas nos processos sob sua gestão; c) Conduzir, monitorar e aprimorar continuamente os processos sob sua gestão, visando obter melhores resultados; d) Manter os processos sob sua gestão alinhados com as estratégias da instituição; e) Manter os envolvidos nos processos sob sua gestão informados sobre o desempenho e resultados obtidos; f) Solicitar a provisão dos recursos necessários para execução das atividades relacionadas aos processos sob sua gestão; g) Promover a articulação nas interfaces com outros processos; h) Informar os gestores da instituição sobre a existência de eventuais conflitos ou pontos de ineficiência no fluxo dos processos sob sua gestão; i) Elaborar informações gerenciais sobre os processos sob sua gestão. O gestor de processo é designado para atuar em um dos processos identificados na instituição.

A criação do gestor de processos demanda adaptação normativa, visando formalização de sua função e atribuições. As alterações podem ser somente internas, no próprio âmbito da instituição, ou pode ser necessário propor mudanças em normas externas, de caráter legislativo ou não. Em qualquer caso, deve haver previsão da existência do gestor de processos no arcabouço normativo da instituição, garantindo, assim, reconhecimento do mesmo. Geralmente, as normas institucionais garantem ao titular do órgão a competência para dirigir, coordenar e orientar a execução das atividades das unidades que integram o órgão e expedir atos administrativos necessários à consecução dos objetivos da instituição. Neste caso, é possível implementar a gestão por processos por meio de normatização interna e infralegal.

#### 5. Conclusões

Ao decidir pela implantação da gestão por processos na administração pública, necessário se faz analisar as espécies normativas vigentes no âmbito da instituição e a necessidade e pertinência de alterá-las. Importante ressaltar que qualquer alteração normativa deve ser realizada pela instância que detenha a competência para tanto e acompanhada pelos órgãos que detenham as atribuições pertinentes, como Consultorias Jurídicas e similares. Isto porque a norma que determinar a gestão por processos e disciplinar as atividades inerentes ao gestor de processos deve ter eficácia jurídica, emanando das autoridades competentes e observando os trâmites legais.

As alterações normativas podem ser divididas em dois grupos:

- a) Primeiramente, recomenda-se que sejam realizadas as alterações de regimentos internos ou similares, de forma a prever a existência do gestor de processos na estrutura do órgão;
- b) Posteriormente, devem ser realizadas as alterações de normas específicas de programas, projetos ou procedimentos do órgão.

A implantação da gestão por processos na administração pública pode gerar alguns problemas a serem enfrentados, principalmente no que se refere ao deslocamento de decisões e de responsabilidade dentro da hierarquia formal e ao regime jurídico dos servidores que forem designados como gestores de processos. Tal dificuldade ocorre, principalmente, na implantação da gestão por processos sobreposta à estrutura hierárquica formal, por meio da figura do gestor de processos. O poder de decisão do gestor de processos sobre determinado processo que se estende, não raro, a mais de uma unidade (Coordenação, Diretoria, etc.) dentro da estrutura hierárquica. Formalmente, entretanto, o gestor continua subordinado a somente uma unidade, de forma que poderão surgir conflitos entre a decisão tomada pelo gestor e a decisão tomada pelos titulares das unidades na hierarquia formal (Coordenadores, Diretores, etc.). Para prevenir e solucionar o problema, é recomendável que se estabeleça o nível de arbitragem de conflitos, preferencialmente localizando-o em alto nível hierárquico.

Outra questão que se coloca é a do regime jurídico do servidor designado como gestor de processo. O primeiro cuidado, nesse caso, deve ser a verificação das atribuições do cargo daquele servidor que se pretende designar como gestor de processo. Caso as atribuições sejam incompatíveis com as de gestor de processos, o servidor não deve ser indicado como tal, sob pena de caracterizar-se desvio de função.

É recomendável, ainda, que as atribuições do gestor de processo não coincidam com as atribuições de funções de direção, chefia ou assessoramento que existam na hierarquia formal do órgão da Administração. Evita-se, assim, eventuais ações judiciais visando equiparação de vencimentos com os detentores das citadas funções.

O problema da convivência de servidores em regimes jurídicos diversos foi identificado anteriormente em órgãos da administração pública. José Torres Pereira Junior, ao analisar a Medida Provisória nº 520, de 31 de dezembro de 2010, hoje sem eficácia, que autorizava o Executivo a criar a Empresa Brasileira de Serviços Hospitalares S.A. – EBSEH, observou (JUNIOR, 2011):

Esse mix — para usar-se jargão da modernidade tecnológica, a que corresponderia a conspícua “miscelânea” — é de longa data conhecido da jurisprudência dos tribunais: regimes diversos de pessoal na mesma organização administrativa ensejam comparações, a partir do chamado cargo paradigma, entre condições laborativas, natureza da função e remuneração, sob a égide da isonomia, a suscitar inúmeros conflitos. É de prever-se a reedição desse cenário na EBSEH, com todo o séquito de disputas e mal-estar com que notoriamente contamina o ambiente de trabalho.

Muito embora não se trate de regimes jurídicos diversos, a designação de novas atribuições ao gestor de processo, com o conseqüente aumento de tarefas e de prestígio, pode ocasionar disputas e insatisfações internas, que devem ser enfrentadas pelo titular do órgão. É recomendável que haja previsão expressa acerca do regime jurídico.

Tratemos, ainda, da questão da responsabilidade pelos atos e decisões tomados no âmbito da gestão dos processos. A nosso ver, a responsabilidade do gestor de processos por seus atos segue as regras determinadas pela legislação para os servidores de forma geral. A Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, por exemplo, estabelece o regime jurídico dos servidores públicos civis da União. Ao tratar da responsabilidade, no art. 121 e seguintes, refere-se aos atos realizados no exercício do “cargo ou função”, o que abrangeria as atribuições conferidas em virtude da designação como gestor de processo, pois como orientamos acima, devem ser compatíveis com a descrição do cargo do servidor. Assim, no exercício da gestão de processo, o servidor estaria sujeito aos mesmos deveres, direitos, responsabilidades e penalidades a que está sujeito ordinariamente no exercício de seu cargo ou função pública.

Uma vez que não há necessidade de alteração da estrutura formal, os demais titulares de funções de chefia, direção ou assessoramento, também continuam responsáveis por seus atos na forma da legislação vigente, inclusive pelas decisões que tomarem em arbitramento de conflitos na gestão de processos.

A implantação da gestão por processos na administração pública é uma alternativa adequada à pretensão agregar eficiência e eficácia à gestão, dando efetividade ao Princípio da Eficiência. A formalização da figura do gestor de processos depende de adequação normativa e de cuidados específicos visando evitar desvio de função e ações judiciais por pretensão de equiparação de vencimentos. Não há exigência de sequência específica entre a alteração dos instrumentos legais, porém é aconselhável que se busque primeiramente a alteração dos regimentos internos ou

equivalentes, adaptando a estrutura da instituição. A criação e detalhamento da função de gestor de processos é possível e legítima, pois decorre das atribuições gerais previstas para os gestores públicos, como dirigir e orientar os órgãos sob sua gestão, por exemplo. Os deveres, direitos, responsabilidades e penalidades inerentes ao servidor não se alteram pela simples implantação da gestão por processos.

Por fim, vale mencionar que, na ampla pesquisa realizada, algumas experiências de gestão de processos foram identificadas, como na Polícia Federal Brasileira e no Serviço Federal de Processamento de Dados - SERPRO, entre outros, porém ficaram restritas à identificação dos processos nas instituições e sua melhoria, bem como sensibilização dos servidores envolvidos para a gestão dos processos identificados. A sugestão descrita neste artigo consiste em, para além de identificar e propor e melhoria constante dos processos, institucionalizar a função do gestor de processos, sobrepondo a gestão por processos à estrutura hierárquica formal.

## 6. Referências Bibliográficas

CATELLI, Armando e SANTOS, Edilene Santana. *Mensurando a criação de valor na gestão pública* in Revista de Administração Pública (ISSN: 0034-7612), maio-junho 2004. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2004, p. 423-448.

DAVENPORT, T.H. and SHORT, J.E. *The new industrial engineering: information technology*, 1990.

GULLEDGE JR, Thomas R. and SOMMER, Rainer A. *Business process management: public sector implications* in Business Process Management Journal. Disponível em: <http://www.emeraldinsight.com/journals.htm?issn=1463-7154>

JUNIOR, Jessé Torres Pereira. *O formato jurídico da gestão da saúde pública: a opção da MP nº 520/2010 por modelo empresarial, sob perspectiva jurisprudencial* in Revista de Direito Administrativo (ISSN 0034-8007), nº 256, janeiro a abril de 2011. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011. P. 95-128.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1998.

MOURA, Emerson Affonso da Costa. *Agências, expertise e profissionalismo: o paradigma da técnica na Administração Pública* in Revista de Direito Administrativo (ISSN 0034-8007), nº 254, maio a agosto de 2010. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010. P. 67-94.

NETO, Pedro Thomé de Arruda. *Reforma do Estado e Evolução dos Modelos de Gestão Pública no Brasil: a democracia deliberativa como fundamento de uma nova gestão pública constitucional* in Revista de Direito Administrativo (ISSN 0034-8007), nº 253, janeiro a abril de 2010. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2010. P. 133-158.

OSBORNE, David e GAEBLER, Ted. *Reinventing government: how the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*. Reading, MA: Addison-Wesley, 1992.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. P. 63-64.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 1999.

SECCHI, Leonardo. *Modelos Organizacionais e Reformas na Administração Pública in Revista de Administração Pública* (ISSN: 0034-7612), MARÇO-ABRIL 2009. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2009, p. 347-369.

SCHEER, A.-W. *Business Process Engineering: Reference Models for Industrial Enterprises*, 1994.

Trapp, Claudete Terezinha. *A influência das especificidades das organizações públicas na implementação da gestão de processos* - 2011. 113 f. Dissertação (mestrado) - Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas, Centro de Formação Acadêmica e Pesquisa. Orientador: Joaquim Rubens Fontes Filho. Biblioteca Mario Henrique Simonsen/FGV. CDD - 658.4013



## O PODER JUDICIÁRIO E O EXERCÍCIO DE PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

**Kauana Vergínia Prevital**

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR – Campus Londrina. Advogada.*

**Diego Eliziário Romanow**

*Graduando em Direito pela Faculdade Arthur Thomas – FAAT.*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Princípio da Legalidade na Administração Pública. 3 Formas de Exercício de Poder pela Administração Pública. 4 Separação de Poderes. 5 Análise do Poder Judiciário quanto ao exercício do Poder Discricionário. 6 Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A Administração Pública pode exercer seu poder de modo vinculado ou discricionário (conveniência e oportunidade). O poder discricionário, apesar de respeitar o princípio da legalidade, concede ao agente público uma margem de escolha. Este trabalho visou examinar a análise pelo Poder Judiciário quanto ao mérito e a legalidade do poder discricionário com a investigação desta atuação frente à previsão constitucional da separação de poderes, através de uma pesquisa doutrinária e legal. Conclui-se que no que se refere aos aspectos do mérito, o juiz não tem o condão de controlar sob pena de violação da separação de poderes. Entretanto, pode o Poder Judiciário controlar um ato discricionário no que se refere à legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Discricionário. Mérito. Princípio da Legalidade. Poder Judiciário. Separação de poderes.

**ABSTRACT:** Public Administration can exercise its binding or discretionary power (convenience and opportunity). Though the discretionary power respects the legality principles, it concedes the public agent a flexibility in choice. This paper aimed at examining the Judiciary power's analysis about the merit and legality of the discretionary power with the investigation of this action faced with the constitutional foresight of separation of the powers through an indoctrinated and legal research. We concluded that in what refers to merit aspects, the judge has no power to control under penalty of violation of the separation of powers. However, the Judiciary can control a discretionary act in what refers to legality.

**KEY WORDS:** Discretionary Power, Merit, Legality principle, Judiciary power, Separation of powers.

## 1. Introdução

O princípio da legalidade possui peculiaridades quando aplicado ao Direito Administrativo, qual seja, o Poder Executivo apenas é permitido proceder nos conformes de autorização legal, não bastando a simples não oposição legal para validar o ato.

Há duas formas de exercício de Poder por meio da Administração Pública: o vinculado e o discricionário.

O exercício do poder vinculado é intimamente atrelado ao disposto nos termos legais, sem que o agente público possa interpretar de alguma forma os conceitos predeterminados.

O poder discricionário, apesar de também observar o princípio da legalidade, atribui ao agente público uma margem de interpretação para conceitos legais – que podem ser determinados ou indeterminados, mediante conveniência e oportunidade.

O presente trabalho tem por finalidade averiguar a análise pelo Poder Judiciário dos atos advindos do poder discricionário – quanto ao mérito e quanto à legalidade – com a investigação desta atuação sob o prisma da previsão constitucional da separação de poderes.

## 2. Princípio da Legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade é expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso II, e estabelece, em apertada síntese, que é permitido tudo o que a lei não proíba.

A legalidade para particulares é ampla, na medida em que o princípio permite a liberdade plena de atuação fora das exceções legais: há liberdade de atuação, a não ser que a lei a limite, de acordo com a autonomia da vontade.

No entanto, em sede da Administração Pública, este princípio deve ser aplicado de modo mais incisivo e rigoroso. O agente público não se vale de sua vontade subjetiva para a realização de qualquer ato que seja.

Impera através deste princípio que a Administração Pública somente é autorizada a proceder conforme os ditames da lei e das demais espécies normativas, não sendo suficiente a não proibição legal. Ou seja, é proibida a atuação no silêncio legal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> “O princípio da legalidade (...) opõe-se a toda forma de poder autoritário. (...) é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*.”

Alexandre de Moraes<sup>2</sup> justifica a necessidade desta vertente do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública: “Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem a finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”.

Neste sentido, o que se verifica é que no âmbito do direito administrativo, não basta que o ato não seja contrário à lei, mas exige-se que haja uma prévia autorização no ordenamento jurídico, uma subordinação à lei, ou seja, a atuação deve ser pautada nos ditames estabelecidos pelo legislador.

### 3. Formas de Exercício de Poder pela Administração Pública

A Administração Pública pode exercer seu poder de modo vinculado ou discricionário.

Na forma de exercício de poder vinculado, a lei estabelece uma única e específica conduta para solucionar determinado caso concreto.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup> o Poder vinculado “(...) confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”. Esta forma de exercício de poder é mais rara do que a que a do poder discricionário.

A atividade da administração é discricionária quando, diante de um caso concreto, a administração possui a possibilidade de, dentro dos limites e condições estabelecidas pela lei, decidir qual será a melhor solução a ser empregada.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 103

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 294.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013. p. 125.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 51.

“A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração de conduta. Nestes casos, pode o agente avaliar a conveniência e oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. (...) não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade”.

Conceitua também o Poder Discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>5</sup>

“Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não pode extrair objetivamente uma solução unívoca para situação vertente”.

Neste sentido, o poder vinculado se caracteriza quando a Administração não possui condão de escolher a forma de proceder, a legislação a impõe contundentemente. Já a discricionariedade se verifica quando a legislação possibilita à Administração, decidir o que é mais oportuno e conveniente no caso concreto.

#### 4. Separação de Poderes

A separação de poderes é prevista na Constituição de 1988 (artigo 2º) a fim de, sobretudo, garantir os direitos fundamentais e evitar os arbítrios estatais.

Para Zulmar Fachin:<sup>6</sup>

“Embora os doutrinadores em geral e, inclusive, a própria Constituição usem o vocábulo *poderes*, melhor seria falar em *funções*: função legislativa, função executiva e função judiciária. A terminologia (função em lugar de poder) encontra consonância na ideia segundo a qual o poder estatal é uno e indivisível. Quem exerce a função legislativa (elaborar a lei), a função

---

<sup>5</sup> MELLO, *op. cit.* p. 988- 989.

<sup>6</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 203.

executiva (praticar atos de governo) e a função judiciária (julgar) pratica atos que manifestam o poder estatal”.

Apesar da ressalva feita pelo professor, utiliza-se a terminologia “separação de poderes” neste trabalho por estar enraizada na doutrina e legislação brasileira.

A previsão constitucional da separação de poderes estabelece a independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e cria meios de controles mútuos para oportunizar a continuidade do Estado Democrático de Direito.

A Carta Maior, neste contexto, atribuiu a cada uma destes poderes uma parcela da autoridade soberana do Estado, através de autonomia e independência.

Para José Afonso da Silva:<sup>7</sup>

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...) A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutualmente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. (...) A desarmonia, porém se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro”.

A supressão de qualquer uma das funções do poder do Estado acarreta em retorno a arbitrariedade e ao regime ditatorial, portanto, não é sem razão que a separação de poderes do Estado é cláusula pétrea - ou seja, é inconstitucional qualquer proposta de emenda que pretenda o abolir da Constituição Federal (artigo 60, §4º, III).

Certo é que a Constituição Federal não atribuiu funções de exclusividade absoluta para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, é possível verificar uma predominância de função – o que se denomina de função típica.

Neste contexto, as funções típicas do Poder Legislativo são criar normas através do processo legislativo e fiscalizar os atos do Poder Executivo. A função típica do Poder Executivo é a

---

<sup>7</sup> DA SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. Ed. São Paulo, Malheiros: 2014. p. 112.

prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração; ou seja, administrar a coisa pública (do latim *res publica*). Já a função típica do Poder Judiciário é o julgamento imparcial de conflitos.

A independência dos poderes é observada quanto ao exercício das próprias atribuições - não obrigatoriedade de consulta ou autorização prévia dos outros poderes, e quanto à organização das atividades - liberdade de atuação, desde que verificadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

É possível que os Poderes do Estado (seja ele o Executivo, Legislativo ou Judiciário) exerçam atividades atípicas para exercer controles recíprocos visando o necessário equilíbrio da sociedade (sistema de pesos e contrapesos).

Qualquer que seja a atuação de um poder, esta não pode implicar em domínio, ou exclusão de atribuições dos outros, sob pena de verificar a interferência entre poderes, o que é vedado na Constituição Federal.

Portanto, é de suma importância que cada Poder atue nos limites impostos na Constituição, para que sejam assegurados os direitos fundamentais, evite a arbitrariedade, a ditadura e se consagre o Estado Democrático do Direito.

## 5. Análise do Poder Judiciário quanto ao exercício do Poder Discricionário

É possível, sempre em conformidade com o princípio da legalidade, que o legislador atribua ao Poder Executivo, no momento de sua atuação, a escolha de conceitos que podem ser determinados ou indeterminados.

O conceito determinado é aquele que embora admita escolha por parte do agente público, não é passível de emprego de valoração pessoal. Nestes casos, a escolha é quanto uma previsão ou outra. Neste diapasão, as hipóteses de escolha são bem delimitadas em lei, cabendo ao agente a escolha quanto a modalidade a ser empregada. Como por exemplo, a possibilidade de alienação de bens imóveis adquiridos por doação em pagamento ou ação judicial via procedimento licitatório de concorrência ou leilão (conferida através do artigo 19, III da Lei nº 8666/1993).

O conceito indeterminado, entretanto, confere ao agente público uma margem de escolha com maior análise subjetiva. É o caso, por exemplo, da regra contida no artigo 130 da Lei 8.112/1990, a qual prevê a possibilidade de suspensão por até noventa dias em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita

a penalidade de demissão. No caso elucidado, cabe ao agente, no momento da aplicação da penalidade, fazer a escolha do lapso temporal da suspensão, dentro dos limites da lei.

No caso de o Poder Judiciário ser provocado em demanda que tenha em seu cunho analisar o mérito do poder discricionário – de conceito determinado ou indeterminado – não pode o juiz substituir a oportunidade e conveniência empregados pelo Poder Executivo por conceitos de seu próprio juízo.

O mérito do ato, para Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>8</sup>

“(...) é o campo de liberdade suposto da lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento de finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”.

Por exemplo, conforme elucidado acima, a Lei nº 8.112/1990 prevê que o servidor pode ser punido com suspensão em até 90 (noventa dias) dias. No caso de ter sido suspenso por noventa dias, o juiz não pode diminuir o lapso temporal da penalidade a seu bel prazer.

Isto ocorre, pois, o poder discricionário é eminentemente administrativo, e não jurisdicional. Se assim não proceder, o juiz acaba por não exercer a função jurisdicional, mas sim a administrativa, usurpando a separação de poderes.

Destarte, quando há a substituição do mérito do juízo de oportunidade e conveniência pelo Poder Judiciário, ocorre a invasão deste poder na seara do Poder Executivo, o que configura uma violação à cláusula pétrea da separação de poderes.

O administrador foi escolhido pelo povo para representá-lo, e, portanto, possui legitimidade para entender o que é mais oportuno e conveniente à população. Neste sentido, não cabe ao juiz a escolha do que entende ser melhor dentro da estrutura administrativa ou a apreciação do que é mais conveniente e oportuno para a sociedade - margem de escolha definida pela legislação.

Em que pese não poder analisar as questões de mérito da conveniência e oportunidade, o Poder Judiciário tem legitimidade para analisar a legalidade do ato administrativo, podendo, inclusive, controlar um ato discricionário.

---

<sup>8</sup> MELLO, *op. cit.* p. 111.

Cumpra estabelecer que se o ato praticado pelo agente público for ilícito seja por não cumprir os ditames legais seja por abuso de poder (excesso de poder ou por desvio de finalidade) o Poder Judiciário deve declarar a nulidade.

Para o ilustre professor Hely Lopes Meirelles:<sup>9</sup>

“O *abuso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas. (...) O *excesso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei permite. (...) O *desvio de finalidade* ou *de poder* verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público ”

O mesmo autor completa o raciocínio:<sup>10</sup>

“O ato administrativo – vinculado ou discricionário – há de ser praticado com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no conteúdo, nos motivos ou nos fins, é sempre inválido. O discricionarismo não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé ou imoralidade administrativa”.

Ademais, cabe ao Judiciário apreciar os limites legais do mérito do poder discricionário, já que, a atuação discricionária não é amplamente livre, sendo que a escolha deve ser concernente aos limites da lei.

Na hipótese de ser o conceito determinado, ou seja, quando a legislação abre margem apenas para a modalidade a ser empregada, oferecendo opções objetivas, e a administração emprega outra modalidade não prevista, ou seja, extrapola os limites do mérito, então é passível de controle pelo Poder Judiciário.

Também é passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário o exercício de escolha concedida por lei ante aos conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos indeterminados são limitados pelo princípio da razoabilidade. Destarte, no caso de o agente público extrapolar o limite

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, *op. cit.* p. 117-119.

<sup>10</sup> *Ibid.* p.118.

do razoável, está também extrapolando os limites do mérito, e então o Poder Judiciário pode realizar o controle.

Sobre o princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida:<sup>11</sup> “(...) a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.

O mesmo autor<sup>12</sup> esclarece:

“Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”.

O controle por parte do Poder Judiciário nos casos de ilegalidade se dá através de anulação dos atos. Por exemplo, no caso de o servidor ser punido com suspensão por cem dias, em desconformidade com a legislação. O juiz não pode diminuir a penalidade, porque é exercício de juízo de mérito. O juiz apenas pode anular o ato específico.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:<sup>13</sup>

“(...) o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário garantir a legalidade dos atos provenientes do exercício de poder discricionário, no entanto, não pode alterar, substituir ou anular o mérito do entendimento sobre conveniência e oportunidade advindos do Poder Executivo sob pena de ferir a separação de poderes.

---

<sup>11</sup> MELLO, *op. cit.* p. 111.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 995.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224.

## 6. Conclusão

No que se refere aos aspectos do mérito, quando realizado obedecendo aos ditames legais e de modo lícito, não verifica a possibilidade de análise do Poder Judiciário sob pena de ser violada a cláusula pétrea da separação de poderes.

O juiz, neste sentido, não pode substituir o mérito (conveniência e oportunidade) do agente público pelo entendimento do que seria mais oportuno para ele. Portanto, o Judiciário não controla o mérito.

Entretanto, pode o Poder Judiciário controlar um ato discricionário no que se refere à legalidade. Neste sentido, pode controlar os limites do mérito que são traçados pela lei. É passível de controle pelo Poder Judiciário quando o administrador extrapola os limites do mérito dos conceitos determinados ou quando extrapola os limites do razoável nos conceitos indeterminados.

Neste sentido, se o agente público agiu lícitamente, não pode o Poder Judiciário revisar este ato ainda que seja provocado. Quando verificado um ato ilícito, no entanto, o julgador tem o condão de anulá-lo.

## 7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)> Acesso em 13 ago. 2015.

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

DA SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. Ed. São Paulo, Malheiros: 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

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

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.



## OS NOVOS EFEITOS DO CONTRATO DE TRABALHO A TERMO

**Luís Gustavo Lepre da Silva**

*Especialista em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário. Advogado.*

**Lourival José de Oliveira**

*Doutor em Direito das Relações Sociais. Docente do Programa de Pós-graduação da Universidade de Marília – UNIMAR. Docente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual de Londrina – UEL. Docente do Curso de Graduação em Direito da Faculdade Paranaense – FACCAR. Coordenador do Curso de Graduação da FACCAR. Advogado.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Do Contrato de Trabalho por Prazo Determinado. 3. Das Estabilidades Provisórias no Emprego. 4. A Estabilidade Provisória e o Contrato de Trabalho por Prazo Determinado. 5. Conclusão. 6. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** O presente trabalho utiliza-se do método dedutivo e conceituou o Contrato de Trabalho por prazo indeterminado como uma figura ordinária e o Contrato de Trabalho a termo como uma exceção à regra, tendo este, por ser hipótese extraordinária, que observar as circunstâncias autorizadas por lei para sua existência. Foram analisados os efeitos rescisórios do contrato do trabalho, em especial por prazo determinado, uma vez que, pressupõe-se que a sua existência e validade estejam condicionados a situações excepcionais de duração determinada. Diante de tais premissas foi possível avançar os estudos quanto ao processo de substituição da estabilidade decenal definitiva e da indenização por tempo de serviço pelo regime de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, originado e fundamentado na grande truculência empregada pelo modelo celetista tradicional na afirmação e elevação do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego. Verificou-se que regime permaneceu como situação opcional até o advento da Constituição Federal de 1988, oportunidade em que o regime de Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi universalizado investindo a figura da estabilidade decenal definitiva, fazendo surgir a figura da estabilidade provisória, que é mais adequadamente qualificada como garantia de emprego. Por fim, estudou a compatibilidade das estabilidades oriundas do estado gravídico puerperal, aí incluída a mãe adotante e do empregado acidentado, com o contrato de trabalho a termo, considerando as suas reais razões de existirem e o fim social que buscam atingir, estabelecendo que a concessão da garantia de emprego no contrato de trabalho a termo não tem o condão de alterar a sua natureza para contrato de trabalho indeterminado.

**PALAVRAS CHAVES:** Contrato a termo, estabilidades temporárias, finalidade social do contrato de trabalho.

**ABSTRACT:** This work is used the deductive method and conceptualized the employment contract for an indefinite period as an ordinary figure and the Employment Contract term as an exception to the rule, the latter having to be extraordinary circumstances, to observe the circumstances permitted by law for its existence. They analyzed the effects of severance of employment contract, especially for a specified period, since it is assumed that their existence and validity are conditioned to exceptional cases of limited duration. Given these assumptions it was possible to advance the studies on the process of replacing the final ten-year stability and compensation for length of service by the regime Service Time Guarantee Fund, originated and based on the great brutality employed by traditional CLT model in affirmation and raising the Employment Relationship Continuity principle. It was found that regime remained optional situation until the advent of the Constitution of 1988, during which the regime of Service Time Guarantee Fund was inveighing universalized the figure of the final ten-year stability, giving rise seems the provisional stability, which is more properly qualified as job security. Finally, he studied the compatibility of stability derived from the puerperal pregnancy status, including therein the adopter and the injured employee mother, with the employment contract term, given their real reasons existed and the social order seeking to achieve, stating that Award job security in the employment contract term does not have the power to change your nature for an indefinite employment contract.

**KEY WORDS:** Fixed-term, temporary stability, social purpose of employment.

## 1. Introdução

As normas que regem o ordenamento jurídico brasileiro detêm um instituto jurídico denominado estabilidade provisória ou garantias de emprego, o qual surgiu com o advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a estabilidade permanente dos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho foi substituída pelo regime obrigatório do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Ocorre que referidas estabilidades provisórias somente abarcavam os contratos de trabalho com prazo indeterminado. Após alterações havidas no final do ano de 2012 em entendimentos consubstanciados em Súmulas do Tribunal Superior do Trabalho a estabilidade provisória no emprego começou a alcançar os trabalhadores com contratos de trabalho com termo definido no caso do acidente de trabalho em prazo de experiência e da gravidez.

Sendo assim, e considerando-se a análise teleológica da lei e do instituto da estabilidade provisória seria plausível, necessária ou de direito a aplicação da estabilidade provisória também nos contratos com prazo determinado? Se positiva a resposta, quais efeitos que as garantias de emprego provocariam no contrato de trabalho a termo?

No presente artigo pretende-se avaliar e demonstrar as consequências severas que um acidente de trabalho provoca em um empregado que se encontra em experiência e que a demissão em período gestacional ou logo após causam à família, principalmente ao nascituro, quando tais empregados são demitidos devido à ausência da aplicabilidade de tal estabilidade, o presente trabalho ainda demonstrará quais os efeitos sociais que tais situações acarretam. O método empregado para o desenvolvimento das pesquisas que compõem o presente trabalho será o dedutivo. A escolha do tema se deu tendo em vista a ausência, até então, da análise teleológica do ordenamento jurídico, sobretudo do instituto da estabilidade provisória, considerando-se apenas a literalidade precária e deficitária da norma a qual fere os direitos e garantias fundamentais protegidos constitucionalmente.

Justifica-se a escolha do tema o grande número de acidentes de trabalho havidos em contrato de experiência, os quais geram sequelas resultando na dificuldade de realocação do acidentado no mercado de trabalho e na inserção do nascituro em condição vulnerável ou de risco quando a mãe ou o pai, ou o esteio de família perdem sua principal fonte de sustento, a qual também será do nascituro, sendo dever do Estado, mas também de toda a coletividade, ou seja, direito/dever difuso a proteção da criança, do adolescente e da família.

## 2. Do Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

### 2.1 Evolução Histórica e Conceito

Historicamente o conceito e instituto jurídico da *Relação Empregatícia* surgem apenas no período em que o mundo estava envolvido em um contexto de desenvolvimento industrial contemporâneo, sendo, portanto, um instituto recente, inexistente antes do século XIX.

Antes do século XIX não existiam *Relações de Emprego*, mas sim *Relações de Trabalho*, sendo ambas significativamente distintas entre si de modo que a primeira trata-se de fenômeno socioeconômico que passou a deixar o trabalhador/empregado ainda numa condição de subordinação, questão imutável numa economia capitalista, contudo livre, podendo optar, sendo este um direito legalmente resguardado, em manter-se ou não nesta relação. Em suma a Relação de Emprego encontra-se tutelada e regida por um ordenamento jurídico especializado ou geral que protege direitos fundamentais do trabalhador/empregado mesmo estando este subordinado ao seu empregador.

A *Relação de Trabalho* por sua vez nem sempre está, necessariamente, vinculada a um regramento e à garantia de liberdade do trabalhador, é o caso, por exemplo, do *trabalho escravo*, atualmente se fala do trabalho em condições análogas à escravidão, dada a sua erradicação por força de

acordos internacionais e o *trabalho servil* que coloca o trabalhador em condição de subserviência absoluta ao tomador do trabalho, ressalta-se que quando se trata de trabalho escravo o trabalhador é considerado, social e economicamente, propriedade do seu amo e senhor, objeto de uma relação e não sujeito de direitos e impossibilitado de contrair obrigações, não podendo, conseqüentemente, prestar seu consentimento contratual.

Em apertada síntese, isto porque o objetivo do presente artigo não é a diferenciação ou evolução histórica das relações de trabalho e emprego, numa relação de trabalho não há necessariamente a figura da tutela jurídica e a condição de sujeito de direitos do trabalhador, mas sim de objeto sem qualquer liberdade ou em condição de total subserviência e obediência, enquanto que na relação de emprego o empregado é livre para manter-se ou não na relação sendo-lhe garantida a proteção constitucional e legal de direitos que possam lhe inserir numa posição digna na sociedade de forma geral.

O Contrato de Trabalho, como já retro mencionado, é uma figura jurídica que surge conjuntamente com a evolução do Direito do Trabalho em um processo evolutivo com início no ano de 1802 e atingindo autonomia em 1919, contudo suas modalidades, extensões, desdobramentos e conceitos avançam tendo em vista que está vinculado à evolução socioeconômica, aliás este é uma característica comum em todos os ramos do Direito, uma vez que este último poderia ser conceituado como sendo um conjunto de normas e regras jurídicas que tutelam as relações entre pessoas, coercitivamente, de um determinado local e por um determinado lapso temporal. Quer se dizer então que o Direito deve sempre acompanhar a evolução da sociedade, para que não se torne retrógrado ou obsoleto.

Semelhantemente ocorre com o Contrato de Trabalho, que foi se moldando e obedecendo aos anseios e contextos sociais conforme a evolução socioeconômica e principalmente o modelo capitalista e a revolução dos meios de produção.

Dito isto, passa-se à análise específica do conceito de Contrato de Trabalho.

Na gnose de MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>1</sup> tem-se que:

“Identificamos seus elementos componentes e o laço que os mantêm integrados, define-se o contrato de trabalho como o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços.”

---

<sup>1</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 504.

O contrato de trabalho por ter natureza jurídica contratual, não se utilizando apenas o termo contrato, mas sua essência propriamente dita mantém as características atinentes aos contratos em geral, como por exemplo, a comutatividade, o contrato de trabalho também é consensual e sinalagmático, o que por si só já desmistifica a ausência de fundamento legal para o acúmulo de função por exemplo, tendo em vista tratar-se de uma característica inerente aos contratos em geral, estando aí incluso o contrato de trabalho.

O contrato de trabalho tem a característica de contrato de trato sucessivo ou prolongado pelo tempo, sendo inclusive um dos requisitos para a caracterização da relação de emprego a não eventualidade, é uma relação de “*débito permanente*” na visão de GIERKE<sup>2</sup>.

Conclui-se, portanto, que o contrato de trabalho de trato sucessivo e sem termo final fixado é a regra.

Entretanto em que pese ser um Princípio *a Continuidade do Contrato de Trabalho* e presumido o entendimento de que o contrato não tem prazo definido, existem modalidades contratuais trabalhistas que são compostas por *elementos acidentais do contrato*, a condição ou termo, fazendo-se exceção à regra.

O Contrato de Trabalho com prazo determinado, também chamado de Contrato de Trabalho a termo é o negócio jurídico expresso ou tácito mediante o qual uma pessoa natural obriga-se perante pessoa natural, jurídica ou ente despersonalizado a uma prestação pessoal, não eventual, subordinada e onerosa de serviços celebrados com elemento acidental do termo, ou ainda em uma linguagem sem rigorismo técnico, com prazo de término convencionado no momento da contratação.

## 2.2 Hipóteses Cabíveis

Como já visto o contrato de trabalho por prazo determinado é aquele em que no momento da sua contratação, mesmo sendo um contrato de trato sucessivo, sabe-se o dia de seu encerramento. Referida modalidade contratual na seara justralhista trata-se de uma exceção à regra de que todo contrato de trabalho deve ser pactuado com prazo indeterminado, e devido a isto, as hipóteses cabíveis para sua existência são determinadas em lei devendo ser estritamente observadas.

Considerando-se sua natureza excepcional é deveras pertinente certo aprofundamento quanto à temática do contrato de trabalho a termo se considerado o fato que adiante serão inseridas neste trabalho certas variáveis ou divergências que circundam acerca dos efeitos que

---

<sup>2</sup> GIERKE, Otto von. **La función social del derecho privado: La naturaleza de las asociaciones humanas**. Tradução José M. Navarro de Palencia. Madrid: Sociedad Editorial Española, 1904.

circunstâncias como o acidente de trabalho ou a gravidez geram nesta modalidade contratual de exceção, ainda que após o termo final de sua existência.

O artigo 443 da CLT determina que podem se considerar contrato por prazo determinado *aqueles cuja vigência dependa de termo prefixado; da execução de serviços especificados ou da realização de certo acontecimento suscetível de previsão aproximada*. Já no artigo 445 e 451 da CLT vê-se que o contrato de trabalho por prazo determinado pode durar no máximo 2 (dois) anos aceitando apenas uma única prorrogação de igual lapso temporal, contudo nem todos os previstos na CLT permitem prazo tão extenso.

Nestes dispositivos incide o *Princípio da Continuidade do Contrato de Trabalho*, sendo que quando se encerra o prazo determinado e o contrato continuar vigente transforma-se, automaticamente, em um contrato por prazo indeterminado.

As modalidades de contratos por prazo determinado descritas na CLT são apenas três: serviços cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo do contrato; atividades empresariais de caráter transitório e contrato de experiência.

A primeira modalidade encontra-se descrita no artigo 443, §2º, “a” da CLT e tratam-se daqueles serviços cuja natureza ou transitoriedade justifiquem a predeterminação, sendo que para a empresa não podem ser paralisados. A segunda modalidade celetista encontra-se prevista no artigo 443, § 2º, “b” e trata dos trabalhos inseridos em atividades empresariais de caráter transitório, sendo menos comuns no cotidiano da empresa do que aqueles previstos na primeira modalidade. A terceira modalidade celetista é a que se encontra prevista no artigo 443, § 2º, “c” e versa a respeito da contratação de funcionário mediante um contrato de experiência, também chamado de contrato de prova.

### 3 Das Estabilidades Provisórias no Emprego

#### 3.1 Conceito, noção histórica e o processo de substituição da Estabilidade Decenal Definitiva pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço

Pois bem, vencidas as análises quanto à evolução histórica do direito do trabalho, mas não apenas o direito do trabalho em si, como também o próprio trabalho humano em seus mais variados regimes e também ultrapassada a conceituação de contrato de trabalho, suas espécies e as explanações no sentido de que o contrato de trabalho a termo é figura extraordinária, com natureza distinta torna-se possível para o presente artigo avançar e convergir os estudos para as matérias que se

relacionam aos objetivos específicos do trabalho. Contudo, assim como realizado no início do desenvolvimento é necessário tecer breves explicações acerca da estabilidade propriamente dita, sua origem, evolução histórica e também a sua relação com o regime do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

É fato que no histórico do Direito do Trabalho Brasileiro sempre se buscou criar mecanismos que, de uma forma ou de outra, afirmassem e também fortalecessem os princípios gerais do próprio Direito do Trabalho, dentre eles o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, conforme muito bem esclarece MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>3</sup>:

“O Direito do Trabalho brasileiro, no que toca aos princípios da continuidade da relação de emprego e da inserção do trabalhador na empresa, desde sua origem, mesmo na fase denominada de *manifestações incipientes e esparsas*, buscou criar mecanismos de afirmação de tais princípios, valorizando a permanência do vínculo empregatício e a mais profunda inserção do obreiro na vida e dinâmica empresariais.”

E diante disso como um dos primeiros mecanismos de afirmação principiológica se pode citar, na década de 1920, uma estabilidade inserida na Lei Previdenciária nº. 4.682 de 24 de Janeiro de 1923. Referida lei estabeleceu uma “*estabilidade, depois de 10 anos de serviço, aos empregados daquela categoria profissional*”<sup>4</sup>, neste caso trata-se da categoria dos Ferroviários. Foi apenas em 1930, período conhecido como institucionalização do Direito do Trabalho, que a estabilidade passou a ser considerada como um instituto naturalmente trabalhista. O instituto, com o tempo, tornou-se geral no trabalho urbano a ponto de figurar na Constituição Federal de 1937, e, conseqüentemente, inseriu-se no bojo da Consolidação das Leis do Trabalho, que é uma legislação de 1943, no seu artigo 492, e, por fim, na Constituição Federal de 1946 o instituto foi disponibilizado também aos trabalhadores rurais.

É necessário esclarecer também que após os 10 anos de serviço na empresa o empregado passava a gozar da estabilidade decenal, artigo 492 da CLT e, a partir desde momento sua dispensa apenas seria possível através de um Inquérito Judicial para Apuração de Falta Grave, o qual encontra-se previsto no artigo 853 da CLT e era o único mecanismo que o Empregador detinha para, por sua vontade, por fim a um contrato de trabalho, contudo mesmo assim estava impedido de fazê-lo caso o empregado estável decenalmente não incidisse em nenhuma conduta que ensejasse uma falta grave.

<sup>3</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 1275.

<sup>4</sup> MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987, p. 258.

Sendo assim é impossível não concluir que a estabilidade decenal definitiva, em conjunto com a indenização por tempo de serviço tratava-se claramente de instituto que buscava impedir a rescisão contratual desmotivada em claríssima elevação e afirmação do princípio da continuidade da relação de emprego, conforme bem salientado por MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>5</sup>

“Adquirida a estabilidade, entretanto, surgia obstáculo jurídico intransponível, contra o qual não poderia prevalecer o simples ato desmotivado do empregador visando a ruptura do pacto empregatício (arts. 492 a 500 da CLT). Não havia, desse modo, na época possibilidade jurídica para a denúncia vazia do contrato, a contar do décimo ano de labor na empresa (ou até menos, nono ano, conforme a jurisprudência dominante: Enunciado 26, TST).

Conforme já exposto, o sistema celetista tradicional traduzia enfático elogio aos princípios da continuidade da relação de emprego e da integração do trabalhador na vida e na dinâmica da empresa, uma vez que implementava forte contingenciamento ao exercício potestativo da vontade empresarial nas rupturas de contratos trabalhistas. Observe-se que a Constituição de 1946 acolhia inteiramente esse sistema e o elogio que representava, ao fixar como direito dos trabalhadores “estabilidade na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e condições que a lei estatuir”(art. 157, XII. CF/46).”

A citação acima deixa claro que era esta efetivamente a vontade do Estado, isto porque o instituto foi constitucionalizado inclusive, o que mostrou ainda mais a sua força e efetividade, uma vez que passou a ser direito também dos trabalhadores rurais. Contudo o modelo tradicional trabalhista relativo à estabilidade decenal, com o tempo, passou a ser fortemente criticado dado a sua manifesta rigidez no cerceamento do direito potestativo do empregador. Aliado a isto havia um fato que não poderia mais ser deixado de lado ou esquecido pela legislação trabalhista pátria uma realidade claríssima e crescente nas relações de trabalho, qual seja a sua dinamização e mercantilização.

É importante deixar claro que dinamizar uma relação de trabalho não é sinônimo de facilidade de dispensa imotivada do empregado, contudo, um dos pontos chaves quando se trata de investimento é a necessidade de busca e eleição de mão de obra qualificada e adequada para a atividade econômica que se pretende desenvolver, e no caso de escolha equivocada a possibilidade de dela desfazer-se, pagando por isso os valores que a Lei determina em caso de dispensa imotivada. Ressalta-se também que a estabilidade decenal definitiva passou a ser sinônimo de queda de produtividade, isto porque o empregado, conhecedor de sua condição tornava-se mais desidioso.

---

<sup>5</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 1277.

LUIZ WERNECK VIANNA<sup>6</sup> em sua obra *Liberalismo e Sindicato no Brasil* cita o resultado de uma pesquisa feita pela Universidade de Harvard que registra as altas críticas ao sistema estabilitário e ao Estado, é importante esclarecer neste ponto que a pesquisa é do início da década de 60 se considerado o fato que a opção quanto ao regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço foi instituída em 1966:

“Uma pesquisa dirigida pela Universidade de Harvard, no início dos anos 60, com o propósito de conhecer as opiniões dos empresários brasileiros face ao Estado, verificou que a maioria dos entrevistados se mostrava insatisfeita com esse instituto. Perguntados sobre se existia em suas empresas diretriz de pessoal destinada a limitar o número de casos de empregados estáveis – prática proibida por lei – 49% respondeu negativamente, enquanto 46% de modo afirmativo. Alegando que a estabilidade conspirava contra a produtividade, 64% dos empresários pronunciaram-se contra sua incidência na vida das empresas.”

A truculência com que o sistema justralhista buscava afirmar o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego transformou-se em claríssimo desestímulo ao investimento carecedor de mão de obra pelo empresariado de modo que a necessidade de mudança e adaptação da legislação a essa nova realidade era gritante, além disto, o resultado da pesquisa citada acima deixa clara a ideia de que a Lei não era mais eficaz uma vez que descumprida por quase metade do empresariado brasileiro, mesmo sendo a prática específica também vedada, e a Lei quando não resulta em eficácia e respeito por parte do setor privado é inócua. Sendo assim, diante da queda de produtividade e impossibilidade de dispensa por motivos econômicos e financeiros mais cedo ou mais tarde o empresariado brasileiro estaria fadado ao insucesso.

A mudança e adaptação citadas acima ocorreram em 1966, considerando-se o momento propiciado pelo movimento neoliberal trabalhista-político do regime de 1964, autoritário, contudo economicamente mais liberal nesta questão citada acima especificamente, a questão toda é muito bem resumida por MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>7</sup>:

“Tais críticas encontraram cenário político ideal para vicejarem no regime autoritário instaurado no país em 1964. Exponenciadas pelo discurso oficial do novo regime, harmônico a uma política de franco cunho neoliberal, e pelo silêncio cirurgicamente imposto às vozes e forças adversas, essas críticas encontraram fórmula jurídica alternativa ao sistema celetista combatido – o mecanismo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço.”

<sup>6</sup> VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. Ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999. P. 343-344.

<sup>7</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Maurício Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 1277 e 1278.

Surge então como uma solução a tais críticas e truculências do modelo trabalhista tradicional referente à estabilidade decenal definitiva em resposta, considerando-se o momento econômico, através da Lei 5.107 de 13 de Setembro de 1966, o FGTS, que hoje é regido pela já citada Lei 8.036/90 e seu decreto também descrito acima. Anteriormente o regime de FGTS era uma opção do empregado, era de fato uma alternativa ao trabalhador e também ao seu empregador, contudo, após a Constituição Federal de 1988 o regime foi universalizado deixando de ser uma opção.

Os incisos I e III do artigo 7º da CF e o artigo 10 caput e inciso I do ADCT deixam clara a vontade do Legislador Constituinte em investivar o sistema tradicional celetista da estabilidade decenal definitiva em favor do regime de FGTS.

### 3.2 Da Estabilidade Provisória no Emprego.

Diante do exposto no item acima é fácil concluir que a regra que impera nas relações de trabalho celetista é a da instabilidade e, não mais, da estabilidade, de modo que esta última é condição excepcional à sistemática justralhista pós CF/88. Surgem então, como figuras extraordinárias, as *garantias de emprego* ou as *estabilidades provisórias*, que, embora próximas são bastante diferentes da estabilidade prevista no artigo 492 da CLT, como o próprio nome já esclarece, tratam-se de garantias transitórias concedidas aos empregados por condições ou circunstâncias que lhe sobrevieram no transcorrer do pacto laboral. E por serem figuras extraordinárias devem, assim como o contrato a termo, se dar em estrita observância à lei, contudo, passa-se ao conceito de estabilidade, para após tratar de suas espécies. MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>8</sup> assim conceitua as estabilidades provisórias:

“Garantia de emprego, por sua vez, conforme já definido, é a vantagem jurídica de caráter transitório deferida ao empregado em virtude de uma circunstância contratual ou pessoal obreira de caráter especial, de modo a assegurar a manutenção do vínculo empregatício por um lapso temporal definido, independentemente da vontade do empregador. Tais garantias têm sido chamadas, também, de estabilidades temporárias ou estabilidades provisórias (expressões algo contraditórias, mas que vêm se consagrando).”

---

<sup>8</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 1291.

Já ALICE MONTEIRO DE BARROS<sup>9</sup> conceitua desta forma:

“Os trabalhadores brasileiros desfrutam da chamada, impropriamente, “estabilidade provisória” ou “estabilidade especial”, a qual garante o emprego, dentro de limites temporais, em virtude de interesse da categoria ou circunstâncias especiais. Muitas dessas “estabilidades provisórias” foram criação da jurisprudência e estão hoje inseridas em leis. A rigor, as hipóteses são de garantia provisória de emprego, pois, se é provisória, não poderá ser estabilidade, embora a expressão seja muito utilizada pela doutrina e pela jurisprudência.”

É importante esclarecer por fim que o cenário não propicia insegurança jurídica ou ausência de solidez ao contrato de trabalho, isto porque os depósitos mensais do FGTS buscam dar suporte financeiro ao empregado demitido e a multa rescisória de 40%. Diante disto está claro que normas de natureza trabalhista e também a CF/88 afirmam o *Princípio da Continuidade da Relação de Emprego*, contudo de maneira distinta e menos truculenta que a praticada pelo antigo modelo tradicional celetista que caiu em desuso dada a sua lesividade ao empresariado e ao investimento.

#### 4 A Estabilidade Provisória e o Contrato de Trabalho por Prazo Determinado

##### 4.1 Da compatibilidade do instituto da estabilidade ou garantia originada de acidente de trabalho, gravidez e Adoção com as modalidades contratuais a termo

Neste capítulo será tratado exclusivamente o primeiro objetivo específico do trabalho. Salienta-se que apenas se faz possível o ingresso à temática que doravante se abordará considerando-se as premissas já estabelecidas nos capítulos anteriores no que se refere à evolução histórica das Relações e do Direito do Trabalho, porque, como já exposto acima, apenas quando se entende o processo que fez com que a sociedade, em todas as suas facetas, chegasse onde está é que se compreende melhormente o contexto e a realidade atual. Ainda nesta toada também se fez pertinente a discussão acerca do conceito de contrato de trabalho, seja a termo ou indeterminado, considerando-se que neste capítulo será exposta a compatibilidade entre o contrato a termo, figura extraordinária, porque um dos fundamentos que será vergastando na exposição que será feita relaciona-se especificamente quanto à natureza do contrato de trabalho a termo, inclusive a questão será objeto de análise no próximo tópico. Por fim salienta-se que todas as explicações acerca do processo de substituição da estabilidade decenal definitiva pelo regime de FGTS e o conseqüente nascimento da

---

<sup>9</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de Direito do Trabalho* / Alice Monteiro de Barros. – 9. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 774.

figura da garantia de emprego como sendo extraordinária se fizeram necessárias porque tais explanações estarão sendo utilizadas como premissas para a defesa do objetivo do presente trabalho.

Vencida a justificativa acerca da necessidade e pertinência dos assuntos expostos até o momento, cujo conhecimento mostra-se como condição *sinequa non* para o correto entendimento do que será proposto, passa-se, efetivamente a tratar dos objetivos do artigo.

Parcela significativa da jurisprudência e da doutrina, aí considerado o posicionamento majoritário do TST consubstanciados nas antigas redações das Súmulas 244 e 378, especificamente em seus itens III e exemplo de SERGIO PINTO MARTINS<sup>10</sup>, respectivamente, não admitiam a compatibilidade entre as garantias provisórias de emprego e os contratos de trabalho com prazo determinado, se não veja-se:

“O contrato a termo, incluindo o contrato de trabalho temporário (Lei nº 6.019/74), traz em seu bojo o pleno conhecimento de ambas as partes contratantes do final da existência da relação jurídica que as vincula. Não há como reconhecer direito à garantia de emprego (grávida, dirigente sindical, cipeiro, acidentado) no seu curso, vez que esta é assegurada nos casos de contratação por prazo indeterminado, não se aplicando de forma extensiva aos contratos por prazo determinado.”

Há ainda decisões judiciais bastante significativas neste sentido:

TRT-PR-10-02-2012 CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. ESTABILIDADE PROVISÓRIA À GESTANTE. INEXISTÊNCIA. O inciso II do art. 10 do ADCT faz referência expressa à hipótese de dispensa arbitrária ou sem justa causa, sendo incabível considerar que a proteção delineada na alínea "b" de referido inciso abranja os casos de término de contrato por prazo determinado, como é o contrato de experiência, em que as partes previamente conhecem o termo final. Aplicação da Súmula nº 244, item III, do C. TST. Recurso ordinário a que se nega provimento. (grifei)<sup>11</sup>

TRT-PR-16-10-2012 CONTRATO DE EXPERIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ESTABILIDADE PROVISÓRIA. Em se tratando de contrato por prazo determinado válido, o entendimento majoritário desta E. Turma é no sentido de que não há configuração de estabilidade provisória. A ocorrência de acidente de trabalho no curso do contrato de experiência não tem a capacidade de prorrogá-lo por prazo superior ao previamente acordado. Isso porque o contrato de experiência tem por finalidade permitir ao empregador verificar a aptidão do empregado para o desenvolvimento das tarefas.

<sup>10</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho* / Sergio Pinto Martins. – 29. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013, pág. 472 - 473.

<sup>11</sup>TRT-PR-02551-2011-019-09-00-4-ACO-05689-2012 - 7A. Turma. Relator: Janete Do Amarante. Publicado no DEJT em 10-02-2012

Estender o término do contrato em virtude de tal garantia acabaria por desvirtuá-lo, tendo em vista a impossibilidade do empregador encerrar o vínculo caso não esteja satisfeito com o desempenho. Por se tratar de contrato com termo pré fixado (contrato de experiência), deve ser aplicado ao caso o art. 472, § 2º da CLT para concluir que nesses tipos de contrato, salvo pactuação em contrário pelas partes, o prazo flui normalmente durante o tempo em que o obreiro fica afastado com recebimento de benefício previdenciário. Recurso ordinário do reclamante ao qual se nega provimento. (grifei)<sup>12</sup>

Dos estudos extrai-se principalmente as seguintes conclusões. As partes conhecem o prazo final do contrato antecipadamente de modo que não há a dispensa imotivada ou arbitrária, apenas a extinção do contrato devido à expiração de seu termo, isto porque a estabilidade ou garantia do emprego visa resguardar o empregado da dispensa imotivada ou arbitrária, conforme os termos do inciso II do artigo 10 do ADCT. Em segundo, por inteligência dos artigos 451 e 472, § 2º, ambos da CLT, a possibilidade de prorrogação de um contrato deve fazer parte do ajuste inicial deste contrato e a estabilidade/garantia traduzir-se-ia em prorrogação contratual não avençada inicialmente, o que desvirtuaria a sua natureza, considerando-se que o artigo 472, § 2º prevê que quando o contrato é a termo o tempo de afastamento apenas teria o condão de prorrogá-lo se houver tal disposição expressa no contrato, caso contrário, não será computado no prazo.

Pois bem, vencida a análise acima, expõe-se o primeiro objetivo deste trabalho, qual seja demonstrar a compatibilidade entre o contrato de trabalho a termo e a estabilidade provisória/garantia de emprego.

Em primeiro lugar o presente trabalho demonstrará apenas a compatibilidade em caso das estabilidades/garantias provisórias oriundas de acidente de trabalho ou ao estado gravídico/puerperal, independentemente da modalidade contratual precária. Isto porque, quanto às demais modalidades há que se reconhecer a completa incompatibilidade entre os institutos, questão que não será sequer discutida no trabalho por não fazer parte de seu objetivo, contudo, reconhecida ante à necessidade de apresentação de um trabalho e raciocínio lógico e jurídico coeso.

Para que se possa concluir pela compatibilidade entre a estabilidade oriunda do acidente de trabalho e um contrato a termo, necessário se faz o entendimento claro quanto à real razão de ser de referida estabilidade.

A estabilidade/garantia ao emprego do empregado acidentado tem por objetivo reinserir o trabalhador acidentado no mercado de trabalho, visando assim a sua readaptação e também mantê-lo na condição de uma pessoa que produz e, com isso, contribui para a sociedade.

---

<sup>12</sup>TRT-PR-05136-2010-195-09-00-2-ACO-47711-2012 - 3A. Turma. Relator: Archimedes Castro Campos Júnior. Publicado no DEJT em 16-10-2012.

SÉRGIO PINTO MARTINS<sup>13</sup>, em que pese defender posicionamento contrário, admite o real fundamento da estabilidade, ou aquilo que ela procura garantir:

“O dispositivo em comentário dificulta a possibilidade da dispensa do operário, pois raramente o trabalhador acidentado encontraria outro emprego nessas condições. O que vai ocorrer na prática é a dispensa do obreiro, preferindo a empresa pagar a indenização do período de estabilidade a reintegrar o acidentado, ficando prejudicado o intuito do legislador, que era o de garantir efetivamente o emprego ao trabalhador acidentado. Preferível teria sido a reintegração do trabalhador no emprego, como ocorre em certas normas coletivas.” (grifei)

NEI FREDERICO CANO MARTINS<sup>14</sup> também salienta que o legislador acertou ao criar a estabilidade/garantia ao acidentado por que ela resguardará tais empregados da dispensa considerando-se a dificuldade que o empregado possui de reinsserir-se no mercado de trabalho, principalmente quando há sequelas:

“Agiu com acerto o legislador, pois a realidade demonstra a frequência de despedidas de trabalhadores egressos de afastamentos motivados por acidentes e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa sequelas. A garantia visa a remediar esse mal, proporcionando ao trabalhador segurança em uma fase em que poderá apresentar certa fragilidade, com redução do ritmo normal de trabalho.” (grifei).

Fato é que a garantia de emprego do trabalhador acidentado visa, dentre outras coisas, manter o trabalhador acidentado no mercado de trabalho em momento que se recupera de infortúnios, que podem ou não deixar sequelas.

Com relação à estabilidade ou garantia de emprego concedida à empregada que encontra-se em estado gravídico-puerperal tem-se de forma clara que, muito mais do que resguardar a mãe gestante ou recente, proteger na verdade a criança que está para nascer. Contudo não se pode olvidar que também é objetivo da estabilidade resguardar a própria gestante que passou por momento difícil, que é o da gravidez, prova disso é o caso em que, mesmo havendo a morte do seu filho, a empregada continua com o direito à estabilidade, na forma do artigo 7º, inciso XVIII, isto porque a garantia se estende à gestante em primeiro lugar e, via de consequência à mãe.

<sup>13</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho* / Sergio Pinto Martins. – 29. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013, pág. 472.

<sup>14</sup> CANO MARTINS, Nei Frederico. *A estabilidade provisória do trabalhador acidentado da Nova Lei Previdenciária* – Revista LTr 56-10/1.190.

Neste sentido advoga SÉRGIO PINTO MARTINS<sup>15</sup> quanto ao fato que a estabilidade/garantia visa resguardar também a criança:

“Se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto. A Constituição não faz distinção. Tanto a empregada necessita de proteção, visando à recuperação do seu corpo, como seu filho.”

“O objetivo da lei é proteger não só a empregada, mas também a criança, para que a primeira possa gozar da licença maternidade para amamentar o seu filho.” (grifei).

Sendo assim e esclarecida a questão quanto ao fundamento e objetivos das estabilidades/garantias originadas do acidente de trabalho e do estado gravídico-puerperal é possível concluir que são compatíveis com o contrato de trabalho a termo. Isto porque os direitos e questões que as garantias visam resguardar são anteriores à modalidade contratual e se mostram compatíveis com o tipo contratual, uma vez que não existe legislação que proíba ou declare a incompatibilidade dos institutos. O fato de o contrato ser a termo em absolutamente nada interfere ou obstaculiza o direito à estabilidade/garantia nestes casos, contudo, passa-se a expor separadamente conforme a modalidade de garantia os argumentos.

Quanto ao acidente de trabalho especificamente, em primeiro lugar, é certo que, para que o empregado tenha direito à garantia, incida nos pressupostos previstos no artigo 118 da Lei 8.213/91, diante disto, não é pressuposto previsto no dispositivo a natureza de contrato com prazo indeterminado, sendo assim pela interpretação liberal da norma não se pode concluir pela incompatibilidade, porque o legislador não exclui, não podendo o interprete promover a exclusão. Há ainda um famoso brocardo latino que descreve: *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus* – onde a Lei não distingue, não deve o intérprete distinguir. Veja-se então a redação do artigo 118 da Lei 8.213/91:

Art. 118. O segurado que sofreu acidente do trabalho tem garantida, pelo prazo mínimo de doze meses, a manutenção do seu contrato de trabalho na empresa, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independentemente de percepção de auxílio-acidente.

Não se fazem necessários maiores esforços mentais para se concluir que a lei deixa claro que têm direito a manutenção do contrato de trabalho na empresa e segue imediatamente com a inserção de vírgula no texto, inserindo os pressupostos, contudo não delimita ou tipifica a modalidade

---

<sup>15</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho* / Sérgio Pinto Martins. – 29. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013, pág. 467 e 469.

contratual, diante disto está claro que o contrato a termo está abarcado na estabilidade do acidentado. Conclui-se que o artigo 118 da lei 8.213/91 não admite uma interpretação restritiva, isto porque não restringe em momento algum e, se considerado o fato que a legislação não impede de maneira expressa ou implícita a concessão da estabilidade ao contrato a termo.

Como segundo fundamento, falando especificamente em relação ao caso do acidente de trabalho e da doença ocupacional, é necessário concluir que o empregador possui responsabilidades quanto ao infortúnio causado ao empregado e ainda às consequências que este causou, na forma dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Isto porque o empregador tem o dever de zelar por um ambiente de trabalho sadio, seguro, higiênico e que não atente contra a saúde do empregado na forma dos artigos 157 e seguintes da CLT e em caso de descumprimento será detentor da Responsabilidade Civil prevista no diploma civilista. Uma vez que o empregador descumpra as normas e que, devido a isto, há um acidente de trabalho ou o ambiente provoque uma doença ocupacional, passa a assumir o risco de seus atos ou omissões e também do seu negócio.

É ainda mais simples entender pela compatibilidade da estabilidade acidentária se observado o fato que os empregados com prazo determinado, aí incluídos os contratos de experiência, não recebem treinamento adequado ou eficaz para o seguro e correto desempenho de suas funções, o que os torna ainda mais propícios para serem vítimas de acidentes ou doenças típicas trabalhistas. Ressalte-se que fornecer treinamento eficaz também é obrigação do empregador.

Quando ao fundamento de que o contrato seria prorrogado, conclui-se que é falacioso isto porque o artigo 472, §2º da CLT deve ser interpretado de forma sistêmica, uma vez que não está isolado na lei consolidada. Diante desta análise conclui-se que, sistemicamente em conjunto com os artigos 476 da CLT e também 63 da Lei 8.213/91, quando o empregado está em período de afastamento pelo trabalho encontra-se em licença não remunerada pela empresa, o que não quer dizer prorrogação, posto que a licença não pode ser contabilizada ao período de contrato. Ainda nesta toada é completamente absurda e cruel a tese de que, mesmo sendo o empregador o responsável pelo infortúnio, devido ao contrato não ser prorrogável, o empregado não tem direito à estabilidade e voltará à fila de espera para um emprego possuindo seqüelas e incapacidade de trabalho, ou no caso destas inexístirem, é claro que o empregado restará prejudicado, isto porque constará de seus registros o período de afastamento devido a doença e acidente o que maculará o histórico do trabalhador e servirá de empecilho para uma nova contratação, e isto tudo não coaduna com os Princípios que informam o Direito do Trabalho, dentre eles o princípio da Proteção.

Já no tocante à estabilidade oriunda do estado gravídico-puerperal é fato que o dever de zelar pelo bom andamento de uma gestação, nascimento e início da vida de um novo cidadão é difuso, não compete apenas ao Estado, aos pais, familiares, mas a toda sociedade. Também é fato que incumbe primeiramente aos pais, depois ao Estado, familiares para apenas recair o direito à sociedade,

inclusive àquele que emprega os pais da criança, contudo, ninguém possui o direito de isentar-se desta responsabilidade. É importante esclarecer que neste sentido já há legislação que admite a estabilidade num contrato a termo, por meio da Lei 12.812 de 16 de Maio de 2013, incluído o artigo 391-A determinando que a estabilidade alcança até mesmo as empregadas que ficarem grávidas durante o período de aviso prévio, onde o contrato passa a ter um termo certo.

Rebate-se ainda o argumento de que a estabilidade é incompatível porque prorrogaria assim o contrato de trabalho e que a prorrogação deve fazer parte expressa do contrato, pelos mesmos argumentos acima.

Pois bem, a questão quanto ao período de afastamento, seja em caso de auxílio doença e licença maternidade já foi sanada isto porque os artigos 476 da CLT e 63 da Lei 8.213/91 tratam de licença não remunerada, sendo e o artigo 472, § 2º trata de afastamento, de modo que, não se pode concluir que a CLT tratou o afastamento e a licença não remunerada como sinônimos, isto porque, caso assim o fosse teriam o mesmo nome.

É necessário, portanto, observar a questão sob ótica diversa da até o momento vista, explica-se, quando um empregado possui garantia de emprego é certo que o contrato pode ser extinto apenas em três hipóteses, a justa causa encartada no rol exemplificativo do artigo 482 da CLT, quando o empregado requer a rescisão do contrato por sua iniciativa, oportunidade em que renuncia à garantia de emprego ofertada, com o falecimento do empregado. Sendo assim é possível concluir que a garantia de emprego abarca o contrato a termo uma vez que, quando este se encontra sob o seu véu protetor, existem apenas três possibilidades de extinção, caso não haja a ocorrência de nenhuma destas hipóteses não é permitido ao Empregador encerrar o pacto contratual, mesmo que haja termo estabelecido na avença inicial.

Já no período da estabilidade propriamente dito, após o retorno dos benefícios previdenciários, fundamenta-se o posicionamento objetivo do trabalho com o fato de que os direitos que as garantias visam resguardar são superiores à manifestação de vontade das partes, porque de interesse social, e o contrato de trabalho deve respeitar esse interesse social. Além disto, como se verá adiante, o posicionamento aqui defendido considera que a garantia não teria o condão de modificar a natureza do contrato para que passe a ser indeterminado, contudo a questão será explanada em outro momento.

Por fim como um último argumento de cunho mais teórico é importante dizer que a sociedade no início tinha anseios para que a estabilidade decenal definitiva deixasse de existir e o Estado, atendendo tais anseios e numa política neoliberal econômica universalizou o sistema de FGTS teve seus anseios atendidos. Conceder ao particular o direito de possuir propriedade privada também é uma política social, contudo o Brasil, estado social democrático por essência, inseriu no bojo

constitucional a conhecida função social da propriedade privada. Referida função social é o mecanismo de controle pelo qual o Estado busca, dentre outras coisas, conter abusos do setor privado e distribuir os ônus de políticas sociais, e não socialistas, que visam auxiliar classes de menor sorte, como é o caso da classe proletária.

Ainda neste sentido cita-se que a questão não é apenas tratada quanto à função social da propriedade, mas também da norma jurídica, conforme o artigo 5<sup>a</sup> da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nº 4.657 de 04 de Setembro de 1942, se considerados os artigos 186 e 927 do Código Civil, Lei 10.406 de 10 de Janeiro de 2002, veja-se:

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

O aplicador da lei deve então buscar compreender o fim social que ela buscou atingir. Sendo assim quanto à garantia de emprego em caso de acidente a norma jurídica buscou atingir o fim social de manter o empregado no mercado de trabalho após o infortúnio, deixe seqüelas ou não, e responsabilizar o causador do dano, no caso o empregador. Quanto à garantia de emprego em caso de estado gravídico- puerperal a norma jurídica buscou atingir o fim social de garantir um bom começo de vida à criança e também à mãe de tal criança. Diante disto fica claro que o fim social que as normas jurídicas que criam as estabilidade em caso de acidente de trabalho e também a oriunda da gravidez devem ser alcançados, independentemente da modalidade contratual, e que isto as torna perfeitamente compatíveis ao tipo do contrato.

Por fim é necessário concluir que, avançando ainda mais quanto ao fim social de uma norma, a estabilidade em caso da gravidez, qual seja, dar um bom começo de vida à criança, é compatível também aos casos da mãe adotante.

Isto devido a quatro fatores bem claros, o primeiro seria o fato de que quanto às questões previdenciárias a mãe adotante já tem o direito à licença maternidade, e isto auxilia a questão se considerado que a estabilidade teve sua origem como um instituto de natureza previdenciária. O segundo seria o próprio direito que a estabilidade visa resguardar, qual seja, um bom início de vida, no caso da adoção o bom início de uma nova vida, porque mudar de família, ou passar a se sentir parte de uma outra família é, sem sombra de dúvidas uma nova vida. O terceiro seria a necessidade de respeitar o Princípio da Isonomia previsto na Constituição Federal. E o quarto e último seria ao fato de que no caso da mãe gestante já há o laço biológico, criado naturalmente, entre a criança e os pais, no caso da adoção o laço biológico não existe e deve ser suprido pelo laço socioafetivo a ser criado entre a criança adotada e a mãe trabalhadora que adotou o seu novo filho, e isto é sem dúvida um fim social capaz e

justo de ser suportado pelo empregador, uma vez que, como já dito, a garantia de uma infância e início de vida sadio é um direito/dever difuso, e a empresa possui sem sombra de dúvidas o dever de cumprir a sua função social.

Por fim salienta-se que a questão já foi bastante pacificada pelas alterações das Súmulas 244 e 378 do TST em seus incisos III, contudo é importante concluir este tópico salientando que o objetivo deste trabalho é demonstrar que a estabilidade provisória ou a garantia de emprego nos casos de gravidez, adoção e acidente de trabalho sempre foram compatíveis com o contrato de trabalho a termo devido aos fins sociais que buscam salvaguardar, inclusive antes da alteração do texto sumular e as Súmulas não esfacelaram o objetivo deste trabalho, porque não são fontes formais do direito, ou seja, não são leis, apenas posicionamentos recorrentes a respeito de um mesmo tema. Diante disto conclui-se que as alterações sumulares servem na verdade para dar ainda mais força quanto à lógica e juridicidade dos objetivos do trabalho, sendo o primeiro a compatibilidade dos institutos com o contrato de trabalho a termo.

#### 4.2 Das possíveis consequências ou efeitos contratuais em caso de empregado estável com contrato por prazo determinado

Vencida a discussão acerca da compatibilidade das estabilidades provisórias no emprego oriundas da gestação, adoção e do acidente de trabalho com o contrato a termo passa-se, por derradeiro, a demonstrar o segundo e último objetivo específico do trabalho, qual seja, estabelecer que as garantias de emprego em contrato a termo não possuem o condão de desnaturar o contrato, ou seja, fazer com que se transformem em contratos por prazo indeterminado.

Neste ponto é necessária a memorização quanto ao exposto nos primeiros capítulos quando ao fato de que o contrato de trabalho não leva o nome contrato por mera formalidade, mas devido ao fato de que se trata de verdadeiro contrato, com todas características típicas.

São características do contrato de trabalho como sendo sucessivo, oneroso, sinalagmático, comutativo, pactuado *intuitu personae* e outras. Contudo a característica que é pertinente ao segundo objetivo específico que se busca demonstrar neste momento é o fato de que o contrato de trabalho é consensual. SÉRGIO PINTO MARTINS<sup>16</sup> assim entende a questão:

“Não é o contrato de trabalho um pacto solene, pois independe de quaisquer formalidades, podendo ser ajustado verbalmente ou por escrito (art. 443 da

---

<sup>16</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho* / Sergio Pinto Martins. – 29. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013, pág. 109.

CLT). Havendo consenso entre as partes, mesmo verbalmente, o contrato de trabalho estará acordado.”

ALICE MONTEIRO DE BARROS<sup>17</sup> descreve a característica em tela da seguinte forma:

“A regra geral é traduzida pela consensualidade, a qual se caracteriza pela ausência de formas especiais prescritas em lei, sendo suficiente para atribuir validade ao contrato o simples consentimento. Ressalte-se, entretanto, que existem contratos de trabalho cuja formalidade é exigida, sem contudo perderem a característica consensual.” (com grifos no original).

MAURÍCIO GODINHO DELGADO<sup>18</sup> por fim define muito bem a consensualidade do contrato de trabalho:

“*Contrato consensual* – Tal caráter distingue o pacto cuja celebração não se sujeita a formalidades imperativas. Assim é o contrato de trabalho, de maneira geral (art. 442, caput da CLT). Sendo meramente consensual (e não formal ou solene), o contrato empregatício pode ajustar-se tacitamente inclusive, sem necessidade de qualquer manifestação expressa oriunda das partes contratuais.”

No contrato de trabalho a termo remanesce sempre às partes o elemento volitivo de pactuá-lo de forma precária ou não. Sendo assim diante da característica da consensualidade do contrato de trabalho com prazo definido é possível concluir que, em que pese serem compatíveis com tal modalidade contratual as garantias de emprego descritas no tópico anterior tais estabilidades não alteram o consenso inicial avençado entre as partes quanto à modalidade contratual. Dito de outro modo a concessão das garantias de emprego num contrato de trabalho por prazo determinado apenas prorrogam o seu termo ou prazo final, devido ao fim social que buscam resguardar, conforme exposto alhures, contudo não possuem o condão de mudar a natureza do contrato, posto que este último sempre estará vinculado ao consenso inicial que originou o próprio pacto.

Sendo assim conclui-se a exposição quanto ao segundo objetivo específico deste trabalho afirmando-se que a concessão da estabilidade de emprego no contrato a termo não possui o condão de desnaturá-lo devido à sua característica consensual emanada no início da contratação, mas

<sup>17</sup> BARROS, Alice Monteiro de. **As Relações de Trabalho no Espetáculo**. São Paulo: LTr, 2003, pags. 102, 132, 133, 169, 170.

<sup>18</sup> DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho** / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013, pág. 508.

apenas de prorrogar o seu prazo final dada a ocorrência de uma circunstância que permite a garantia do emprego.

## 5 Conclusão

Terminadas as exposições e pesquisas que foram objeto e também que se fizeram pertinentes para o presente trabalho naquilo que se refere às estabilidades provisórias no contrato de trabalho pactuado a termo é certo que se pode seguramente afirmar que inúmeras conclusões importantes e bastante sólidas foram realizadas no decorrer de seu desenvolvimento. Uma delas é a de que o Direito do Trabalho foi evoluindo conforme também evoluíram as próprias relações de trabalho e emprego, se considerado o fato que também se concluiu que há distinção entre relação de trabalho e relação de emprego. Referida evolução se deu conforme o próprio avanço da sociedade e do pensamento inclusive, se considerado o fato que quando de seu início o trabalho era destinado apenas aos escravos e servos, de modo que toda pessoa que seria detentora do mínimo de dignidade tinha o direito de não trabalhar. A sociedade e então o próprio Estado foram evoluindo de modo que na atualidade o trabalho, ao contrário de sua origem, serve para dignificar o homem, hoje uma pessoa com boa carreira ou com contrato de trabalho duradouro é digna de respeito por seus pares na sociedade em que está inserido. Com a leitura do presente também é possível concluir que o contrato de trabalho a termo é figura extraordinária no ordenamento jurídico brasileiro e que apresenta efeitos rescisórios distintos do contrato de trabalho a termo, isto porque não ocorre, ordinariamente, a dispensa imotivada ou arbitrária, apenas o término do contrato pela expiração de seu prazo, contudo há a possibilidade da rescisão antecipada e, a depender de quem deu causa a ela, existem verbas rescisórias típicas a cada uma delas.

Outra conclusão que se faz é a de que o sistema tradicional celetista continha, como forma de elevação e afirmação do Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, as indenizações por tempo de serviço e também a estabilidade decenal definitiva, que em sua origem era considerado um instituto de natureza previdenciária, sendo que a primeira buscava desestimular a dispensa imotivada ou arbitrária de trabalhador e esta última as obstaculizavam definitivamente, exceto o cometimento de falta grave devidamente comprovada e declarada mediante a Ação de Inquérito Judicial para Apuração de Falta Grave, e que referido sistema tradicional passou a ser fortemente criticado devido a sua truculência no que se refere aos obstáculos e desestímulos para a dispensa imotivada ou arbitrária, porque o empregado estável, conhecedor de sua condição tornara-se mais desidioso e relaxado e apresentava queda de produtividade.

Concluiu-se que este fato servia como empecilho para o investimento carecedor de mão de obra ou renovação de mão de obra a ponto de que, na década de 60, surge o regime de Fundo

de Garantia por Tempo de Serviço, como saída ao empresariado quanto à permissividade de uma dispensa imotivada ou arbitrária, contudo à época o regime de FGTS era uma opção do empregado e que possibilidade de escolha fez-se possível até 1988 uma vez que a Constituição Federal promulgada naquele ano e até hoje vigente universalizou o regime de FGTS e sepultou, de uma vez por todas a figura da estabilidade decenal definitiva e das indenizações por tempo de serviço, sendo assim ocorre a transição da regra da estabilidade para a regra da instabilidade nas relações de emprego subordinadas ao regramento da CLT.

Diante de tais premissas foi possível concluir que surgiram então as figuras das garantias de empregos e então ingressar no desenvolvimento dos dois objetivos específicos que se pretenderam defender, quais sejam, a compatibilidade entre as garantias de emprego circunstanciadas ao estado gravídico puerperal, aí incluída a mãe adotante, e ao empregado acidentado e o contrato de trabalho a termo. Isto porque as garantias visam resguardar ora a criança, sendo um direito/dever difuso de todos zelar pelo bom início de sua vida, ou de sua nova vida, no caso da criança adotada.

No tocante à estabilidade do empregado acidentado concluiu-se que esta visa resguardar a manutenção do trabalhador no mercado de trabalho, dada a dificuldade de sua reinserção, principalmente quando portador de sequelas que lhe reduzam sua capacidade de trabalho e que seria no mínimo ilógico e cruel com o empregado não lhe conceder a garantia quando que o ato faltoso e passível de responsabilização se deu por descuido de seu empregador que não primou por um meio ambiente de trabalho que o dignificasse.

Desta forma foi possível estabelecer a ideia de que se realizada uma interpretação sistêmica e teleológica da legislação de que há clara compatibilidade entre referidas garantias, desde que observadas as hipóteses defendidas no desenvolvimento, considerando-se as razões sociais que elas buscam resguardar e que este fato é anterior e também superior ao tipo de contrato de trabalho pactuado entre empregador e empregado.

Por fim, considerando-se todas as exposições realizadas no início do desenvolvimento deste trabalho, foi possível alcançar o seu segundo e último objetivo específico, qual seja, esclarecer que a garantia de emprego não teria o condão de alterar a natureza do contrato de trabalho a termo modificando-o a contrato por prazo indeterminado. Isto porque o contrato de trabalho possui como uma de suas características mais claras e pacificamente aceitas a consensualidade, sendo que, a circunstância que resulte na concessão da garantia não possui força para alterar o pacto de trabalho inicialmente avençado, apenas de alterar o seu termo ou condição previamente estabelecido. Por fim concluiu-se que, uma vez atendidos e respeitados os fins sociais da norma, buscou-se apenas no presente trabalho esclarecer motivos e razões que têm o fito de efetivar direitos já ratificados pela legislação brasileira ao trabalhador e que o entendimento consolidado nas recentes alterações sumulares promovidos pelo Tribunal Superior do Trabalho serviram como

confirmação de tudo aquilo que foi exposto no desenvolvimento à exceção da estabilidade à mãe adotante que ainda carece de maior aprofundamento e adequação por parte da jurisprudência e doutrina trabalhistas, considerando-se que a seara previdenciária encontra-se deveras mais avançada neste sentido.

## 6. Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* / Alice Monteiro de Barros. – 5. Ed. rev e ampl. – São Paulo :LTr; 2009.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho* / Alice Monteiro de Barros. – 9. ed. – São Paulo : LTr, 2013.

CANO MARTINS, Nei Frederico. *A estabilidade provisória do trabalhador acidentado da Nova Lei Previdenciária* – Revista LTr 56-10/1.

CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho* / Valentin Carrion. – 38. ed. rev. e atual. por Eduardo Carrion. – São Paulo : Saraiva, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho* / Mauricio Godinho Delgado. – 12. Ed. – São Paulo :LTr, 2013.

GAGLIANO, Pablo Stolze. *Novo curso de direito civil, volume 4 : contratos, tomo I : teoria geral* / Pablo StolzeGagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 8. Ed. rev. atual. eampl. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GIERK, Otto von. *La función social del derecho privado: La naturaleza de las asociaciones humanas*. Tradução José M. Navarro de Palencia. Madri :Sociedad Editorial Española, 1904.

MARANHÃO, Délio. *Direito do Trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1987.

MARTINS, Sergio Pinto. *Comentários à CLT* / Sergio Pinto Martins. – 10. ed. – São Paulo : Atlas, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto, *Comentários às Súmulas do TST* / Sergio Pinto Martins. – 13. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013.

MARTINS, Sérgio Pinto, *Direito da seguridade social* / Sérgio Pinto Martins. N- 17. Ed. – São Paulo : Atlas, 2002.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho* / Sergio Pinto Martins. – 29. Ed. – São Paulo : Atlas, 2013,

NASCIMENTO Amauri Mascaro. *Curso de direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho* / Amauri Mascaro Nascimento. – 28. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

VadeMecum RT / [Equipe RT]. – 7. Ed. rev., ampl. E atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012. – (RT Códigos).

VIANNA, Luiz Werneck. *Liberalismo e Sindicato no Brasil*. 4. Ed. Belo Horizonte: UFMG, 1999.



## BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A PEC 443-A E A CARREIRA DE PROCURADOR DO MUNICÍPIO

**Marinês Costa Pereira Passos**

*Procuradora do Município de Maricá (RJ). Especialista em Direito Civil pela Universidade Veiga de Almeida - UVA. Graduada pela Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas*

**Raphael Monteiro Silveira de Araújo**

*Procurador do Município de Maricá (RJ). Especialista em Direito Privado pela Universidade Gama Filho - UGF. Graduado pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Ex-Pesquisador da Fundação Getúlio Vargas (FGV) - PEC DIREITO RIO.*

**SUMÁRIO:** 1. Breve Contextualização do Tema. 2. Considerações sobre a PEC 443-A e a Carreira de Procurador do Município. 3. Proposições para o Debate. 4. Conclusão.

**RESUMO:** Tendo em vista a redação conferida à PEC 443-A, em trâmite na Câmara dos Deputados, cujos efeitos remuneratórios previstos limitam-se aos Procuradores de Capitais e de municípios com mais de 500 mil habitantes, mostra-se relevante a reflexão e o debate sobre medidas que possam ser adotadas em prol do fortalecimento da carreira de Procurador do Município de forma ampla, concentrando-se esforços visando a construção de estruturas mais equânimes, à luz da unidade e isonomia no âmbito da própria carreira. Assim, buscou-se na presente manifestação apontar o potencial risco de fracionamento da classe e o agravamento da segregação remuneratória na hipótese de aprovação do texto proposto na PEC 443-A, que excluiria do alcance da norma constitucional a grande maioria dos procuradores municipais, sugerindo-se, então a adoção de critérios que garantam justa remuneração aos Procuradores de todos os municípios brasileiros, ainda que em patamares diferentes e prazos diferidos no tempo, possibilitando, desta forma, o planejamento orçamentário dos Entes municipais e o progressivo fortalecimento das instituições e da advocacia pública municipal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Procurador do Município. Carreira. PEC 443-A. Remuneração.

### 1. Breve Contextualização do Tema

Tramitam atualmente no Congresso Nacional diversas propostas de emenda à Constituição Federal que tratam de temas de interesse da Advocacia Pública, em especial sobre a carreira de Procurador do Município.

A presente reflexão tem por objetivo precípuo a análise da Proposta de Emenda à Constituição Federal n.º 443-A, em trâmite na Câmara dos Deputados, que após aprovação por parte de Comissão Especial em 10/12/2104, passou a ter a seguinte redação<sup>1</sup>:

Art. 1º O art. 39 da Constituição passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 39. ....

§ 8º Será adotado o critério previsto no § 4º para a fixação da remuneração:

I – dos servidores abrangidos pelo disposto nos §§ 1º e 2º do art. 135 e no § 9º do art. 144;

II – de servidores organizados em carreira, quando previsto na legislação que lhes seja aplicável. (NR).

§ 9º O subsídio ou a maior remuneração da categoria, da classe ou do nível mais elevado das carreiras jurídicas disciplinadas nas Seções II e III do Capítulo IV, da carreira de Delegado de Polícia Federal e das carreiras de Delegado de Polícia Civil dos Estados e do Distrito Federal **corresponderão a noventa inteiros e vinte e cinco centésimos por cento do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal**, sendo os subsídios ou as remunerações dos demais integrantes das referidas carreiras fixados em lei e escalonados, não podendo as diferenças entre um e outro ou entre uma e outra serem superiores a dez por cento ou inferiores a cinco por cento, observado o mesmo limite aplicado às demais carreiras jurídicas mencionadas no Capítulo IV.

**§ 10. Estende-se o disposto no § 9º aos Procuradores Municipais, exclusivamente em relação às capitais dos Estados e aos Municípios com mais de quinhentos mil habitantes.**

Art. 2º A implementação do disposto no art. 1º desta Emenda Constitucional será promovida de acordo com o seguinte cronograma, a contar do exercício financeiro de sua publicação:

I – no âmbito da União, em até dois exercícios financeiros;

II – no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em até três exercícios financeiros.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (g/n)

<sup>1</sup> Extraído do site oficial da Câmara dos Deputados: "http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\_mostrarintegra;jsessionid=D77AE19AAB6A29D88EDFF053C976E821.proposicoesWeb1?codteor=1292363&filename=Parecer-PEC44309-10-12-2014"

Pelo que se depreende da mencionada PEC, estariam alcançados pelo novo texto constitucional proposto somente os Procuradores de municípios com mais de 500 mil habitantes e os Procuradores de capitais, não se contemplando, assim, os Procuradores dos demais municípios brasileiros.

A partir de tal constatação, passa-se a tecer algumas breves reflexões em prol do fortalecimento da carreira de Procurador do Município de forma mais ampla, considerando a realidade fática enfrentada por grande parte dos Advogados Públicos dispersos pelo território nacional.

## 2. Considerações sobre a PEC 443-A e a Carreira de Procurador do Município

De acordo com dados disponíveis na internet<sup>2</sup>, apenas aproximadamente 40 municípios brasileiros possuem mais de quinhentos mil habitantes, sendo que inseridos nestes encontram-se várias capitais de estados.

Quer parecer, dessa forma, que a limitação prevista no texto da PEC 443-A, contemplando no aspecto remuneratório somente Procuradores de capitais e de municípios com mais de 500 mil habitantes, fragmenta de forma severa e desproporcional a classe, criando de um lado Procuradores com remuneração digna (90.25% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal) e de outro Procuradores (na grande maioria dos municípios) com baixas e inadequadas remunerações (salvo algumas possíveis e raras exceções), sendo que as atribuições, os deveres e a complexidade dos temas submetidos às procuradorias municipais são similares, independentemente do tamanho do município.

Além disso, mostra-se possível, e não raro, que Procuradores de municípios menores (em termos populacionais) até possuam mais atribuições e maior carga de trabalho do que Procuradores em capitais, por exemplo, tendo em vista que muitas vezes as procuradorias municipais não possuem estruturação interna em áreas específicas (especializadas), o que leva os Procuradores a atuarem em todas as áreas, com significativo aumento do respectivo acervo de processos (administrativos e judiciais) em curso, além da crônica falta de estrutura (servidores de apoio, estagiários, residentes, computadores, veículo para deslocamento ao Fórum e Secretarias, ambiente físico de trabalho, móveis adequados, máquina de xerox etc.) e do reduzido (parco) quadro de Procuradores em diversos municípios brasileiros (o que eleva muito o acervo de cada Procurador).

Lamentavelmente, a falta de estrutura física adequada e o reduzido quadro de pessoal são fatos que assolam diversas procuradorias municipais em todo o Brasil.

---

<sup>2</sup> [http://pt.wikipedia.org/wiki/Lista\\_de\\_munic%C3%ADpios\\_do\\_Brasil\\_acima\\_de\\_cem\\_mil\\_habitantes](http://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_munic%C3%ADpios_do_Brasil_acima_de_cem_mil_habitantes)

A recorrente disparidade entre as atribuições e responsabilidades inerentes ao cargo de Procurador e a respectiva remuneração paga aos mesmos pela Administração também se apresenta como sério obstáculo ao fortalecimento da carreira de forma unificada, sendo importante a adoção de mecanismos que caminhem no sentido de reparação das distorções estípidias dos Procuradores municipais espalhados por todo o Brasil, atendendo, assim, ao comando do artigo 39, §1º, inciso I, da CRFB/88.

Por este motivo, torna-se fundamental a concentração de esforços visando o fortalecimento da carreira de Procurador do Município em todo o país, em prol da construção de estruturas mais equânimes e dignas para os servidores responsáveis pela preservação do interesse público primário e secundário.

Assim, nesta linha de raciocínio, quer parecer que traria maior isonomia em termos de carreira a adoção no texto da PEC 443-A de critério que levasse em consideração condições sociais e econômicas de cada localidade.

Dessa forma, além das capitais (que dispensam maiores argumentações), poderia se adotar na mencionada PEC o critério de **“municípios com mais de 500 mil habitantes ou integrantes de região metropolitana”**, posto que estes municípios convergem uma gama de circulação econômica, financeira e social que repercutem (quantitativa e qualitativamente) nas demandas judiciais que os Procuradores devem atuar, na consultoria administrativa e no controle interno da legalidade.

Para além das capitais, a utilização exclusiva do critério populacional pode revelar grande injustiça no aspecto remuneratório para um quantitativo considerável de Procuradores Municipais.

A gravidade aumenta em razão da tramitação da PEC 26/2014 no Senado Federal, que visa impedir que advogados públicos possam advogar.

Seria razoável a apresentação de emenda a esta PEC 26/2014 para vedar a advocacia em âmbito privado somente aos Procuradores de capitais e Procuradores de municípios com mais de 500 mil habitantes?

Ora, diante da atual redação da PEC 443-A, poderia se argumentar que se a remuneração dos Procuradores de municípios menores (em termos populacionais) pode ficar ao livre arbítrio do Chefe do Poder Executivo (o que representa grandes dificuldades para a carreira, como é de ciência geral), nada mais justo que estes possam advogar de forma privada a fim de que tenham a oportunidade de auferir renda justa, enquanto que os contemplados na PEC 443-A estariam impedidos de exercer a advocacia privada.

Certamente, a tese a ser defendida pela classe direciona-se para a manutenção da possibilidade de todos os advogados públicos poderem exercer a advocacia privada (dentro dos limites legais e éticos impostos), sem que se faça distinção entre Procuradores de capitais, Procuradores de municípios com mais de 500 mil habitantes e Procuradores de municípios com menos de 500 mil habitantes, posto que todos são Procuradores, independentemente do município que representam.

**Ou seja, o critério balizador é a unidade e a isonomia da carreira de Procurador do Município.**

A segregação remuneratória entre Procuradores em razão de critério populacional estabelece indesejada distorção na carreira e o risco potencial de fracionamento da classe, enfraquecendo a luta por objetivos comuns, posto que os Procuradores de municípios com menos de 500 mil habitantes eventualmente se veriam direcionados pelas circunstâncias fáticas a iniciarem pleitos próprios nas diversas demandas da advocacia pública ora em curso ou a serem propostas.

A fragmentação da carreira, com a busca de interesses internos divergentes, representaria grande retrocesso para a classe, devendo ser evitada a todo custo.

Deve se pensar a carreira de Procurador do Município como um todo, sendo indesejável o estabelecimento de diferenciação entre Procuradores com remuneração justa (correspondente a 90,25% do subsídio de Ministro do STF) e Procuradores sujeitos aos critérios de conveniência e oportunidade do Prefeito municipal para o estabelecimento das remunerações dos advogados públicos do respectivo Ente federativo.

Ora, se todos são Procuradores, legítimos defensores dos interesses do Município perante o Poder Judiciário e responsáveis pelo controle interno da legalidade no âmbito da Administração, e se a remuneração digna se mostra como base estrutural para a construção de uma carreira tecnicamente independente e com alto grau de especialização, não se mostra oportuna a segregação remuneratória em sede constitucional com base em critério populacional, conforme proposto na PEC 443-A.

Com o devido respeito às vozes em contrário, para fins de remuneração de Procuradores não se mostra salutar a inovação em sede constitucional de critérios populacionais entre Municípios, posto que todos são Entes federados, com as mesmas responsabilidades administrativas e jurídicas básicas, sendo que, ao contrário do que possa parecer aos que não vivenciam a advocacia pública municipal, a atuação do Procurador em um município de médio ou pequeno porte não se difere na essência da atuação de um Procurador de município com maior população, sendo que, em diversas situações, conforme já destacado anteriormente, os Procuradores de municípios menores

possuem missão diária mais árdua, não se justificando, pois, a disparidade estipendial que o novo texto constitucional acarretará se aprovada a PEC 443-A em sua redação atual.

Acaso seria possível se imaginar que a Constituição Federal passasse a estabelecer critério populacional para definir a remuneração de Procuradores do Estado? Seria razoável, por exemplo, que a Carta Maior estabelecesse uma cisão estabelecendo que os Procuradores de Estados com mais de 08 milhões de habitantes (09 Estados) receberiam o correspondente a 90.25% do subsídio de Ministro do STF e os Procuradores dos demais Estados da Federação (17 Estados e o DF) ficariam na dependência de fixação de sua remuneração por critério de conveniência e oportunidade do respectivo Governador de Estado?

Com toda a certeza, tal hipotética alteração no texto constitucional seria de imediato rechaçada, em proteção à isonomia e unicidade da carreira no âmbito estadual, sendo que a cisão pelo critério populacional teria o potencial condão de enfraquecimento institucional, com a possível pecha de estabelecimento de critério discriminativo odioso e desproporcional, quem sabe até imputado como inconstitucional, sendo que o paralelismo entre as atribuições e responsabilidades de um Procurador do Estado com o menor número de habitantes (Roraima) e um Procurador do Estado com maior população (São Paulo) não direciona para a disparidade de remuneração entre os mesmos.

Vê-se, pois, que a proposta de cisão para fins remuneratórios unicamente pelo critério populacional (seja em Estados – mera hipótese ora aventada - ou em Municípios – proposta concreta contida na PEC 443-A) não se mostra razoável e possui potencial de fragmentação das carreiras jurídicas de Estado, com o enfraquecimento institucional e o estabelecimento de grandes disparidades remuneratórias entre Procuradores.

Não por outro motivo travou-se no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça – CCJ do Senado Federal movimento da Associação Nacional dos Procuradores Municipais - ANPM junto aos Senadores da República objetivando derrubar a Emenda sugerida à PEC 17, que pretendia limitar no texto constitucional a exigência de Procurador do Município por meio de concurso público apenas para municípios com mais de 100.000 (cem mil) habitantes.

De fato, nada justifica que qualquer Município, independentemente da população, seja representado judicial e extrajudicialmente por servidor ocupante de cargo em comissão (sempre mais suscetível à pressão política em razão da natureza precária de sua nomeação) ou por escritório de advocacia (que ora patrocina o Ente, tomando ciência de dados e informações da Administração, e, não raro, posteriormente litiga contra o mesmo Ente a que em tempos pretéritos patrocinava), sob pena de risco concreto ao interesse público.

Repiso, novamente, a indagação já realizada anteriormente, apenas para ratificar a impropriedade de utilização de critérios populacionais para tratar do tema. Seria defensável, de forma

hipotética, se sustentar a tese de alteração do texto constitucional para se definir que apenas Estados da Federação com um número “x” de habitantes deveriam ter obrigatoriamente em seus quadros Procuradores aprovados após concurso público, enquanto que os demais Estados da Federação poderiam ter cargos em comissão fazendo a sua representação ou por meio de escritórios de advocacia privados?

Quer parecer, novamente, que resposta a tal indagação hipotética seria negativa.

Igual raciocínio deve se emprestar aos Municípios, posto que as razões que impedem que Estados da Federação sejam representados por pessoas outras que não seus Procuradores aprovados após concurso público são rigorosamente as mesmas razões que impedem que os Municípios sejam representados por comissionados ou por escritórios privados.

De igual forma, para fins remuneratórios também não se apresenta razoável a utilização de critério meramente populacional, dividindo a carreira entre Procuradores de município com mais ou com menos de 500.000 mil habitantes, conforme redação conferida na PEC 443-A.

Deve se ter em consideração, ainda, que seja um Procurador do Estado (de qualquer Estado da Federação) ou um Procurador do Município (de qualquer Município da Federação) o estabelecimento de remuneração digna, compatível com as demais carreiras de Estado, mostra-se como salutar para a preservação do interesse público, atraindo para os quadros das Procuradorias profissionais especializados e que objetivem a construção de uma carreira perene, sem solução de continuidade, a fim de manter a memória administrativa e a perfeita fluência das atividades precípuas das Procuradorias.

Os Procuradores do Município são os órgãos de atuação da Procuradoria Geral do Município no exercício de suas atribuições, atuando na preservação do interesse público, traduzidos na proteção do erário e na viabilização de políticas públicas, razão pela qual merecem o recebimento de remuneração digna em todos os municípios (com mais ou com menos de 500 mil habitantes)!

Cumprido destacar que entre os Advogados Públicos (Procuradores do Município, Procuradores do Estado, Procuradores da Fazenda Nacional, Advogados da União), Magistrados, Membros do Ministério Público e da Defensoria Pública inexistem qualquer relação de hierarquia ou subordinação, devendo se respeitar o devido tratamento isonômico às carreiras jurídicas de Estado, inclusive no aspecto remuneratório.

Deve se atentar que a tese interpretativa ora prevalecente quanto ao teto remuneratório previsto no artigo 37, XI, da CRFB/88 encontra amparo na unidade entre as carreiras jurídicas de Estado, posto que o vocábulo “Procuradores” previsto no texto constitucional seria gênero, contemplando os procuradores estaduais, distritais e municipais.

Assim, da mesma forma que entre Procuradores municipais e estaduais não deve existir distinção para fins de teto remuneratório, em razão da simetria na relevância de suas atribuições no pacto federativo, também não se mostra salutar a distinção remuneratória drástica entre os próprios procuradores municipais, com a instituição (inovação), em sede constitucional, de critérios remuneratórios com base em número populacional (conforme texto ora proposto na PEC 443-A), excluindo do alcance da norma constitucional a grande maioria dos procuradores municipais, criando verdadeiro abismo no seio da própria carreira.

Registre-se que as indagações e hipóteses levantadas no presente ensaio servem como provocação ao debate e para reflexão de todos os Procuradores municipais. Parece relevante se encontrar algo mais harmonioso para a carreira de Procurador do Município, que caminhe para a convergência e aproxime o máximo possível os seus integrantes, impedindo a tão indesejada fragmentação e ampliação de disparidades, seja no aspecto remuneratório (a que a PEC 443-A tem grande potencial para deflagrar) ou no aspecto estrutural das procuradorias municipais.

Não se deve descuidar, por certo, da existência de disparidades econômicas, sociais e políticas entre os diversos municípios brasileiros, disparidades estas que também existem entre os Estados da federação e, nem por isso, se cogita o fracionamento da carreira de Procurador do Estado.

Assim, a diversidade econômico-social entre os municípios não pode ser colocada como óbice intransponível ao fortalecimento institucional das procuradorias municipais e ao reconhecimento das prerrogativas dos Procuradores municipais, integrantes de carreira típica de Estado cujo ingresso isonômico deve se dar por concurso público.

Mostra-se essencial a adoção de medidas concretas que visem à estruturação das procuradorias municipais, com a proposição de normas que garantam remuneração justa aos Procuradores de todos os municípios brasileiros, mesmo que de forma diferida no tempo, a fim de permitir o planejamento orçamentário dos entes municipais, com a projeção do possível impacto financeiro.

### 3. Proposições para o Debate

Diante do que exposto, em relação à remuneração dos Procuradores municipais, mostra-se relevante o debate sobre a adequação do texto da PEC 443-A objetivando a ampliação dos municípios contemplados, incluindo no texto constitucional não somente os Procuradores de capitais e de municípios com mais de 500 mil habitantes, mas também os Procuradores de municípios que integrem região metropolitana.

Poderia, ainda, ser realizado o debate sobre a inclusão no texto da PEC 443-A de outros critérios razoáveis, como, por exemplo, que levasse em conta aspectos geoeconômicos relevantes e não somente o número de habitantes.

Para os demais municípios que tivessem menos de 500 mil habitantes e que não integrassem região metropolitana, poderia se adotar um prazo mais dilatado para cumprimento da norma constitucional, como por exemplo: municípios de 500 a 250 mil habitantes – 06 anos; de 249 a 150 mil habitantes – 08 anos; de 149 a 50 mil habitantes – 10 anos; até 49 mil habitantes – 12 anos.

Poderia, ainda, além da dilatação do prazo temporal (regras de transição no tempo), se iniciar o debate sobre a juridicidade de fixação no texto constitucional de percentuais diferenciados relativos ao subsídio dos Ministros do STF (inferiores ao que ora proposto para os municípios com maior população), como, a título exemplificativo:

- municípios de 500 a 250 mil habitantes – 06 anos para implementação e percentual mínimo de 80% e máximo de 90,25% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a critério de cada Ente municipal por lei específica;
- municípios de 249 a 150 mil habitantes – 08 anos para implementação e percentual mínimo de 70% e máximo de 90,25% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a critério de cada Ente municipal por lei específica;
- municípios de 149 a 50 mil habitantes – 10 anos para implementação e percentual mínimo de 60% e máximo de 90,25% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a critério de cada Ente municipal por lei específica;
- municípios até 49 mil habitantes – 12 anos para implementação e percentual mínimo de 50% e máximo de 90,25% do subsídio mensal fixado para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, a critério de cada Ente municipal por lei específica;

Dessa forma, todos os Procuradores municipais estariam contemplados, sem fragmentação na carreira e sem prejuízo estipendial em razão do estabelecimento de critério baseado unicamente no número de habitantes.

Eventual alegação de que os municípios de menor porte não teriam condições de arcar com a remuneração justa de seus Procuradores também não se mostraria oportuna nesta hipótese, posto que seria estabelecido no texto constitucional lapso temporal considerável (razoável) para que os entes municipais realizassem o devido planejamento orçamentário.

#### 4. Conclusão

Sendo assim, com a adoção dos mecanismos ora sugeridos no texto da PEC 443-A, se caminharia para a unidade da carreira, evitando a sua fragmentação e a ampliação de disparidades remuneratórias entre Procuradores municipais, sendo imperiosa a adoção de medidas constitucionais e legislativas que colaborem com o fortalecimento das instituições, com o fim de garantir a preservação do interesse público, traduzidos na proteção do erário e na segurança jurídica para a implementação de políticas públicas que alcancem toda a população.

Por oportuno, registre-se que as proposições temporais e de percentuais ora veiculadas indicam apenas sugestões, sendo imperiosa a ampla discussão do tema pela carreira a fim de se avaliar os critérios que mais se aproximem do propósito de unificação da classe, sem se descuidar da razoabilidade e da segurança jurídica da proposta.

## A IMPORTÂNCIA DO ADVOGADO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE ACORDOS COMO APLICADOR DO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

Rafael Schreiber

*Procurador do Município de Joinville (SC). Especialista em Direito Público pela LFG. Especialista em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Graduado em Direito pela Fundação Universidade Regional de Blumenau – FURB. Presidente da APROJOI. Advogado.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Breves considerações sobre o regime jurídico administrativo contemporâneo. 3. A utilização de acordos como fator de redução de litígios previstos na Constituição Federal. 4. Importância da realização de acordos para o Direito Público. 5. A realização de acordos à luz da jurisprudência e dos precedentes judiciais. 6. Função e atuação do advogado público. 7. O advogado público como auxiliador na motivação dos atos administrativos e na ponderação de interesses. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

**RESUMO:** O artigo aborda os principais características do neoconstitucionalismo no Direito Administrativo, apontado uma (re)leitura aos princípios constitucionais tradicionais, principalmente os princípios da legalidade, da indisponibilidade do interesse público e da supremacia do interesse público sobre o privado. Em consequência, investiga a importância do Advogado Público na formulação de acordos judiciais e extrajudiciais à luz desse novo paradigma. A análise se mostra pertinente vez que o Poder Público é quem mais litiga no Judiciário atualmente. Diante desse panorama e dos diversos princípios constitucionais aplicáveis, os advogados públicos estão autorizados a realizarem acordos em benefício ao Erário, ao próprio cidadão e em prol de teses jurídicas já sedimentadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Juridicidade. Interesse Público. Precedente. Advogado Público. Neoconstitucionalismo.

**ABSTRACT:** This meta-paper address the main characteristics of neoconstitutionalism in Administrative Law, appointing a (re)reading of the traditional constitutional principles, especially the principles of legality, availability of public interest and supremacy of the public interest over private. Therefore, the public lawyers are able to celebrate judicial and extrajudicial agreements and they are important in this mister. The analysis appears relevant considering the Government, which is currently the entity that is most litigating in the courts. In this scenario and the various Constitutional principles, public lawyers are allowed to perform agreements that benefits the Treasury, the citizen himself and supporting legal arguments already sedimented.

**KEYWORDS:** Juridicity. Public Interest Agreement. Precedent. Public Lawyer. Neoconstitutionalism.

### 1. Introdução.

Ao adentrar ao século XXI o Direito Administrativo está sendo obrigado a experimentar as contradições ideológicas presentes no Estado contemporâneo, deparando-se com o enfrentamento de novos temas, dentre os quais ganha relevância a adoção do consensualismo na esfera pública.

Nesse sentido, a busca de novas formas de solução de conflitos, em contraposição aos tradicionais antagonismo e autoritarismo do Direito Administrativo, faz-se necessária, inaugurando uma nova era de relacionamento entre a Administração Pública e os cidadãos.

Nessa transição de um modelo de gestão pública autoritário para um modelo de gestão pública aberta e democrático, a atividade administrativa necessita utilizar-se da técnica da ponderação dos interesses em conflito, de tal forma a buscar o equilíbrio das relações jurídicas.

O presente trabalho objetiva examinar a importância do advogado público na solução de conflitos entre particulares e o Poder Público. O tema ganha relevância diante da informação estatística de que o Poder Público é o maior litigante no Judiciário atualmente.

Essa nova visão do Direito permite a reflexão quanto à veracidade da afirmação de que o princípio da legalidade aplicado à Administração Pública explicita a subordinação da atividade administrativa à lei e, portanto, não havendo lei a autorizar a transação, tal não poderia ser celebrada, ainda mais que o Poder Público seria mero executor do interesse público, que é fixado em lei, e não poderia dele dispor.

Ora, não é incomum a Administração Pública participar de diversas demandas semelhantes, repetitivas no dia-a-dia e, mesmo já sabendo da solução que será dada pelo mesmo Estado, mas agora pelo Poder Judiciário, continuar litigando indefinidamente, até a última instância recursal, mesmo já sendo possível antever o resultado.

Daí a importância da valorização do advogado público, legítimo operador do Direito, cuja função é aplicar a Constituição Federal e as novas maneiras de solução rápida e eficaz de litígios em que o interesse público está envolvido, ultimando aos fins estatais. Uma das maneiras de se atingir a essa finalidade é a análise das orientações definidas em precedentes judiciais definitivamente constituídos, orientando a Administração Pública em um novo agir, em respeito ao cidadão, à sociedade e ao próprio interesse público.

De outro plano, para que a presente pesquisa científica se desenvolva e alcance os fins a que se propõe utilizar-se-á o método dedutivo, eis que ao estabelecer uma formulação geral, busca-se, em seguida, as partes do fenômeno, de modo a se chegar a uma percepção ou conclusão geral. Da mesma forma também será utilizada a técnica consistente na forma de pesquisa bibliográfica

constante de livros, artigos, jurisprudência e *sites* da internet, enfim, produções jurídicas e literárias cujo conteúdo verse sobre a matéria a ser investigada nesta pesquisa.

## 2. Breves considerações sobre o regime jurídico administrativo contemporâneo.

O ordenamento jurídico confere à Administração Pública uma série de poderes e deveres destinados a regular, precipuamente, o exercício da autoridade<sup>1</sup> pública e a permitir a organização e funcionamento da máquina estatal, que consubstanciaram a formação do Direito Administrativo (SUNDFELD, 2001, p.104). Nascido e desenvolvido em duas ideias opostas (liberdade do indivíduo e autoridade da Administração), o Direito Administrativo busca, simultaneamente, a proteção dos direitos individuais em face do Estado e a satisfação dos interesses coletivos (DI PIETRO, 2001, p. 65).

Como corte metodológico adota-se como pressuposto que o Direito Administrativo se conformou e recebeu autenticidade concomitantemente com a formação do Estado de Direito<sup>2</sup> com a função precípua de limitação do poder estatal soberano, sendo notadamente, fruto da sujeição da burocracia à lei e do advento do princípio da separação dos poderes<sup>3</sup>. No período absolutista a vontade do soberano representava a lei suprema, para a qual não existia conteúdo limitativo. Somente após com a queda desse regime que floresceram condições para a implementação de um ramo de direito destinado a solucionar questões públicas, inaugurando o período positivista. Somente após a Revolução Francesa, com o surgimento do Estado de Direito, em que a legalidade

---

<sup>1</sup> “Um primeiro modo de entender a Autoridade como espécie de poder seria a de defini-la como uma relação de poder estabilizado e institucionalizado em que os súditos prestam obediência incondicional. [...] A Autoridade, tal como a temos entendido até aqui, como poder estável, continuativo no tempo, a que os subordinados prestam, pelo menos dentro de certos limites, uma obediência incondicional, constitui um dos fenômenos sociais mais difusos e relevantes que pode encontrar o cientista social. Praticamente todas as relações de poder mais duráveis e importantes são, em maior ou menor grau relações de Autoridade [...] Como poder legítimo, a Autoridade pressupõe um juízo de valor positivo em sua relação com o poder. [...] Portanto, a expressão ‘poder legítimo’ deve ser entendida aqui no sentido de poder considerado como legítimo por parte de indivíduos ou grupos que participam da mesma relação de poder...” (BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. Trad. Carme Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, v. 1, p. 88-91).

<sup>2</sup> Celso Antonio Bandeira de MELLO define o direito administrativo como sendo um ramo do Direito Público que, como tal, ocupa-se dos interesses da sociedade, e que se destina a disciplinar o exercício da função administrativa do Estado e dos órgãos que a desempenham (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27). Maria Sylvia Zanella DI PIETRO registra que, como direito autônomo, o direito administrativo nasceu ao final do século XVIII e início do século XIX (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 23).

<sup>3</sup> A doutrina assinala que, dentre a clássica trilogia das funções do Estado – legislativa, executiva (ou administrativa) e jurisdicional – a função mais difícil de ser conceituada é a função administrativa pela enorme heterogeneidade das atividades que nela se inserem. (cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27). Sobre a definição de função administrativa, Marçal JUSTEN FILHO conceitua: “A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação dos interesses essenciais, relacionados com a promoção dos direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”. (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 28).

surge como essência da atividade estatal, que é possível identificar traços do ramo de direito publicista.

O Estado era abstencionista, mas com o tempo surgiram problemas sociais com a saúde, educação, cultura, previdência social e outros, que ensejou gradativamente em uma intervenção pontual do Estado na sociedade. Essa mudança da postura abstencionista do Estado deveu-se ao fato de que o Estado, atuando em conformidade com a lei, no sentido de não interferir nas relações individuais, não mais se mostrava apto a atender as necessidades de uma sociedade que clamava a atuação positiva do Estado. Naquele contexto histórico e com o surgimento do Estado Social de Direito – ou Estado do Bem-Estar Social –, para cumprir seu mister o Estado passou a ser também um prestador de serviços, por meio da criação de órgãos públicos e da descentralização administrativa, o que determinou o início de uma série de novas responsabilidades pertinentes ao Direito Administrativo. “Nesta nova fase de atuação do Estado como prestador de serviços, o princípio dominante passou a ser o da finalidade, por meio da qual procurava aplicar, da melhor forma, os recursos públicos na prestação de serviços à coletividade” (ESPÍRITO SANTO, 2004, p. 1-46).

Não se pode perder de vista que a finalidade precípua do Direito Administrativo é a proteção das liberdades e dos direitos dos cidadãos (MOREIRA NETO, 2007, p.221). Logo, o Direito Administrativo não é um poder; mas um instrumento de realização dos direitos fundamentais.

Todavia, no atual contexto juspolítico a clássica dogmática administrativa necessita ser revista. A promulgação da Constituição Federal de 1988, ao organizar constitucionalmente o país como um Estado Democrático de Direito ordena a dupla submissão do Estado: à vontade do povo e à vontade da lei. Nesse contexto, o Estado Democrático é aquele em que a Administração Pública está adstrita à finalidade de realizar o interesse público (MOREIRA NETO, 2004, p. 46).

Acresce-se ao contexto o fato de que a Constituição Federal, ao erigir o administrado à condição de cidadão, expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo e põe em xeque a dogmática administrativa clássica. O Direito Administrativo deixa de ser, como o foi em sua origem, somente um meio de garantia do administrado, tornando-se um instrumento de melhor atendimento efetivo dos interesses coletivos, com reflexos significativos, inclusive, na dogmática do regime jurídico administrativo.

O regime jurídico administrativo que tipifica o Direito Administrativo e que foi desenvolvido com a finalidade de posicionar verticalmente a Administração nas suas relações jurídicas com vistas à “persecução monopolista do interesse público”<sup>4</sup>, igualmente recebeu a confluência das sucessivas etapas históricas pelas quais passou o direito administrativo, para incorporar o direito do

---

<sup>4</sup> Expressão é de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007, p. 47).

cidadão em face do Estado, esse agora enquanto colaborador e parceiro na realização do interesse público, em uma posição horizontalizada.

Um ordenamento jurídico constitucionalizado, conforme aduz Ricardo GUASTINI (2005, p. 49), caracteriza-se por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação, a doutrina, como a jurisprudência, a ação dos atores políticos, assim como as relações sociais.

Nesse cenário, a nova dogmática da interpretação constitucional envolvendo novas categorias, como os princípios, as colisões de direitos fundamentais, a ponderação e a argumentação, associada por sua vez a um efeito expansivo das normas constitucionais permeadas de conteúdo material e axiológico, irradia-se com força normativa para a constitucionalização do direito administrativo (BARROSO, 2006a).

Nesse sentido, o autor (BARROSO, 2006b, p. 69-70) relaciona três circunstâncias que devem ser consideradas no âmbito da constitucionalização do Direito Administrativo que denotam a incidência do “neoconstitucionalismo”<sup>5</sup> – movimento que surgiu no final do século XX, na Europa – sobre a sua estrutura e a superação de diversos paradigmas tradicionais do Direito Administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do Direito Administrativo.

Com efeito, a partir do momento em que valores e opções políticas transformaram-se em normas jurídicas, tornou-se indispensável desenvolver uma dogmática específica capaz de conferir eficácia jurídica a tais elementos normativos.

Ao considerar a nova dogmática administrativa, agora constitucionalizada, é inevitável o enfrentamento dos paradigmas da clássica dogmática administrativa. Com efeito, é indubitável que o ponto de partida da discussão se dê a partir da noção de interesse público.

---

<sup>5</sup> Sobre os temas “neoconstitucionalismo” e “constitucionalização do direito” confira-se, dentre outros: SANCHÍS, Luis Prieto. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. pp. 101-135; POZZOLO, Susanna. *Um constitucionalismo ambíguo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 187-210; ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta, 1999; GUASTINI, Riccardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico – el caso italiano*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 49-73; FIGUEROA, Alfonso García. *La teoría del derecho em tiempos de constitucionalismo*. In: CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo (s)*. Madrid: Trotta, 2003. p. 159-186; SANCHÍS, Luis Prieto. *Constitucionalismo y positivismo*. México: Distribuciones Fontamara, 1999; FIORAVANTI, Maurizio. *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta, 2001. p. 71-164.

Como flexibilização de categorias do Direito Administrativo, Juarez FREITAS (2004, p. 28), seguindo o mesmo raciocínio, aponta “a mitigação do princípio da legalidade, havendo atividades administrativas exigíveis independentemente de previsão legal”. E arremata:

os princípios fundamentais são diretrizes superiores às regras, por definição, não devendo os agentes públicos – de modo passivo e acrítico – prestar mero acatamento às normas contidas em regras, tendo que não cumpri-las quando manifestamente violadoras dos princípios (FREITAS, 2004, p. 29).

Na mesma linha escreveu Sara Morgana Silva Carvalho LOPES (2013):

Dessa forma, houve uma clara mitigação do princípio da legalidade ocasionada pelo advento do neoconstitucionalismo, pois a lei passou a ser submetida ao crivo axiológico das normas constitucionais, de maneira que a validade de uma lei evidencia-se não somente pelo modo pela qual foi constituída, mas também pela existência de compatibilidade desta com a Lei Maior.

Conciliando as lições de Juarez FREITAS (2004, p. 44) e de Fábio Henrique Rodrigues de Moraes FIORENZA (2010), conclui-se que a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei formal e de forma literal. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualificam como sistematicamente justificável, com contornos mais abrangentes, atribuindo como parâmetro de atuação da Administração também os princípios constitucionais e as exegeses ampliativas dos direitos fundamentais consagradas pela doutrina e jurisprudência.

Em outros termos, com base no fenômeno da constitucionalização do direito administrativo o agir administrativo passa a vincular-se não somente à lei, mas a um “bloco de constitucionalidade” (ordenamento jurídico), doutrinariamente chamado de princípio da juridicidade administrativa.

A jurisprudência vem seguindo esta linha, a exemplo do AMS 2000.01.00.082743-7/AP, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

O princípio da legalidade adquire, atualmente, compreensão mais ampla, para significar princípio da constitucionalidade (Juarez Freitas), princípio da legitimidade (Diogo de Figueiredo Moreira Neto) ou princípio da juridicidade (Eduardo Soto Kloss), de modo a fazer prevalecer o fim do Direito (a justiça) sobre a literalidade da lei.

Enfim, percorreu-se um longo caminho para a sedimentação da compreensão finalística da Administração Pública, como instrumento constituído pelo Estado para satisfazer o bem comum (BACELLAR FILHO, 2008, p. 37).

A Administração Pública no século XXI é instrumento de realização dos direitos fundamentais dos administrados, agora erigidos ao *status* de cidadão. Nesse novo contexto, a ordem jurídica constitucionalizada impõe uma abertura da argumentação racional, transparente, que gere estabilidade e previsibilidade, que não quebre a ideia do direito como pacto social de uma determinada comunidade e seja voltada para a promoção dos valores constitucionais democraticamente escolhidos (SCHWANKA, 2009, p. 70).

A necessidade de modificação da forma de relacionamento do Estado com o cidadão, com vistas a retirar a arrogância e onipotência predominante da figura estatal é pressuposto para permitir uma evolução necessária e justa, temperada pelo atendimento dos direitos e garantias individuais consolidados no texto constitucional.

Para tanto, se faz imprescindível revisar categorias à luz das transformações paradigmáticas que conduzem ao controle mais dialógico, democrático e conciliatório, menos unilateral e preso à legalidade estrita, visto que o efeito da moderna concepção do Estado-Sociedade se traduz não mais na rigorosa separação do Estado e do Cidadão, mas em recíproca coordenação, como incentivo ao espírito de colaboração e de pacífica coexistência e participação (FREITAS, 2004, p. 17).

### 3. A utilização de acordos como fator de redução de litígios previstos na Constituição Federal.

Em breve apanhado, interessante ressaltar do clássico debate entre Ferdinand LASSALE e Konrad HESSE, citados por Emmerson GAZDA (2006) a contribuição do primeiro ao dar primazia aos “fatores reais de poder”, à primazia da realidade sobre a Constituição enquanto “folha de papel”, e a contribuição de HESSE em definir que tais fatores de poder uma vez juridicizados pelo constituinte assumem uma força normativa própria decorrente de uma “vontade de Constituição”.

Desse clássico debate pode-se extrair que a Constituição está assentada em valores próprios da sociedade, mas com força normativa que lhe é peculiar, decorrente de uma “decisão política fundamental”, observada com propriedade por Carl SCHMITT, citado por Emmerson GAZDA (2006).

A partir disso pode-se sair do plano do “dever ser” e passar para a compreensão do plano do “ser”, dentro da Teoria Pura do Direito, de Hans KELSEN, citado por Emmerson GAZDA

(2006), com sua clássica pirâmide em que a Constituição encontra-se como “norma jurídica fundamental”.

O que se extrai dessas rápidas pinceladas sobre a Teoria da Constituição é que se está diante de um diploma legislativo diferenciado, com importantes substratos de cunho sociológico e político e com uma força normativa diferenciada em relação às demais normas jurídicas.

Dessa forma, qualquer análise do sistema jurídico de uma sociedade estabelecida com base em uma Constituição deve ser feita a partir de suas diretrizes, mesmo que o sistema jurídico não tenha Constituição escrita e rígida, que lhe garante maior eficácia. Essa conclusão parece óbvia, mas a verdade é que na prática é muito comum que a interpretação da Constituição seja feita com base nas normas jurídicas que lhe são subjacentes (GAZDA, 2006).

A Constituição Federal, pois, (i) traça o arcabouço da organização estatal e, após a Revolução Francesa, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, (ii) agregou a função de garantir direitos, estabelecendo um catálogo de direitos fundamentais que da Revolução Francesa até os dias atuais foi sendo cada vez mais aprimorado, com o surgimento de novas esferas de proteção ao ser humano.

A Constituição Federal é um sistema que, como bem delimitou J. J. Gomes CANOTILHO (2003, p. 1159) é “um sistema normativo aberto de regras e princípios” e não há hierarquia de normas dentro da Constituição.

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil estabelecidos no art. 1º, da Constituição Federal estão a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III), como forma de indicar logo de início os alicerces de atuação e de interpretação do Estado Constitucional brasileiro. No mesmo sentido, o art. 2º estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Por fim, do art. 3º, extrai-se uma diretriz importante no sentido de que entre os objetivos fundamentais do Brasil está o da construção de uma sociedade justa, impondo desde logo ao Estado que sua atuação seja voltada a tanto.

Além disso, é interessante quanto à questão uma leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que, após explicitar a vontade de instituir um Estado Democrático e destinado a assegurar uma série de direitos fundamentais e da realização da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, expressa o compromisso, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Ora, é certo que o preâmbulo não é considerado como parte da Constituição em termos de vinculação normativa, expressando apenas fórmula de promulgação da Carta Constitucional. Contudo, em termos de elemento indicativo de interpretação, reflete o momento

histórico e a visão do constituinte originário sobre a Constituição. E nesse ponto verifica-se que a solução pacífica das controvérsias foi um dos objetivos do constituinte de 1988, o que deve ser considerado também no que se refere aos litígios internos entre particulares e/ou particulares e o Estado.

A orientação constitucional que se extrai, portanto, da análise dos princípios fundamentais contidos no Título I e da leitura do preâmbulo, é no sentido de que a sociedade brasileira pretende reduzir os litígios, alcançando uma situação de pacificação social que permita a construção de uma sociedade plural, harmônica, livre, justa, solidária, em que seja possível o desenvolvimento nacional e a realização do bem de todos. E a redução de litígios por certo envolve os litígios entre os integrantes do Estado e destes contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

Assim, pode-se concluir que a litigiosidade é antagônica à finalidade e aos princípios da República do Brasil, na medida em que não contribui para uma sociedade fraterna e fundada na harmonia social.

#### 4. Importância da realização de acordos para o direito público.

Um dos pilares do Estado de Direito é a fixação de um regime jurídico administrativo. Assim, é possível afirmar que com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime jurídico constitucional-administrativo fundado em princípios constitucionais expressos, outros de modo explícito e muitos outros que se extraem implicitamente, tais como da prescritibilidade, da lealdade e da boa-fé, da segurança das relações jurídicas, da razoabilidade e da proporcionalidade, entre outros.

Para a resolução de controvérsias, a Administração Pública democrática é conduzida a adotar formas mais dinâmicas em sua relação com o cidadão, com vistas a conciliar e equilibrar os interesses do particular e da Administração, relativos à boa, correta e justa governança dos contratos submetidos à égide do Direito Administrativo, para a consecução das atividades fins do Estado.

Almeja-se uma nova interação entre o cidadão e a Administração, por meio do aperfeiçoamento do canal de diálogo e transações múltiplas das partes, de tal forma a propiciar maior estabilidade nas relações entre Estado e Sociedade e pôr fim a litígios que, em regra, arrastam-se por anos até o pronunciamento do Poder Judiciário ou até mesmo nessa seara. Daí a importância da conciliação à luz desse novo paradigma.

Baptista MACHADO (1982, p. 46-108) elucida que o consenso entre os representantes do Estado – Administração – e seus parceiros sociais – cidadãos –, vem a representar uma segunda via de legitimação para a atuação estatal, traduzindo-se numa espécie de interpenetração do Estado com a sociedade.

Odete MEDAUAR (2003, p. 211) destaca a importância do consensualismo no âmbito da Administração contemporânea:

A atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A Administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A Administração passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento do consenso e da participação.

No mesmo sentido, Almiro do COUTO E SILVA (1997, p. 64-65):

Fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais. Administração concertada, administração consensual, *soft administration* são expressões que refletem formas de democracia participativa, em que o Poder Público, ao invés de decidir unilateralmente, utilizando-se desde logo do ato administrativo, procura ou atrai os indivíduos para o debate de questões de interesse comum, as quais deverão ser solvidas mediante acordo. Por vezes esse acordo é estabelecido informalmente, antes de o Poder Público exarar ato administrativo. Então, o que aparece, juridicamente, é apenas o ato administrativo e não a solução consensual que ficou atrás dele e escondida por ele.

Em monografia dedicada ao tema, Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007b, p. 37-48) assevera:

Pela consensualidade, o Poder Público vai além de estimular a prática de condutas privadas de interesse público, passando a estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus

modos e formas de atendimento. [...] a consensualidade é um enriquecimento do Direito Administrativo que a ele incorpora-se permanentemente.

A busca pelo consenso representa um novo método de governar ou administrar que fomenta uma maior integração das forças sociais com vistas à estabilidade social e política, eliminando a má vontade e resistência que costumam acompanhar as intervenções agressivas da Administração.

Além disso, a escolha da via judicial para pleitear direitos em face da Administração Pública não inviabiliza, por si, a solução amigável do conflito. A Administração não é obrigada, pela simples existência do litígio, a deixar de reconhecer direitos que sejam, em sua análise mais atual, realmente devidos (SUNDFELD; CÂMARA, 2010, p. 2).

Não existe regra jurídica expressa que proíba a adoção do acordo (judicial ou extrajudicial) por parte da Administração Pública. Ao contrário, é possível identificar exemplos marcantes de previsão legislativa aceitando a solução consensual nos processos envolvendo o Poder Público (SUNDFELD; CÂMARA, 2010, p. 2-3), mormente após a aprovação do Novo Código de Processo Civil e da Lei nº. 13.140/15<sup>6</sup>.

Fundados em um antigo preconceito, no sentido da necessária oposição entre o interesse público e o particular, entendem alguns que a Administração Pública em juízo não pode transigir, não pode desistir e está obrigada a prosseguir em qualquer feito, indefinidamente, enquanto houver algum recurso abstratamente possível (SUNDFELD; CÂMARA, 2010, p. 4).

Também instila esse quadro a compreensão, tantas vezes externada, segundo a qual se imagina competir aos advogados públicos, enquanto profissionais de atividade jurídica vinculada, sustentar o insustentável, ou contestar o incontestável, pois não lhes caberia dispor sobre os interesses deduzidos em juízo pelo Poder Público (MADUREIRA, 2011, p. 3).

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu não ser possível o Poder Público firmar acordo, conforme RESP 1.198.424/PR. Mas os tempos são outros. Atualmente, com base no princípio participativo, afirmado pela Constituição Federal, já se desenvolvem várias ações calcadas na colaboração, no entendimento e na soma de esforços de agentes privados e governamentais (SUNDFELD; CÂMARA, 2010, p. 4).

A decisão administrativa que possua o respaldo da participação popular terá maior eficácia e efetividade, obtendo-se, por consequência, maior eficiência na gestão administrativa e maior justiça na decisão. O fenômeno da administração participativa ou concertada é uma técnica essencial

---

<sup>6</sup> Cita-se, ainda: Lei 5.172/66; Lei 7.347/85; Lei 8.987/95; Lei 9.307/96; Lei 9.605/98; Lei 9.469/07; Lei 12.529/11;

de eficiência que visa substituir a tradicional Administração autoritária (OLIVEIRA, 2006, p. 401-427).

Gustavo Justino de OLIVEIRA (2005a, p. 569) afirma que a conformação da Administração Pública consensual não resulta na superação da administração imperativa, mas seguramente diminui seu campo de incidência. Segundo o autor, a expansão do consensualismo para considerável parcela das atividades perpetradas pela Administração provoca uma mudança de eixo do Direito Administrativo, que passa a ser orientado pela lógica da autoridade continuamente permeada e temperada pela lógica do consenso.

Almiro do COUTO E SILVA (2014) enfatiza a necessidade de compreender o princípio da confiança legítima como sendo um princípio de conteúdo autônomo. As ponderações do autor evidenciam o reconhecimento da existência do interesse público em se proteger a boa-fé e a confiança dos administrados, tema amplamente já debatido e reconhecido pelo direito alemão (COUTO E SILVA, 1987, p. 55).

A prevalência do princípio da confiança, em casos pontuais, mesmo quando ponderado em relação ao princípio da legalidade, não significa o fim do Estado vinculado à lei.

Nesse cenário de transição, conforme demonstra Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2002b), há sinais inequívocos, de que:

[...] esse novo Direito Administrativo, que surge enriquecido e expandido, não é mais o do Estado de Direito, em que lhe bastava a legalidade e a eficácia, e reinava soberano o princípio da supremacia do interesse público. Esse, é o Direito Administrativo do Estado Democrático de Direito, em que, além da legalidade, se demanda legitimidade, além da eficácia se exige eficiência e nele se afirma indisputável, sobre qualquer outras prelações, o princípio da supremacia da ordem jurídica.

Assim, a teoria clássica do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito contemporâneo, na busca de soluções consensuais, de acordos, de cooperação, de parcerias entre a Administração e os particulares, ou entre órgãos e entidades públicas, sofre o influxo de nova dogmática, acendendo a discussão desses novos modos de atuação administrativa. A evolução talvez não seja linear, nem unânime, porém se constitui uma tendência contínua, que só verá o seu termo, com um novo cuidado com o direito dos administrados (SCHWANKA, 2009, p. 94).

## 5. A realização de acordos à luz da jurisprudência e dos precedentes judiciais.

Uma das características do Estado Moderno é a separação dos poderes, de forma independente e harmônica entre si, evitando-se a situação do regime absolutista anterior. Nesse quadro, cada um dos poderes do Estado assume uma função primordial, não com exclusividade, mas com certa primazia de ação, distinguindo-se claramente o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Assim, pode-se dizer que o Estado é uno; as suas funções é que são partilhadas.

Na parte que interessa ao presente estudo, uma vez definida pelo Poder Judiciário a forma de tratamento de uma determinada matéria em que é litigante o próprio Estado, com o esgotamento por parte do Poder Executivo de todos os meios disponíveis até as instâncias superiores, a observância do princípio da separação dos poderes impõe que o próprio Estado, em nível de governo e administração (Poder Executivo), observe a decisão tomada (Poder Judiciário), sob pena de se contrariar toda a lógica da estrutura estatal, seus fins e razão de existência.

Uma das formas de realização do próprio Estado nessa seara é a definição pelo Poder Executivo de medidas a serem aplicadas pelos entes meramente administrativos em observância às decisões judiciais reiteradas (jurisprudência), independentemente de expressa previsão Constitucional de efeito vinculante, uma vez que a vinculação decorre da própria existência do Estado na formulação atual, o que já está fixado constitucionalmente.

Outra forma de realização do Estado é a existência de uma diretiva implícita no sentido de realização de acordos em processos judiciais em que se afigurem situações idênticas ou semelhantes às já sedimentadas jurisprudencialmente. A partir da teoria política, verifica-se que a regra em casos consolidados pelo Judiciário deve ser a observância dos precedentes, com atuação voltada para a concretização das decisões proferidas.

Precedente, na lição de Luiz Guilherme MARINONI (2013, p. 213-214):

constitui decisão acerca de matéria de direito [...] e não matéria de fato. [...]. Contudo, para constituir precedente, não basta que a decisão seja a primeira a interpretar a norma. É preciso que a decisão enfrente todos os principais argumentos relacionados à questão de direito posta na moldura do caso concreto. [...]. Em suma, é possível dizer que o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina.

Significa dizer que os precedentes legitimamente firmados pela atividade jurisdicional vinculam o Estado como um todo, o que inclui o Poder Executivo, como algo decorrente da própria natureza das coisas, da própria existência do Estado, que não pode logicamente ao mesmo tempo definir sua posição quanto a determinada questão pela função judicial típica e ao mesmo tempo descumprir tal posição no âmbito executivo.

Assim, a indiscutível força persuasiva que têm os precedentes judiciais na solução de casos concretos, notadamente em vista da crescente força vinculativa que lhes vem dando o legislador brasileiro faz com que se qualifique, juntamente com a jurisprudência, como padrão valorativo adequado a balizar a atividade interpretativa tendente à celebração de acordos no processo (MADUREIRA, 2011, p. 10).

Nessa seara, caberá a realização de acordos para pôr fim a litígios quando já existir precedente judicial pré-fixado ou jurisprudência consolidada.

## 6. Função e atuação do advogado público.

O Poder Judiciário exerce uma das funções do Estado e não parece lógico se falar em o Estado litigando contra seu próprio entendimento.

Outrossim, tem-se que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV, do Título III, inseriu a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, ressaltando, ainda, ao tratar do Advogado (em que se incluem os Advogados Públicos), sua indispensabilidade à Administração da Justiça (art. 133, da Constituição Federal<sup>7</sup>).

Ora, diante desse quadro constitucional específico, o Advogado Público é um agente administrativo com prerrogativas, atribuições e responsabilidades diferenciadas, tendo o dever de participar de forma efetiva do projeto constitucional quanto ao Poder Judiciário, dever este que se torna fortalecido frente a necessidade de pautar sua atividade a partir dos princípios administrativos e da busca de realização dos fins do Estado e previsões da Constituição quanto à sociedade brasileira.

Possui um regime jurídico híbrido: de um lado, um regime estatutário que vincula o advogado público à entidade pública; de outro, o regime legal que o liga a outra entidade (a OAB – Lei nº. 8.906/94) e possui normas próprias que são aplicáveis a todos os que exercem a atividade de advogado<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

<sup>8</sup> Nessa linha já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADI 2652: “[...] como ocorre, por exemplo, com os profissionais da advocacia que a exercem na condição de servidores públicos. Embora submetidos à legislação específica que regula tal exercício, também devem observância ao regime próprio do ente público contratante. Nem por isso, entretanto, deixam de gozar das prerrogativas, direitos e deveres dos advogados, estando sujeitos à disciplina própria da profissão (Estatuto da OAB, artigos 3º, § 1º, e 18)”.

Além disso, o art. 12, inciso I e II, do Código de Processo Civil estabelece que a representação judicial da União, do Estado, do Distrito Federal e dos Municípios se dará por meio de seus Procuradores (ou também pelo Prefeito, no caso dos Municípios).

Mesmo assim, apesar do tema ser controvertido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que os advogados públicos apresentam o Estado; e não o representam, conforme se depreende do RESP 401.390/PR:

Veja-se, inicialmente, que a lei refere-se a "advogados". Vale dizer: as pessoas que atuam em juízo, defendendo interesses de terceiros. Por defenderem interesses de terceiros, os advogados apresentam-se munidos de procuração.

Os denominados advogados (ou procuradores) de Estado não são, em rigor, advogados (nem procuradores). Com efeito, eles não atuam em lugar do Estado, mas como um de seus órgãos. Assim como o juiz é o órgão pelo qual o Estado executa sua função jurisdicional, o procurador é o órgão de que o Estado se vale, para defender-se e atacar, em juízo.

Nunca é demais lembrar a precisa e preciosa observação de Pontes de Miranda: o procurador não representa; ele apresenta o Estado. Se assim ocorre, não faz sentido exigir-se do advogado de Estado, procuração ou credencial. O Procurador, quando é investido em seu cargo público, está automaticamente habilitado para funcionar como órgão estatal de comunicação com o Poder Judiciário. Por isso, não necessita de qualquer outro documento ou formalidade, para funcionar em defesa da entidade a que se incorporou.

Nesta seara, apenas uma prova seria razoável exigir do procurador: a de que ele realmente integra o respectivo quadro funcional. Semelhante prova (a nomeação e a posse), entretanto, constitui-se de atos, cuja comprovação é desnecessária. Exigir do procurador de Estado, a cada ato, a comprovação de sua investidura seria disparate tão grande quanto a exigência de que, cada acórdão viesse acompanhado de certidão, comprovando que os ministros que atuaram no julgamento são efetivamente magistrados. (REsp 401390/PR, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/10/2002, DJ 25/11/2002, p. 200).

Destaca-se da fala do Ministro José Antônio Dias Toffoli, quando Advogado-Geral da União em 2009, à necessidade de a Advocacia Pública orientar a atividade administrativa, conformando-a ao Direito, de modo a prevenir litígios desnecessários e, quanto tal for possível, de por a termo demandas que se demonstram virtualmente perdidas, a par da jurisprudência consolidada nos Tribunais brasileiros. Essa postura é absolutamente indispensável a que se assegure ao cidadão um acesso adequado à justiça (MADUREIRA, 2011, p. 3-4).

Nessa senda, impõe-se como exigência do princípio do acesso à justiça (art. 5º, incisos XXXV e LXXVIII, da Constituição Federal<sup>9</sup>) uma atuação mais incisiva dos advogados públicos no sentido da compatibilização da sua atividade profissional, e do próprio agir administrativo, ao Direito (MADUREIRA, 2011, p. 4).

A Advocacia Pública detém a prerrogativa de exercer, em âmbito interno, o controle da atividade administrativa no que se refere aos aspectos jurídicos, pois a ela cumpre, e em regime de exclusividade, orientar a Administração Pública sobre como deve se dar a aplicação casuística do Direito. Com efeito, a Constituição confere aos advogados públicos, e somente a eles, a representação judicial e a consultoria jurídica dos entes políticos.

Tem-se, portanto, que o Advogado Público, quando no exercício de suas atribuições de definir a viabilidade de um acordo ou da utilização das vias recursais, não atua propriamente como um servidor público comum. Age verdadeiramente como um agente político.

Nesse contexto, é interessante observar que, em relação aos acordos na esfera judicial, a concretização da vontade do Advogado Público enquanto agente político não se dá de forma isolada. Depende, ainda, para concretização, da atuação do Estado-Juiz, que tem na atividade homologatória do Magistrado responsabilidade igualmente relevante à do Advogado Público no que se refere ao zelo pela coisa pública.

Na prática, nem sempre os agentes públicos estão preparados para aplicar o Direito, o que se explica, em parte, pela diversidade da base de formação acadêmica dos profissionais que integram a Administração Pública, que é composta por médicos, ambientalistas, economistas, administradores, entre outros profissionais que não foram formados para aplicar o Direito, ou pelo menos que não acompanham a evolução da aplicação do Direito pela jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

Não é por outro motivo que o ordenamento jurídico-positivo brasileiro confere à Advocacia Pública a prerrogativa de interpretar os textos legislativos. E de promover, a partir dessa sua atividade intelectual, a juridicização e a uniformização da atuação dos órgãos e entidades que compõem a Administração Pública.

Destarte, a Advocacia Pública é comumente chamada a corrigir possíveis impropriedades na aplicação do Direito, em atuação que pode ser preventiva ou curativa.

A conclusão, portanto, é que, enquanto na esfera administrativa em geral a realização de acordos depende de uma regulamentação específica por parte do Executivo (mais

---

<sup>9</sup> Art. 5º [...]: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...];LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

especificamente à União<sup>10</sup> e aos Estados Federados, diante da sua grandeza geográfica que faz com que existam diversos advogados públicos labutando nas mais diversas regiões, o que costuma não ocorrer nos Municípios), no que se refere aos acordos na esfera judicial, têm os Advogados Públicos uma atuação que constitucionalmente não está vinculada à edição de atos administrativos específicos de autorização e/ou súmulas administrativas.

Dessa forma, aos órgãos de cúpula da Advocacia Pública cabe apenas a regulamentação não obstativa dos acordos, verificando-se situação de inconstitucionalidade por ação quando restringem os acordos por via infralegal.

Além disso, há inconstitucionalidade por omissão quando, diante de diversos julgados reiterados ou de precedente já firmado, o Estado-Administração não traz facilitadores à atividade conciliatória.

Em consequência, a abertura de processo administrativo disciplinar pela realização de acordos com fundamento na ausência de ato administrativo de autorização específico ou de súmula administrativa viola a Constituição Federal e seu sistema de direitos fundamentais, gerando a responsabilidade do agente público que determinou a instauração do processo administrativo (GAZDA, 2006).

## 7. O advogado público como auxiliador na motivação dos atos administrativos e na ponderação de interesses.

A nova dogmática juspublicista tem sinalizado que a negociação se converteu em instrumento imprescindível para a tarefa de administrar.

Especificamente no tocante à utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no âmbito do Direito Público, dentre os quais se insere a transação, é praticamente inevitável fugir do debate de temas controvertidos que ainda despontam discussões acaloradas entre os doutrinadores pátrios.

---

<sup>10</sup> A legislação federal relativa à organização e funcionamento da Advocacia Pública estabelece: (a) que os Pareceres exarados pelo Advogado-Geral da União (LC n° 73, art. 40), assim como aqueles lavrados pela Consultoria-Geral da União e ratificados pelo Advogado-Geral da União (LC n° 73, art. 41) se aprovados pelo Presidente da República e publicados juntamente com o despacho presidencial, vinculam a Administração Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhes dar fiel cumprimento (LC n° 73, art. 40, § 1°); (b) que também obrigam, embora apenas aos respectivos órgãos autônomos e entidades vinculadas, os Pareceres das Consultorias Jurídicas, aprovados pelo Ministro de Estado, pelo Secretário-Geral e pelos titulares das demais Secretarias da Presidência da República ou pelo Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas (LC n° 73, art. 42); e (c) que as Súmulas editadas pela Advocacia-Geral da União vinculam todos os membros da Advocacia Pública Federal (LC n° 73, art. 43).

Refere-se, num rol meramente exemplificativo, à discussão acerca da questão do campo e “amplitude” da discricionariedade, da legalidade *versus* a juridicidade, da indisponibilidade e supremacia do interesse público, dentre outros, institutos que deságuam no tema da sindicabilidade dos atos da Administração Pública e que merecem releitura sob determinados aspectos, vinculada aos princípios constitucionais e não apenas à legalidade estrita.

Antonio Calvacanti MAIA (2005, prefácio) registra que:

argumentar significa acima de tudo, fornecer razões que dêem suporte a determinadas conclusões; é basicamente, uma atividade de justificação. [...] Uma argumentação garante razões para que se acredite em uma certa conclusão, razões geradoras de convicção.

Desse modo, ao efetuar a ponderação dos interesses em conflito, o administrador público deverá pautar-se pela justificação da escolha adotada, com base em critérios de proporcionalidade e razoabilidade<sup>11</sup>, representando verdadeira motivação da decisão administrativa acordada.

A partir dessa ótica, importa assinalar que é a discricionariedade – entendida com espaço de liberdade de atuação do administrador público, devidamente vinculada pelo ordenamento jurídico<sup>12</sup> – que possibilita a realização da transação pela Administração Pública, exatamente por meio da busca da compatibilização e ponderação dos interesses e valores envolvidos em cada caso concreto. Afinal, transacionar implica estabelecer um ponto de consenso para a resolução de controvérsias.

Com efeito, é ao administrador público, como gestor da coisa pública, que cabe o dever de efetuar a melhor escolha com vistas à otimização do interesse público. E o advogado público auxilia sobremaneira o administrador público nessa motivação.

---

<sup>11</sup> Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007, p. 101) apresenta uma distinção ímpar entre o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade, ambos importantes para a técnica de ponderação: “na perquirição da *razoabilidade* não se trata de compatibilizar *causa e efeito*, estabelecendo uma relação *racional*, mas de compatibilizar *interesses e razões*, o que vem a ser o estabelecimento de uma relação *razoável*. [...] Assim que a aplicação do *princípio da razoabilidade* visa afastar o arbítrio que decorrerá da *desadequação* entre meios e fins, da *desnecessidade* de meios para atingir afins e da *desproporcionalidade* entre meios empregados e os fins a serem alcançados. [...] Compreendida na razoabilidade está a *proporcionalidade*, exigente do equilíbrio *justo* entre os meios empregados, ainda que legais, e os fins públicos a serem alcançados, e que tanto pode ser tomada como um princípio autônomo, como considerada como um requisito de razoabilidade. [...] O *princípio da proporcionalidade* [...] prescreve, especificamente, o *justo equilíbrio entre os sacrifícios e os benefícios resultantes da ação do Estado*”.

<sup>12</sup> Gustavo BINENBOJM defende que com a nova concepção de discricionariedade, ocasionada, principalmente, pela principalização do direito brasileiro que aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade, formou-se a convicção de que não há diferença de natureza entre o “ato administrativo vinculado” e o “ato administrativo discricionário”, sendo a diferença o grau de vinculação. [...] Se os atos vinculados estão amarrados à letra da lei, os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados diretamente aos princípios. (BINENBOJM, 2008, p. 210).

Desponta nítido que a valoração dos fins a serem atingidos é relevante para a sindicabilidade do processo de transação, para o fim de avaliar eventual desvio de finalidade ou de poder na sua condução por parte do agente público.

É preciso que o tipo de interesse prevalente adotado pelos agentes públicos, no caso concreto, seja avaliado no contexto dos prejuízos reais e potenciais para a função pública e para a sociedade como um todo, sem deixar de se examinar a pluralidade dos interesses em jogo, seus desdobramentos e potencialidades nos horizontes individuais e sociais disponíveis relevantes (OSÓRIO, 2007, p. 397).

Quem melhor pode avaliar esse contexto no caso concreto é o advogado público, que valora a situação conforme os princípios e valores constitucionais (juridicidade), pesquisa e analisa jurisprudência e precedentes judiciais, auxilia na ponderação de valores em cada caso e se utiliza de todas as técnicas jurídicas disponíveis à solução do caso.

Ora, o Advogado Público é quem possui a autoridade intelectual à promoção da esmerada aplicação do Direito pelos órgãos estatais, e que tem a potencialidade de prevenir a instauração de litígios potencialmente ruinosos para o poder público. De igual modo se fundamenta a sua autoridade para, em âmbito judicial, buscar reverter os efeitos do ato impugnado pelo postulante, sempre que verificar que a pretensão administrativa nele encartada encerra equívoco na aplicação do Direito (MADUREIRA, 2011, p. 6).

É a Advocacia Pública que tem a prerrogativa e a responsabilidade de proceder ao controle da juridicidade dos atos estatais quando da sua atuação nos âmbitos consultivo e contencioso.

Essa flexibilidade valorativa da aplicação do Direito, quando conjugada à vinculação da aplicação do Direito aos posicionamentos consolidados na jurisprudência dos Tribunais brasileiros, avulta a importância dos advogados públicos na correção de equívocos de interpretação cometidos pela Administração Pública. Não foi por outro motivo que o legislador atribuiu à Advocacia Pública, entre outras prerrogativas, a celebração de acordos no processo.

Com efeito, a Administração Pública não pode ostentar interesses verdadeiramente públicos incompatíveis com o ordenamento jurídico. Nos chamados “casos difíceis” haverá a necessidade de uma fundamentação racionalmente rastreável, democraticamente visível e juridicamente justificada (OSÓRIO, 2007, p. 398).

De sorte que para o controle da finalidade dos atos discricionários, ou seja, para o controle do mérito administrativo, há de ser verificado se o mesmo está inserido nos limites estabelecidos pela proporcionalidade, efetuando-se, por derradeiro, um controle por princípios da

atuação discricionária da Administração. Em suma, não se trata apenas de controlar o núcleo da apreciação ou da escolha, mas de diminuir o espaço em que o administrador faz escolhas de acordo com a conveniência e oportunidade (BINENBOJM, 2008, p. 208).

Sem detrimento disso, cabe ainda registrar a questão dos conceitos jurídicos indeterminados, os quais admitem valorações diferentes, igualmente comportando um espaço de livre apreciação por parte dos órgãos administrativos técnicos e especializados, sem, contudo, poder ser confundido com a discricionariedade.

Luís Roberto BARROSO (2004, p. 280) aduz que “além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos a marca do direito”. Por isso, destaca Thomas da Rosa de BUSTAMENTE (2005, p. 60):

“o aplicador do direito é, a todo momento, chamado a realizar juízos de valor, seja porque a própria lei o exige por meio de conceitos indeterminados, conceitos normativos ou espaços de discricionariedade, seja para dar vazão a uma colisão de valores juridicamente protegidos”.

É precisamente neste processo que surge, para o intérprete, a tarefa de buscar a justificação de enunciados jurídicos, que é muito mais do que a simples subsunção de descrições de fatos a enunciados normativos obtidos por processo de dedução. A exigência de valorações por parte do jurista é algo incontroverso (ALEXY, 2001).

Não raras vezes, o administrador público se depara com situações em que necessita proceder a valorações e em que é necessário estabelecer critérios para justificar suas decisões.

Deveras, a adoção de métodos alternativos para a solução de controvérsias no âmbito do Direito Público obriga ao administrador público – investido no exercício da gestão pública – realizar ponderações entre a legalidade, moralidade, proteção da confiança legítima e da boa-fé e da eficiência, à luz do princípio da juridicidade administrativa, visando à consecução do melhor interesse público no caso concreto.

A propósito, vale conferir as ponderações a respeito de Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO (2007a, p. 558):

[...] a melhor realização possível da gestão dos interesses públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos para a sociedade, ela se apresenta, simultaneamente, com um atributo técnico da

administração, como uma exigência ética a ser atendida, no sentido weberiano de resultados, e como uma característica jurídica exigível, de boa administração dos interesses públicos.

Entende-se que o interesse público, na grande maioria das vezes, tem condições de ser realizado com maior eficiência em um contexto de harmonia e, simultaneamente, com a satisfação dos interesses privados. Finalmente, na medida em que se permite a superação dos conflitos com ampla participação dos interessados, assegura-se, como consequência, maior estabilidade nas relações administrativas, aumentando o grau de segurança das partes envolvidas (BAPTISTA, 2003, p. 266-267).

Em outras palavras, a discricionariedade administrativa precisa apresentar-se motivadamente vinculada ao sistema jurídico, sob pena de vício de nulidade do ato administrativo (FREITAS, 2007, p. 13).

Com esteio na tendência ora revelada, Juarez FREITAS (2007, p. 13-14) leciona que “o direito público, notadamente o direito administrativo, precisa ser convertido no *direito da motivação consistente e do controle principalista e fundamentado das decisões estatais*”.

O princípio da proporcionalidade traz a importante atribuição do advogado público atuar com razoabilidade na hierarquização do direito aplicável.

Assim, por questões técnicas, é o Advogado Público que possui melhor autoridade intelectual à promoção da correta aplicação do Direito ao caso concreto, no âmbito da administração pública. Ele que tem o condão de prevenir litígios e verificar qual a melhor situação de acordo em cada caso, considerando todos os princípios envolvidos à preservação do interesse público.

## 8. Considerações finais.

A Administração Pública, ao longo da história, manteve uma considerável autonomia e conveniente distanciamento, tornando-se relativamente inacessível a interferências externas em suas atividades, até mesmo dos próprios cidadãos. Assim, a dogmática da disciplina destinada a submeter as atividades da Administração Pública à lei foi construída sobre a ideia central de que “o interesse público é um interesse próprio da pessoa estatal, ‘externo e contraposto aos dos cidadãos’” (MOREIRA NETO, 2007b, p. 10-11).

Devido à enorme expansão da intervenção do Estado, essa via autoritária não é mais susceptível de ser usada de forma exclusiva. Atualmente, não somente o cidadão depende da

Administração, mas igualmente a Administração Pública depende da cooperação e parceria do cidadão para o desempenho de suas atividades-fins.

A Constituição Federal, ao erigir o administrado à condição de cidadão, expande a visão clássica e unilateral do Direito Administrativo e põe em xeque a dogmática administrativa clássica. O texto constitucional, ao dispor de forma expressa, no *caput* do art. 37, os princípios a serem observados por toda a Administração Pública no exercício da função administrativa, além dos princípios implícitos, modifica a perspectiva de um Direito Administrativo respaldado na lei e amplia o alcance e o sentido da legalidade, nascendo dessa exegese o princípio da juridicidade.

Presencia-se, no Direito Administrativo brasileiro, intensa mudança e releitura de paradigmas, desencadeada, principalmente, como resposta à necessidade de modernização do aparelho estatal o qual se exige que seja, ao mesmo tempo, transparente e eficaz; participativo e imparcial; legal e eficiente, cujas escolhas administrativas devam ser razoáveis, equitativas, fundadas no consenso dos destinatários e destinadas, sobretudo, à otimização do interesse público. A interpretação jurídica das instituições do Direito Administrativo passa a ser submetida a uma compreensão concreta e pragmática dos valores constitucionais.

Configura-se, por isso mesmo, um cenário de transição de uma gestão pública autoritária para uma gestão pública democrática, cujas margens discricionárias abrem um espaço de valoração para que o administrador público, à luz dos comandos constitucionais, persiga o melhor interesse público possível, mediante uma solução concertada com o administrado, tanto para prevenir, como para pôr fim a controvérsias. A Constituição traça os preceitos basilares de desempenho da Administração Pública ao mesmo tempo em que determina sua democratização.

É a ponderação de princípios, bens e valores constitucionais que deverá nortear a resolução de eventuais conflitos entre Administração e cidadão. A Administração Pública se realiza buscando soluções que visem ao equilíbrio e à proteção dos interesses legítimos envolvidos em cada caso concreto, com o auxílio da advocacia pública.

É ela que cabe melhor analisar a jurisprudência e a valoração de cada caso, a fim de verificar a melhor solução a ser dada ao caso concreto.

É a satisfação das necessidades coletivas que determina que a Administração adote em cada caso concreto, a melhor solução possível, como resposta ao seu dever de boa administração, com eficiência e economicidade. Atuar conforme o Direito é atender aos fins de interesse geral, atentar para a boa-fé, com observância da adequação entre meios e fins na atuação administrativa.

Assim, propugna-se pela utilização de acordos visando à prevenção e à resolução de conflitos. Verificou-se que é um dever do Estado realizar o acordo quando este se mostrar possível.

A lei não consegue antever todos os casos da vida real. Portanto, a mera observância da lei pelo simples método da subsunção não mais atende aos reclamos de uma sociedade plural e heterogênea como a nossa, razão pela qual a técnica da ponderação de valores a cada caso concreto, diante da releitura dos princípios constitucionais administrativos, é a solução mais célere para o término de litígios entre a Administração Pública e o Cidadão. Para a solução do caso concreto, a Administração Pública está jungida a todos os princípios constitucionais, expressos e implícitos, e não somente à legalidade.

Dessa maneira, o administrador público, no exercício das escolhas administrativas, está obrigado a perseguir a melhor solução para cada caso concreto que demande sua atuação, sendo imprescindível a atuação da advocacia pública nesse mister.

## 9. Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. São Paulo: Landy, 2001.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Revista da EMERJ, Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, 2006.

\_\_\_\_\_. *Prefácio*. In: BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*. In: SARMENTO, Daniel. (org.) *Interesses públicos 'versus' interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2005.

BOBBIO, Norberto; et al. *Dicionário de política*. Trad. Carme Varriale et al. 8. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, v. 1.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem*. A teoria do discurso e a justificação dos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

COUTO E SILVA, Almiro do. *Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 209, p. 43-70, jul./set. 1997.

\_\_\_\_\_. *Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito contemporâneo*. Revista de Direito Público, Rio de Janeiro, n. 84, p. 50-67. out./dez. 1987.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

ESPÍRITO SANTO, Leonardo Motta. *Direito Administrativo*. In: MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Curso prático de Direito Administrativo*. 2. ed. rev. atual. Ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIORENZA, Fábio Henrique Rodrigues de Moraes. *Conciliação e administração pública*. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2594, 8 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/17131>>. Acesso em: 14 maio 2014.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e princípios fundamentais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

\_\_\_\_\_. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2008.

GAZDA, Emmerson. *Administração pública em juízo: poder-dever de transigir*. *Revista de doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, 19 jan. 2006. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ediacao010/emmerson\\_gazda.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/ediacao010/emmerson_gazda.htm)>. Acesso em: 14 maio 2014.

GUASTINI, Ricardo. *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano*. Madrid: Trotta, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria general del derecho y del Estado*. México: Imprenta Universitária, 1950, trad. Eduardo García Maynes.

LOPES, Sara Morgana Silva Carvalho. *O neoconstitucionalismo e a mitigação do princípio da legalidade*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 115, ago 2013. Disponível em: <[http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13562&revista\\_caderno=9](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13562&revista_caderno=9)>. Acesso em maio 2014.

MACHADO, João Baptista. *Participação e descentralização*. Democratização e neutralidade na Constituição de 76. Coimbra: Almedina, 1982.

MADUREIRA, Claudio Penedo. *Poder público, litigiosidade e responsabilidade social*. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 126, p. 9-22, ago. 2011. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2012.

MAIA, Antonio Calvacanti. *Apresentação: pesquisa jurídica, curiosidade científica e argumentação*. In: BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, v. 1.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

\_\_\_\_\_. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Uma Nova Administração Pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 220, p.179-182, abr./jun. 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A arbitragem e as parcerias público-privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. (org.) *Parcerias público-privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. São Paulo: RT, 2007.

SCHWANKA, Cristiane. *Administração Pública consensual: a transação como método alternativo de solução de conflitos nos contratos administrativos*. 2009. 170f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdades Integradas do Brasil – UniBrasil, Curitiba.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de direito público*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. *Acordos na execução contra a Fazenda Pública*. Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=69424>>. Acesso em 10/06/2014. Material da 5 aula da disciplina Fazenda Pública em Juízo, ministrada no Curso de Pós-Graduação de Direito Público-Anhanguera-Uniderp I Rede LFG, 2013.



## USO DE BENS PÚBLICOS E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE PÚBLICA

**Roberta Keiko Taki Imagawa**

*Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Bacharel em Direito pela UEL.*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Bens Públicos. 3. Regime Jurídico dos Bens Públicos. 4. Utilização de Bens Públicos pela Administração Pública e pelo povo. 5. Utilização de Bem Público por particular. 6. Função Social dos Bens Públicos. 7. Considerações Finais. 8. Referências bibliográficas.

**RESUMO:** O presente artigo consiste em um estudo preliminar acerca do uso dos bens públicos e da aplicabilidade ou não do princípio da função social da propriedade a estes. Preliminarmente, realiza uma análise legal e doutrinária acerca dos bens denominados públicos com base na classificação adotada pelo Código Civil de 2002. Características do regime jurídico dos bens públicos como a inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade são traçadas a fim de diferenciá-lo do regime privado. Os bens públicos podem ser utilizados pela própria Administração Pública, pelo povo ou pela iniciativa privada. Neste último caso, são necessários instrumentos de Direito Público ou Privado para outorga desse uso privativo. Independentemente de quem esteja exercendo o uso da propriedade pública deve esta atender ao princípio constitucional da função social da propriedade, visto que não há como dissociar da ideia de bem público as noções de função social e interesse público.

**PALAVRAS-CHAVE:** Bem público; Formas de utilização. Função social da propriedade pública.

**ABSTRACT:** The present article is a preliminary study about the use of public property and applicability or not of the principle of the social function of property to them. First of all, it conducts a legal and doctrinal analysis about the public property based on the classification adopted by the Civil Code of 2002. Characteristics of the legal regime of public goods such as alienation, unseizability, imprescriptible and not profitability are drawn in order to differentiate it from the private sector. Public property can be used by the Public Administration itself, by the people or by the private sector. In the latter case, it takes public law instruments or Private to grant this private use. Regardless of who is exercising the use of public property must meet this constitutional principle of the social function of property, because there is no way to separate the idea of public good notions of social function and public interest.

**KEY-WORDS:** Public property; Instruments of use. Social function of property.

### 1. Introdução

O objetivo do presente trabalho é discorrer a respeito das formas de utilização dos bens públicos, bem como sobre a aplicabilidade ou não do princípio da função social da propriedade, encampado pela Constituição Federal de 1988 e por diversas legislações infraconstitucionais, a estes.

Preliminarmente, faz-se necessário definir no que consiste a expressão “bens públicos”, qual a sua natureza jurídica, bem como as suas características. Ademais, será tratado sucintamente a respeito da afetação e desafetação dos bens públicos e a sobre a competência legislativa no que tange a tais bens. Cabe dizer que, não é de hoje que os bens públicos permeiam as previsões legais estatais. Já no período romano e na Idade Média se observam fundamentos que lembram o que hoje se pode entender como regime jurídico dos bens públicos. Por conseguinte, serão traçadas as principais características no que tange a tal regime.

Feita tal explanação, a qual servirá de alicerce para o desenvolvimento do artigo, passa-se a análise das modalidades de utilização dos bens públicos. A princípio, será tratado sobre o uso dos bens públicos realizado pela Administração Pública. Nesse ínterim, serão analisados resumidamente quais os bens que podem ser passíveis de utilização em tal modalidade, assim como, peculiaridades a respeito do assunto. Logo após, tratar-se-á a respeito da utilização pelo povo, explicitando os principais aspectos inerentes ao uso comum dos bens públicos.

Posteriormente, adentrar-se-á no estudo acerca da utilização dos bens públicos pelos particulares, expondo o conceito, regime jurídico e as formas que a iniciativa privada tem de exercer o uso. Serão especificados os instrumentos de Direito Público e de Direito Privado para a outorga do uso privativo.

Por fim, será feita uma análise a respeito da função social da propriedade pública. Para tanto, mister discorrer sobre o seu conceito bem como trazer ponderações sobre a sua aplicabilidade ou não aos bens públicos.

## 2. Bens Públicos

É primordial, conceituar no que consiste a expressão “bens públicos”. Pode-se encontrar vários conceitos doutrinários para tal locução. A saber, para Meirelles<sup>1</sup> os bens públicos em sentido amplo, podem ser definidos como todas as coisas, corpóreas ou incorpóreas, imóveis ou móveis e semoventes, créditos, direitos e ações, que pertençam, a qualquer título, às entidades estatais, autárquicas, fundacionais e empresas governamentais.

Em sentido contrário, Mello defende que os bens públicos “são todos os que, embora não pertencentes a tais pessoas, estejam afetados à prestação de um serviço público”.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p. 493.

<sup>2</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.p.866.

Constata-se que as diferenças conceituais refletem a diversidade do critério eleito, posto que, na definição de Hely Lopes Meirelles leva-se em conta a qualidade do sujeito titular do bem, enquanto a de Celso Antônio se preocupa com o regime jurídico aplicável.

Não obstante tal divergência doutrinária entende-se, que a discussão teórica acerca da abrangência da expressão “bens públicos” deixou de ter grande relevância a partir da vigência do Código Civil de 2002. Isso porque, segundo o artigo 98 do ordenamento em questão, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.”

Assim, consoante o direito positivo brasileiro, só são formalmente considerados bens públicos os bens de propriedade das pessoas jurídicas de direito público, os quais estão, por conseguinte, integralmente sujeitos ao regime jurídico dos bens públicos. Contudo, cabe destacar que isso não significa que tal regime jurídico próprio seja exclusivo de tais bens e que em nenhuma hipótese possa um bem particular estar a ele sujeito. Pelo contrário, há razoável entendimento doutrinário no sentido de que os bens de pessoas administrativas de direito privado que estejam sendo diretamente empregados na prestação de um serviço público passam a revestir características próprias do regime dos bens públicos, enquanto permanecerem afetados com essa utilização. Contudo, importante salientar que o Supremo Tribunal Federal parece inclinado ao posicionamento de que somente os bens das pessoas jurídicas de direito público são bens públicos.

Com base o artigo 99 do Código Civil atual, os bens públicos estão enquadrados segundo o critério da titularidade, em três categorias, que são a de bens de uso comum do povo, de uso especial e dominicais. Os primeiros podem resumidamente ser definidos como aqueles de utilização concorrente de toda a comunidade, sendo facilmente identificados no dia a dia, haja vista que são utilizados por todos.

Por outro lado, os de uso especial são aqueles utilizados para o cumprimento das funções públicas. Nos termos utilizados por Di Pietro “[...] são todas as coisas, móveis ou imóveis, corpóreas ou incorpóreas, utilizadas pela Administração Pública para a realização de suas atividades e consecução de seus fins”.<sup>3</sup> Finalmente, os dominicais são bens utilizados pelo Estado para fins econômicos, tal como faria um particular, posto que, são considerados como objeto de direito pessoal ou real do Estado. Assim, conclui-se que os bens de uso comum do povo, bem como os de uso especial estão destinados a uma finalidade, enquanto que, os bens dominicais não estão afetados a qualquer objetivo.

Importante destacar que os bens não afetados podem receber uma afetação por ato administrativo ou por lei. Assim, segundo Gasparini “afetar é atribuir ao bem uma destinação; é

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 533

consagrá-lo ao uso comum do povo ou ao uso especial”.<sup>4</sup> Do mesmo modo que pode ocorrer a afetação de bens dominicais, pode sobrevir a mudança de um bem de uso comum do povo ou de uso especial para a categoria dos bens não afetados. A tal fenômeno conceitua-se como desafetação, que conforme os ensinamentos de Justen Filho consiste em “ato unilateral, cuja formalização obedecerá aos termos da lei, por meio do qual o Estado altera o regime jurídico aplicável ao bem público, produzindo a submissão ao regime de bem dominical”.<sup>5</sup> Com efeito, o bem continua sendo público, mas deixa de ser necessário ou útil para o desempenho das funções próprias do Estado.

O professor José dos Santos Carvalho Filho esclarece o assunto, com o seguinte exemplo:

Um prédio onde haja uma Secretaria de Estado em funcionamento pode ser desativado para que o órgão seja instalado em local diverso. Esse prédio, como é lógico, sairá de sua categoria de bem de uso especial e ingressará na de bem dominical. A desativação do prédio implica sua desafetação. Se, posteriormente, no mesmo prédio for instalada uma creche organizada pelo Estado, haverá afetação, e o bem, que estava na categoria dos dominicais, retornará à sua condição de bem de uso especial.<sup>6</sup>

No que tange a competência legislativa destaca-se que ressalvada a competência da União para legislar sobre Direito Civil, conforme dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 22, inciso I, cabe a cada uma das pessoas políticas, quais sejam, União, Estado-Membro, Distrito Federal e Município, regular alguns aspectos da aquisição do uso, da administração e da alienação dos bens que integram seus respectivos patrimônios.

### 3. Regime Jurídico dos Bens Públicos

O regime jurídico aplicável aos bens públicos, em regra, apresenta algumas peculiaridades quando comparado ao regime dos bens privados. Isso porque, devido a sua própria natureza, os bens de uso comum do povo, de uso especial bem como os dominicais podem apresentar características como inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade.

Quanto a inalienabilidade esclarece o artigo 100 do Código Civil de 2002 que “os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar”. Ademais, o artigo 101 do mesmo Código dispõe que

<sup>4</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 949.

<sup>5</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p.708.

<sup>6</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1192.

“os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei”. Por conseguinte, conclui-se que a inalienabilidade do bem público encontra-se intrinsecamente ligada a sua destinação a uma finalidade pública específica, visto que os bens dominicais, tidos como não afetados, conforme acima explanado, podem ser alienados, obedecidos os requisitos do artigo 17 da Lei 8.666/93.

Os bens públicos ao não se sujeitarem ao regime da penhora são caracterizados como impenhoráveis. O regime de precatório do artigo 100 da Constituição Federal de 1988 é o respaldo para a impenhorabilidade. Referido dispositivo prevê que os créditos de terceiros contra a Fazenda Pública, em virtude de sentença judicial, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim. Nas palavras de Carvalho Filho<sup>7</sup> a impenhorabilidade tem o escopo de salvaguardar os bens públicos do processo de alienação comum aos bens privados, sendo uma característica com intuito eminentemente protetivo.

A imprescritibilidade, por sua vez, relaciona-se com a possibilidade de adquirir a propriedade de um bem mediante usucapião. Nesse interim, importante destacar que no caso dos bens públicos, seja qual for a natureza, não é possível a prescrição aquisitiva do direito de propriedade, tendo em vista vedação constitucional nos artigos 183, §3º e 191, parágrafo único. Como bem pontua Alexandrino<sup>8</sup> mesmo que um particular tenha a posse pacífica de um bem público pelo tempo necessário à aquisição por usucapião dos bens privados não adquire o direito de propriedade sobre esse bem.

A possibilidade de onerar um bem relaciona-se com o fato de poder de dá-lo em garantia ao credor no caso de inadimplemento da obrigação. A vedação à onerabilidade, característica dos bens públicos, impede que estes sejam gravados com direitos reais, como penhor, hipoteca e anticrese, em favor de terceiros e decorre da previsão constitucional de que o pagamento dos créditos de terceiros em favor da Fazenda Pública deve obedecer ao regime de precatórios. Ou seja, a não oneração encontra-se embasada na própria ideia de impenhorabilidade dos bens públicos.

#### 4. Utilização de Bens Públicos pela Administração Pública e pelo povo

Cabe a Administração Pública utilizar os seus bens para a persecução dos interesses coletivos que lhe foram concedidos pelo ordenamento jurídico. Essa utilização rege-se por regras administrativas internas e independe de qualquer manifestação de quem quer que seja. Podem

<sup>7</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *op.cit.* p. 1195.

<sup>8</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2015. p. 1040.

ser objeto de uso tanto os bens de uso comum do povo como os de uso especial, sempre tendo como parâmetro a destinação do bem, salvo em hipóteses excepcionais. Ademais, a Administração pode manter sob sua guarda, conservação e aprimoramento inclusive os bens dominicais.

O uso comum, isto é, aquele feito por qualquer pessoa, deve sempre ser compatível com a destinação do bem. Diferentemente da utilização pela Administração Pública ou do uso privativo por particulares, o uso dos bens públicos pelo povo destaca-se pela liberdade da utilização, pela igualdade de todos os usuários, e por não estar limitado no tempo. Assim, segundo Gasparini tal forma de utilização “será sempre possível enquanto a Administração Pública não der ao bem outra destinação desconforme com o uso de todos”.<sup>9</sup>

## 5. Utilização de Bens Públicos por particular

Qualquer uma das categorias de bens públicos elencadas no artigo 99 do Código Civil de 2002 – uso comum, uso especial ou dominical – são passíveis de utilização pelos particulares, mediante outorga da Administração Pública. E, conforme preleciona Alexandrino “essa outorga, que exige sempre um instrumento formal, está sujeita ao juízo de oportunidade e conveniência exclusivo da própria administração e pode ser feita mediante remuneração pelo particular ou não”.<sup>10</sup>

O uso privativo pelo particular deve ser compatível com o interesse público e depende do consentimento da Administração, materializado no título legal para esse uso. Ao admitir que o particular utilize o bem, pode a Administração fixar preceitos e regras, decorrentes do poder administrativo de polícia, que quando não respeitadas podem acarretar na cessação do uso. Além disso, no que tange ao regime jurídico é de suma importância destacar a precariedade, posto que, ela é regra geral para o uso privativo. Por conseguinte, pode o Poder Público com vistas ao atendimento do interesse público revogar unilateralmente o ato ou até mesmo o contrato, ainda que dotado de prazo determinado.

Os particulares, por sua vez, podem exercer sobre os bens públicos diferentes formas de uso. Di Pietro sistematiza tais formas de uso em uma dupla classificação:

- a) pelo critério da conformidade ou não da utilização com o destino principal a que o bem está afetado, o uso pode ser normal ou anormal;

---

<sup>9</sup> GASPARINI, Diogenes. *op. cit.* p. 987.

<sup>10</sup> ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *op. cit.* p. 1083.

b) pelo critério da exclusividade ou não do uso, combinado com o da necessidade ou não de consentimento expresso da Administração, o uso pode ser comum ou privativo.<sup>11</sup>

### 5.1 Uso normal e uso anormal

O uso de bem público por particular nem sempre tem por objeto o mesmo fim a que ele se destina, embora deva ser sempre com ele compatível. Consequentemente, surge a distinção, defendida por alguns autores, entre a utilização normal e a anormal.

A fruição dos bens públicos pelo particular faz-se de acordo com o princípio da proporcionalidade, observando-se padrões de adequação, necessidade e respeito aos valores fundamentais. Quando tais características revestem a utilização, pode-se dizer que o uso é normal, tendo em vista que é exercido em conformidade com a destinação principal do bem.

Por outro lado, o uso é tido como anormal quando atender a finalidades diversas ou acessórias e, às vezes, até mesmo em contradição com a destinação do bem. Nesses casos, a Administração Pública exercita suas competências de poder de polícia para admitir ou proibir o uso anormal pretendido, bem como para impor restrições ou condições a isso. A saber, se uma rua está aberta à circulação, tem uso comum normal; se esta mesma rua for utilizada para a realização de festejos ou comemorações, por um período determinado, tem-se o uso anormal.

### 5.2 Uso comum e uso privativo

A utilização comum do bem pode ser definida como a fruição dos bens públicos exercida por todos, em igualdade de condições. Importante destacar que está sujeita ao poder de polícia da Administração Pública, a qual regulamenta o uso, fiscaliza e aplica medidas coercitivas, a fim de coibir qualquer espécie de ação danosa por parte dos administrados, garantindo a fruição do bem público de acordo com a sua destinação. Não raro, o uso comum é gratuito, entretanto, segundo o artigo 103 do Código Civil de 2002, também pode ser remunerado, conforme as leis da União, dos Estados, dos Municípios, a cuja administração pertencerem.

O uso comum pode ser ordinário quando aberto a todos indistintamente, sem exigência de instrumento administrativo de outorga e sem retribuição de natureza pecuniária, ou extraordinário, quando sujeito a maiores restrições impostas pelo poder de polícia do Estado, podendo

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 558/559.

estar limitado a determinadas categorias de usuários, ou sujeito a remuneração, ou ainda, dependente de outorga administrativa.

Em contrapartida, a utilização privativa dos bens públicos consiste no uso especial conferido pela Administração Pública, mediante título jurídico individual, a pessoa física ou jurídica ou grupo de pessoas determinadas, para que o exerçam, com exclusividade, sobre parcela de bem público. Esse uso pode ser trespassado de forma onerosa ou gratuita, conforme dispuser legislação pertinente. Constantemente, o bem está submetido a legislação municipal e, por conseguinte, deve adequar-se às leis locais de zoneamento, de edificação e de uso e ocupação do solo.

No que tange às características essenciais pode-se destacar que a fruição privativa propicia a exclusividade na utilização da parcela dominial, deve atender a uma finalidade consentida e exige um título jurídico individual, através do qual a Administração outorga o uso e estabelece as condições em que será exercido. Outrossim, pode-se acrescentar a precariedade como quarta característica do uso privativo, tendo em vista que este pode ser revogado a qualquer tempo, por iniciativa da Administração, com ou sem indenização.

Apesar de o uso privativo poder decorrer de institutos jurídicos do Direito Privado, frequentemente é trespassado ao particular através de instrumentos estatais de outorga de uso. Nesse contexto, cabe destacar que a utilização de institutos de Direito Privado tem sido contestada por doutrinadores e pelo Tribunal de Contas da União. Nos dizeres de Gasparini “tem-se pregado a ilegalidade do uso desses instrumentos de Direito Privado, na outorga ao particular do uso privativo dos bens públicos de uso comum do povo e de uso especial”.<sup>12</sup> Assim, conclui-se que é possível a utilização desses instrumentos apenas quando o objeto da outorga for bem público dominial.

Por fim, cabe destacar que o uso privativo não tem o condão de transferir a propriedade do bem. Tal conclusão encontra respaldo nos artigos 183 e 191 da Constituição Federal de 1988, na medida em que veda sua aquisição da propriedade pública via usucapião. Conseqüentemente, o Poder Público continua a ser o proprietário titular do bem.

### 5.3 Instrumentos de Direito Público para outorga de uso privativo

Os instrumentos para outorga de uso privativo de bens públicos são institutos sujeitos ao regime jurídico de direito público, com características próprias que decorrem do princípio da supremacia do interesse público. É interessante destacar que os bens de uso comum do povo e uso especial estão fora do comércio jurídico de Direito Privado, e que conseqüentemente, só podem ser

---

<sup>12</sup> GASPARINI, Diogenes. *op. cit.* p.988.

objeto de relações jurídicas regidas pelo Direito Público. Diversa é a situação dos bens dominicais, que inseridos no comércio jurídico de direito privado, podem tanto ser outorgados por instrumentos do Direito Privado quanto Público.

Os institutos estatais para a outorga da fruição privativa dos bens públicos podem ser de três tipos, quais sejam, a autorização, a permissão e a concessão.

A autorização é um ato administrativo unilateral e discricionário, veiculado por decreto ou portaria, pelo qual a Administração consente ao particular, o uso privativo transitório de um bem público, mediante certas condições. Como toda autorização administrativa, a de uso privativo é classificada como ato unilateral, pois para ser considerada como perfeita exige exclusivamente a manifestação de vontade do Poder Público, embora haja a necessidade de prévia provocação do interessado. Ademais, é ato discricionário, uma vez que a Administração tem a faculdade, conforme considerações de oportunidade e conveniência, de autorizar ou não o uso do bem público. Além disso, o ato em questão é precário, no sentido de que pode ser revogado a qualquer tempo, sem ensejar ao particular o direito de indenização. A dispensa de indenização é decorrência da natureza de gratuidade e de vantajosidade do ato para o particular.

Entretanto, cabe destacar que a autorização pode ser simples ou qualificada<sup>13</sup>. No primeiro caso o ato é concedido sem prazo de duração. Na autorização qualificada há fixação de prazo e, com isso é tirado o caráter de precariedade, conferindo ao uso privativo certo grau de estabilidade. Nesse caso, a Administração fica vinculada a obediência do prazo que cria e, o particular possui direito público subjetivo ao exercício da utilização até o termo final previamente fixado, podendo ser indenizado caso por razões de interesse público seja revogada a autorização.

A característica primordial da autorização de uso consiste no fato de que como todo ato administrativo ela deve atender ao interesse público, mas deve preponderar o interesse do particular. Segundo Di Pietro “a utilização não é conferida com vistas à utilidade pública, mas no interesse privado utente. Aliás, essa é uma das características que distingue a autorização da permissão e da concessão”.<sup>14</sup> Por essa razão, é uma faculdade do particular utilizar, ou não, o bem autorizado. A autorização poderá incidir sobre qualquer bem público e independe de chancela legislativa e licitação prévia. Por fim, destaca-se que a outorga de tal ato é da competência do órgão a quem incumbe a administração do bem.

A permissão de uso pode ser definida como ato administrativo unilateral discricionário e precário pelo qual se atribui ao particular o uso continuado de bem público, de modo privativo. Sendo ato precário, releva-se mais adequado nos chamados usos anormais, uma vez que, a

---

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.* p. 563.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.* p. 564.

permissão se aplica aos usos privativos não conformes à real destinação do bem, mas com ele compatíveis.

Há divergências doutrinárias no que tange a necessidade de licitação prévia à outorga de permissão de uso de bem público, tendo em vista que ela é mero ato administrativo, e não um contrato. Apesar de ser um simples ato, a Lei 8.666/1993, que versa sobre normas para licitações e contratos da Administração Pública, em seu artigo 2º, afirma que:

As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei

A análise do dispositivo possibilita interpretação no sentido de que a regra só seria aplicável às permissões de serviços públicos, que são contratos administrativos, mas não às permissões de uso de bem público, que são atos. Não obstante, cabe enfatizar o artigo 31 da Lei 9.074/1995 que exige expressamente licitação para qualquer permissão:

Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços.

De certo, a licitação consiste em exigência prévia à celebração de contratos administrativos. E, embora haja conflitos entre as leis e doutrina, tem-se firmado o entendimento de que, embora as permissões de uso de bem público sejam atos, devem ser precedidas de licitação, a menos que se verifique alguma situação legal de dispensa ou inexigibilidade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro vai mais além, e leciona no sentido de que a fixação de prazos na permissão, segue as mesmas regras descritas para a concessão. Assim, pode a Administração outorgar uma permissão qualificada e, com isso, reduzir ainda mais a precariedade do ato. Para ela:

a permissão de uso, embora seja ato unilateral, portanto excluído da abrangência do artigo 2º da Lei 8.666/93, às vezes, assume a forma contratual, com características iguais ou semelhantes à concessão de uso; é o que ocorre na permissão qualificada, com prazo estabelecido. Neste caso, a licitação torna-se obrigatória.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 567.

Grande parte das considerações realizadas sobre a autorização se aplica à permissão de uso. A distinção entre autorização e permissão reside no fato de que nessa é mais relevante o interesse público, enquanto que naquela ele é apenas indireto, mediato e secundário, uma vez que é autorizado o uso de bens públicos para fins de interesse predominante do particular.

Por conseguinte, na permissão de uso, embora o vocábulo dê a ideia de faculdade que pode ser ou não exercida, na realidade o permissionário se obriga a utilizar o bem para o fim predeterminado, sob pena de, não o fazendo, ser-lhe retirada a permissão. Já na autorização, o uso é facultativo, a critério do particular. Por fim, a permissão deve regra geral, ser precedida de licitação, enquanto que a autorização nunca apresenta tal requisito.

O terceiro instituto estatal para outorga do uso de bens públicos é a concessão. Essa pode ser definida como contrato administrativo por meio do qual um particular é investido na faculdade de usar um bem público durante período determinado, mediante o cumprimento de requisitos estabelecidos. Sua natureza é a de contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado *intuitu personae*.<sup>16</sup>

Sendo contrato, a concessão indubitavelmente deve ser precedida de licitação, salvo se presente alguma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Diferentemente da autorização e da permissão, não há lastro de precariedade, pois é sempre outorgada por prazo determinado e só admite rescisão (e não revogação), nas hipóteses previstas em lei. Assim, o particular tem direito subjetivo de exigir o respeito ao prazo previsto originariamente ou, uma indenização por perdas e danos no caso da Administração Pública, instada por conveniências administrativas, rescindir o contrato. Em geral, a concessão se efetua para uso conforme a própria destinação do bem, ou seja, é inerente a esse tipo de bem o uso privativo.

A concessão é instrumento utilizado, preferencialmente à permissão, nos casos em que a utilização do bem público tenha como objeto o exercício de atividades de utilidade pública de maior vulto e, por isso mesmo, mais onerosas para o concessionário. Seja como for, importante é enfatizar que a distinção principal entre ambos os institutos, reside no fato de que as concessões são contratos e as permissões são meros atos administrativos.

Moreira Neto adverte:

A concessão de uso é a principal modalidade contratual de transferência de utilização de um bem público a um particular, gratuita ou remunerada e sob condições pactuadas. Essa transferência contratual de uso, todavia, não se

---

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *op. cit.* p. 567.

negocia ao exclusivo talante da Administração: é necessário que, primeiro, a modalidade esteja prevista na lei reguladora dos bens públicos da pessoa jurídica de direito público titular do domínio e, segundo, que o uso que o particular dará também convenha, de alguma forma, ao interesse público.<sup>17</sup>

Nesse sentido, a concessão compreende, acima de tudo, fiscalização por parte do poder concedente e adequação do valor do contrato aos preços de mercado, sob pena de se caracterizar privilégio do particular em detrimento do interesse público. A adequação ao preço de mercado deve ser perene por todo o contrato, implicando em revisão toda vez que não houver pagamento justo à Administração.

Finalizando o assunto, cabe dizer que, não é cabível a concessão de uso de bem público quando o objeto da atividade a ser nele desenvolvida for prestação de serviços públicos. De certo, nesses casos a via adequada é a concessão de serviço público. Ademais, não há delegação da prestação de serviço público pela mera outorga da concessão de uso de bem público. Entretanto, é possível a cumulação dos dois institutos, sendo perfeitamente possível que a cessão de bem público seja vínculo jurídico acessório e instrumental para a concessão de serviço público.

#### 5.4 Instrumentos de Direito Privado de outorga do uso de bens públicos

A utilização de institutos do Direito Privado para trespasse do uso privativo somente é possível no caso dos bens dominicais, já que estes estão dentro do comércio jurídico do direito privado. Em todos os contratos em que a Administração se utiliza do direito privado, este sofre mutações a fim de se adaptar às peculiaridades do regime jurídico da Administração.

Enquanto a utilização privativa dos bens de uso comum do povo e de uso especial só pode ser consentida meio de autorização, permissão ou concessão, a utilização de bens dominicais pode ser outorgada tanto por tais instrumentos de direito público, quando a utilização se destinar ao exercício de atividade de interesse geral, bem como por institutos de Direito Civil, quando a utilização tem como finalidade direta ou imediata atender ao interesse privado do particular. Nesses casos, o interesse público é apenas indireto, assegurado a obtenção de renda ao Estado e permitindo a adequada exploração do patrimônio público, no interesse de todos. De modo sucinto serão indicados, a seguir, alguns desses instrumentos.

A locação, nos termos do artigo 565 do Código Civil de 2002, é o “contrato pelo qual uma das partes, o locador, se obriga a ceder à outra, o locatário, o uso e gozo de uma coisa não

---

<sup>17</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 342

fungível mediante certa retribuição, comumente chamada de aluguel”. No entanto, só cabe locação de bens públicos pertencentes à União, segundo Decreto – lei 9.760/46, quando o imóvel não estiver sendo utilizado em serviço público e houver conveniência em tornar o imóvel produtivo. O imóvel locado é utilizado como residência de autoridades federais ou de outros servidores da União, no interesse do serviço ou em caráter voluntário e a quaisquer interessados. Nesse último caso, depende de concorrência, sendo esta dispensada, no entanto, no caso de programas habitacionais realizados por órgãos ou entidades da Administração criados para esse fim, conforme estabelece o artigo 17, inciso I, alínea f da Lei 8.666/93. Dentre as normas estabelecidas, há de se ressaltar:

Art. 87. A locação de imóveis da União se fará mediante contrato, não ficando sujeita a disposições de outras leis concernentes à locação.

Art. 88. É proibida a sublocação do imóvel, no todo ou em parte, bem como a transferência de locação.

Art. 89. O contrato de locação poderá ser rescindido:

I – quando ocorrer infração do disposto no artigo anterior;

II – quando os alugueis não forem pagos nos prazos estipulados;

III – quando o imóvel for necessário a serviço público, e desde que não tenha a locação sido feita em condições especiais, aprovadas pelo Ministro da Fazenda;

IV – quando ocorrer inadimplemento de cláusula contratual.

§ 1º Nos casos previstos nos itens I e II, a rescisão dar-se-á de pleno direito, imitando-se a União sumariamente na posse da coisa locada.

§ 2º Na hipótese do item III, a rescisão poderá ser feita em qualquer tempo, por ato administrativo da União, sem que esta fique por isso obrigada a pagar ao locatário indenização de qualquer espécie, excetuada a que se refira a benfeitorias necessárias.

Diferencia-se do contrato de concessão, no sentido de que esta tem como objeto o uso privativo de bem público para fins de utilidade pública, onde o concessionário vai exercer sobre o bem, algum tipo de atividade de interesse público. A locação apesar de também ter como objeto o uso de bem público, visa o proveito exclusivo do locatário, que do bem se utilizará para fins residenciais.

Considerada como modalidade de locação, pelo Decreto-lei nº 9.760/46, o arrendamento consiste na utilização que objetiva a exploração de frutos ou a prestação de serviços. Seu prazo máximo é de dez anos, no entanto, caso o projeto envolva investimentos cujo retorno, justificadamente, não possa ocorrer dentro desse lapso temporal, o instituto poderá ter como prazo de

vigência o tempo necessário à viabilização econômico-financeira do empreendimento, conforme dispõe o artigo 21 da Lei 9.636/98.

O mesmo Decreto-lei supra referido, disciplina, para imóveis da União, o instituto do aforamento ou da enfiteuse. O artigo 2.038 do Código Civil de 2002 veda a constituição de enfiteuses e subenfiteuses, subordinando as ainda existentes, até a extinção, ao Código Civil de 1916, com exceção da enfiteuse dos terrenos de marinha e acrescidos que tem a sua continuidade determinada pelo art. 49 das ADCT. Em suma, pela enfiteuse a União atribui a outrem o uso completo de terreno da marinha, inclusive transmissão a terceiro, recebendo, em troca, um foro anual, certo e invariável. É instituto muito utilizado quanto aos edifícios de apartamentos situados em terrenos da marinha.

A Lei 9.636/98 nos artigos 18 a 21 dispõe acerca da cessão de uso, que pode ser definida como a transferência do uso de certo bem, a fazer-se gratuitamente em prol de outra pessoa estatal, entidade sem fins lucrativos ou pessoas jurídicas ou físicas, nos casos que envolverem questões de interesse público ou social, ou de aproveitamento econômico de interesse nacional. A cessão, formalizada por termo ou contrato de cessão, autorizada pelo Presidente da República, torna-se nula se ao imóvel, total ou parcialmente, é dada finalidade diversa da fixada.

Por fim, a concessão de direito real de uso é instrumento de utilização de bem público dominical por particular, que está disposta nos artigos 7º e 8º do Decreto-lei nº 271, de 1967. Aufere-se dos artigos em questão que a concessão de direito real de uso, pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado. Além disso, incide sobre terrenos públicos, como direito real resolúvel, com fins específicos, quais sejam, a urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social. O aspecto mais relevante no que tange a tal instituto consiste no fato de que não é possível a resolução da outorga em virtude de razões de conveniência administrativa e de ser possível a sua transferência a terceiros.

## 6. Função Social dos Bens Públicos

Como visto, a utilização dos bens públicos, sejam eles de uso comum, de uso especial ou dominicais deve se coadunar com a consecução do interesse público. Nesse sentido, autores como Maria Sylvia Zanella di Pietro têm defendido a necessidade de que os bens públicos cumpram a sua função social, independentemente de estar sendo utilizado pela própria Administração Pública ou por particulares. De outro norte, há corrente diversa, encabeçada por Nilma de Castro Abe no sentido de que a propriedade pública prescinde de atender a uma função social, nos moldes da tratada pelo direito privado.

O texto constitucional de 1988 trouxe o direito de propriedade como um direito fundamental no artigo 5º, inciso XXII, estabelecendo, contudo, que esta deverá atender a sua função social (artigo 5º, XXIII). Mais adiante, o artigo 170, inciso II traz a função social da propriedade como um dos princípios da ordem econômica e os artigos 182, parágrafo 2º e 184 trabalham com a ideia de função social da propriedade urbana e rural, respectivamente.

O conceito de função social da propriedade pode ser elucidado nas palavras de Leon Duguit, tido como um dos precursores no estudo do tema, ao dizer que “o proprietário tem o dever e, portanto, o poder de empregar a sua coisa na satisfação das necessidades comuns de uma coletividade nacional inteira ou de coletividades secundárias.”<sup>18</sup> Logo, a ideia de função social refere-se ao escopo que deve ter propriedade de não visar apenas aos interesses de seu titular, mas sim da sociedade como um todo.

A Constituição Federal ao tratar da propriedade urbana dita que esta cumpre a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Ademais, estabelece que o aproveitamento inadequado do solo urbano pelo seu proprietário sujeita-o a sanções sucessivas de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo e, em último caso, desapropriação. No que tange a propriedade rural, a Carta Magna de 1988 também estabelece a possibilidade de desapropriação, que ocorre por interesse social, para fins de reforma agrária em face do imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social.

Tais disposições constitucionais servem de embasamento para justificar a inaplicabilidade do princípio da função social aos bens públicos. Isso porque, segundo ABE

Enquanto dever fundamental, a função social da propriedade, previsto no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, deve ser atendida por todos os particulares e, não pelo Estado, pois as sanções jurídicas previstas para o descumprimento da função social da propriedade urbana são imputáveis apenas aos particulares, sendo inadequadas para punir os entes públicos (União, Estados, DF, Municípios) pelo descumprimento deste dever.<sup>19</sup>

Em outras palavras, a impraticabilidade do princípio à propriedade pública se justifica na impossibilidade de seu titular, qual seja, a Administração Pública, sujeitar-se às

---

<sup>18</sup> *Apud.* TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 154.

<sup>19</sup> ABE, Nilma de Castro Rita. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social à Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015. p. 8.

penalidades incidentes sobre os particulares. A doutrinadora a fim de justificar seu pensamento exemplifica que o Município, mesmo ao constatar o descumprimento da função social do imóvel de titularidade da União não poderá ordenar o parcelamento ou a edificação deste imóvel público, visto que isso traduziria invasão na autonomia de outro ente federativo, ferindo o princípio do pacto federativo.<sup>20</sup>

Assim, para esta corrente as regras constitucionais acerca do desígnio da propriedade de atender a uma utilidade pública têm como destinatários apenas os particulares, já que não há norma expressa estendendo essa finalidade ao Poder Público, bem como não há como este sujeitar-se às penas imputadas pelo seu descumprimento, sem que tal fato ocasione lesão a princípios pétreos da Constituição.

Em que pese a inexistência de disposição expressa acerca da função social dos bens públicos, a corrente defendida por Maria Sylvania Zanella di Pietro entende que o princípio em questão pode ser obtido implicitamente em alguns dispositivos constitucionais que tratam da política urbana. Defende a autora que o “interesse público constitui a baliza que orienta suas decisões; outorgará e extinguirá, discricionariamente, os usos privativos, bem como imprimir-lhes-á maior ou menor precariedade, à medida que atendam ao interesse da coletividade.”<sup>21</sup> Ademais, no mesmo sentido, importante são as lições de Gustavo Tepedino e Anderson Schreiber:

A propriedade pública, ao contrário, já se dirige, em tese, ao atendimento dos interesses de todas as pessoas e, por isso mesmo, referir-se à sua função social costuma parecer dispensável, uma repetição inútil daquilo que já lhe é reconhecido como essencial. A verdade, todavia, é que a propriedade pública é, por definição, voltada não ao interesse social, mas ao interesse público, e o reconhecimento de sua função social impõe uma verificação de conformidade entre estes dois interesses, cuja importância não pode passar despercebida ao intérprete.<sup>22</sup>

De certo, os bens públicos de uso comum e de uso especial ao serem empregados na finalidade que lhes é inerente cumprem por si só a sua função social. São incontáveis os benefícios e os beneficiados da utilização de uma praça, das águas, de uma repartição pública. Maria Sylvania Zanella di Pietro vai além, pugnando até pelo dever de bens dominicais cumprirem sua função social, apesar destes, como exposto anteriormente, nem estarem afetados a uma finalidade social específica. Nas palavras da autora não há porque excluir os bens dominicais da incidência das normas constitucionais

<sup>20</sup> ABE, Nilma de Castro Rita. *Op. Cit.* p. 09.

<sup>21</sup> Di PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Função Social da Propriedade Pública. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015. p. 7.

<sup>22</sup> TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**. Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005. p. 112.

que asseguram a função social da propriedade, quer para os submeter, na área urbana, às limitações impostas pelo Plano Diretor, quer para enquadrá-los, na zona rural, aos planos de reforma agrária<sup>23</sup>. Por conseguinte, se o bem dominical localiza-se em área definida no plano diretor é indispensável que cumpra as exigências fundamentais de ordenação da cidade, a fim de que cumpra sua função social.

Não obstante os fundados apontamentos da primeira linha de pensamento, nota-se ser impossível não falar na aplicabilidade do princípio da função social aos bens públicos. Ainda que um ente político não possa empregar penalidades a outro pelo descumprimento do referido princípio, este não deve deixar de inspirar a Administração Pública na tomada de suas decisões dotadas de discricionariedade. Ou seja, a função social precisa ser considerada como mais um instrumento hábil a reprimir o desvio de finalidade, bem como a assegurar maior eficiência no uso dos bens públicos.

## 7. Considerações Finais

O trabalho realizado teve como objetivo traçar linhas gerais acerca dos bens públicos, no que tange as suas formas de utilização e na existência ou não de um dever destes atenderem a uma função social. Nesse ínterim, cabe dizer que esses bens formam o domínio público do Estado, e por isso gozam de características que lhes garantem um regime jurídico específico, diferenciando-os dos bens particulares. Tais características, como visto, são a inalienabilidade, impenhorabilidade, imprescritibilidade e não onerabilidade.

Os bens públicos são divididos em três espécies, os de uso comum, de uso especial e os de uso dominical. Os dois primeiros estão reservados a uma finalidade pré-determinada, enquanto que, os bens dominicais não estão afetados a qualquer objetivo. Contudo, tanto os bens dominicais podem sofrer o fenômeno da afetação, quanto os de uso comum e especial podem ser desafetados, deixando de ser considerados como necessários para o desempenho das funções próprias do Estado.

A utilização desses bens pode ser praticada diretamente pelo Estado por meio da Administração Direta ou Indireta, pelo povo ou pelo particular. A disponibilização dos bens públicos para o uso privativo por parte dos particulares pode se dar por meio de institutos do Direito Público como a autorização, permissão ou concessão, bem como por instrumentos do Direito Privado, conforme análise realizada no presente trabalho.

Importante destacar que independente de quem seja o titular do uso do bem público, este está inevitavelmente obrigado a coadunar suas condutas à luz do princípio da função social que deve ter uma propriedade. Os instrumentos de Direito Público para outorga do uso

---

<sup>23</sup> Di PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *op. cit.* p. 11.

privativo de bens públicos devem levar em consideração o interesse público, ainda que de forma indireta como ocorre nos casos de autorização. Ademais, até mesmo nos institutos de Direito Privado para que o particular faça uso de bens dominicais levam-se em consideração questões de interesse público, melhor aproveitamento econômico e desenvolvimento nacional.

Em suma, após tudo o que foi explanado, resta pontuar a necessidade de que a Administração Pública ao outorgar o uso do bem público ao particular realize tal conduta de maneira responsável e consciente. Além disso, é mister que o Poder Público, seja usando diretamente ou exercendo seu poder de polícia, não deixe de se influenciar por princípios como a função social da propriedade. A ideia de bem público por si só, já incita a de função social, logo, Administração Pública e particulares devem balancear seus interesses em prol do bem comum.

## 8. Referências Bibliográficas

ABE, Nilma de Castro Rita. Notas sobre a Inaplicabilidade da Função Social à Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, fevereiro/março/abril, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 23ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2015.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 44 ed. rev. e atual. Saraiva, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 28ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Função Social da Propriedade Pública. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril/maio/junho, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de novembro de 2015.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial.** 12<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TEIZEN JÚNIOR, Augusto Geraldo. **A função social no código civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson. **A Garantia da Propriedade no Direito Brasileiro.** *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, Nº 6 - Junho de 2005.



## COMENTÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA: RECLAMAÇÃO 19.856-PR – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

**Luís Henrique Fernandes Hidalgo**

*Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Especialista em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Graduado em Direito Pela Universidade Estadual de Londrina - UEL.*

**Washington Aparecido Pinto**

*Pós -graduando em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná - UNOPAR. Advogado.*

RECLAMAÇÃO 19.856 PARANÁ

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

RECLTE.(S) :MARLENE CORREA DOS SANTOS CONCEIÇÃO

ADV.(A/S) :JOSE VITOR AL MAJIDA DE ALMEIDA JUNIOR E  
OUTRO(A/S)

RECLDO.(A/S) :TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 9ª  
REGIÃO

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

INTDO.(A/S) :MUNICÍPIO DE MARUMBI

ADV.(A/S) :SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

Ementa: DIREITO DO TRABALHO. RECLAMAÇÃO. APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. EMPREGADO PÚBLICO. 1. A aposentadoria espontânea não rompe o vínculo de trabalho do empregado público. 2. Reclamação julgada procedente.

I. Trata-se de reclamação, com pedido liminar, contra decisão DO TRT da 9ª Região, nos autos nº 0000197-17.2014.5.09.0089, que julgou improcedente pedido de reintegração de empregada pública dispensada em razão da aposentadoria espontânea.

Confira-se trecho do julgado:

“Incontroverso que a reclamante foi contratada pelo Município em 01/02/2003 sob o regime da CLT (conforme fl. 15 da CTPS acostada à inicial) e dispensada em 30/03/2012 em razão de sua aposentadoria espontânea (conforme CTPS e TRCT anexados pela autora).

O STF, na ADI 1.770-4, declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 453 da CLT, o qual permitia a readmissão de empregados de empresas públicas e sociedade de economia, desde que atendidos os requisitos constantes do artigo 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público, o que implica concluir que, mesmo que preenchidos os requisitos do art. 37 da CF, não se admite a readmissão.

Ainda, além de afastar tal possibilidade, restou claro na decisão do STF o óbice à continuidade do vínculo após a aposentadoria do empregado em razão da proibição da acumulação de proventos e vencimentos pelos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, cujo entendimento é fundamentado no art. 37, XVII da CF. Assim, o pedido de aposentadoria espontânea de empregados da administração pública direta implica em extinção do vínculo de emprego, exceto se ocorrerem as hipóteses em que a acumulação é autorizada (art. 17 do ADCT) e haja submissão a novo concurso público, em face da vedação de acumulação dos proventos da aposentadoria com salários do contrato de emprego.

Desse modo, levando-se em conta tal vedação, conclui-se que a opção pela aposentadoria espontânea revela interesse do trabalhador em não mais continuar laborando para o ente público.

Insta esclarecer que a declaração de inconstitucionalidade do art. 453, §1º da CLT, ocorreu na forma do controle concentrado cujos efeitos são 'erga omnes' e, em regra, 'ex tunc', ou seja, a nulidade da lei retroage à data de sua entrada em vigor, sendo que não houve a concessão de efeitos excepcionais na ADI 1770.

Diante do exposto, não se vislumbra amparo ao reconhecimento do direito à reintegração, tampouco quanto ao sucessivo de indenização correspondente ao período de estabilidade no emprego, porquanto se reconhece legítima a dispensa imotivada”.

2. A parte reclamante alega má aplicação da decisão tomada pelo STF na ADI 1.770. Defende que a aposentadoria espontânea não rompe o vínculo empregatício, do que decorreria o seu direito à permanência nos quadros do Município de Marumbi/PR.

3. Em 30.03.2015, deferi medida liminar para determinar o sobrestamento do feito na origem.

4. A autoridade reclamada prestou informações, nas quais noticia ter sido inadmitido o recurso de revista interposto contra o acórdão reclamado, considerado prematuro (docs. 16 e 18).

5. A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pela negativa de seguimento, uma vez que a reclamação estaria sendo usada como sucedâneo de agravo em recurso de revista.

6. É o relatório. Decido.

7. Afasto, de início, a alegação de inadmissibilidade do feito. Embora não indicado no andamento juntado aos autos pela autoridade reclamada, a consulta processual na página eletrônica do TRT da 9ª Região indica que a decisão que inadmitiu o recurso de revista foi publicada no DJe em 05.03.2015. Considerado o prazo de 8 (oito) dias para a interposição do agravo (art. 897, b, da CLT), o último dia do prazo recursal foi 13.03.2015, data na qual foi ajuizada a presente reclamação – antes, portanto, do trânsito em julgado na origem.

8. Observo ainda que, nos termos do recente entendimento firmado no STF (AI 703.269, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2015), o recurso prematuro não deve ser tratado como intempestivo. Assim, embora não caiba a esta Corte revisar, em recurso extraordinário, a admissão de recursos da competência de outros Tribunais (RE 598.365, Rel. Min. Ayres Britto) – por não se tratar de matéria

constitucional -, para fins de cabimento desta reclamação (Súmula 734/STF), não se pode considerar transitada em julgado a decisão reclamada, devido à interposição de recurso prematuro, pois não é intempestivo. Dito isso, passo ao mérito.

9. Assim dispunham os §§ 1º e 2º do art. 453 da CLT, na redação conferida pela Lei nº 9.528/1997:

“§ 1º Na aposentadoria espontânea de empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista é permitida sua readmissão desde que atendidos aos requisitos constantes do art. 37, inciso XVI, da Constituição, e condicionada à prestação de concurso público. § 2º O ato de concessão de benefício de aposentadoria a empregado que não tiver completado 35 (trinta e cinco) anos de serviço, se homem, ou trinta, se mulher, importa em extinção do vínculo empregatício.”

10. Os dois parágrafos acima transcritos foram declarados inválidos, respectivamente, nos autos da ADI 1.770, Rel. Min. Joaquim Barbosa, e da ADI 1.721, Rel. Min. Ayres Britto, ambas julgadas no mesmo dia (11.10.2006). Transcrevo abaixo as respectivas ementas:

ADI 1.770: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. READMISSÃO DE EMPREGADOS DE EMPRESAS PÚBLICAS E SOCIEDADES DE ECONOMIA MISTA. ACUMULAÇÃO DE PROVENTOS E VENCIMENTOS. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO POR APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. NÃOCONHECIMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE. (...) É inconstitucional o § 1º do art. 453 da CLT, com a redação dada pela Lei 9.528/1997, quer porque permite, como regra, a acumulação de proventos e vencimentos - vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal -, quer porque se funda na idéia de que a aposentadoria espontânea rompe o vínculo empregatício. Pedido não conhecido quanto ao art. 11, e parágrafos, da Lei nº 9.528/1997. Ação conhecida quanto ao § 1º do art. 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, na redação dada pelo art. 3º da mesma Lei 9.528/1997, para declarar sua inconstitucionalidade.” (destaques acrescentados)

ADI 1.721: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 3º DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.596-14/97, CONVERTIDA NA LEI Nº 9.528/97, QUE ADICIONOU AO ARTIGO 453 DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO UM SEGUNDO PARÁGRAFO PARA EXTINGUIR O VÍNCULO EMPREGATÍCIO QUANDO DA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPONTÂNEA. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. (...) 3. A Constituição Federal versa a aposentadoria como um benefício que se dá mediante o exercício regular de um direito. E o certo é que o regular exercício de um direito não é de colocar o seu titular numa situação jurídico-passiva de efeitos ainda mais drásticos do que aqueles que resultariam do cometimento de uma falta grave (sabido que, nesse caso, a ruptura do vínculo empregatício não opera automaticamente). 4. O direito à aposentadoria previdenciária, uma vez objetivamente constituído, se dá no âmbito de uma relação jurídica entre o segurado do Sistema Geral de Previdência e o Instituto Nacional de Seguro Social. Às expensas, portanto, de um sistema atuarial-financeiro que é gerido por esse Instituto mesmo, e não às custas desse ou daquele empregador. 5. O

Ordenamento Constitucional não autoriza o legislador ordinário a criar modalidade de rompimento automático do vínculo de emprego, em desfavor do trabalhador, na situação em que este apenas exercita o seu direito de aposentadoria espontânea, sem cometer deslize algum. 6. A mera concessão da aposentadoria voluntária ao trabalhador não tem por efeito extinguir, instantânea e automaticamente, o seu vínculo de emprego. 7. Inconstitucionalidade do § 2º do artigo 453 da Consolidação das Leis do Trabalho, introduzido pela Lei nº 9.528/97.” (destaques acrescentados)

II. Na ADI 1.770, como visto, foram usados dois fundamentos para o juízo de inconstitucionalidade: (i) impossibilidade de acumulação de proventos com vencimentos; e (ii) ausência de rompimento de vínculo empregatício com o pedido de aposentadoria. Já na ADI 1.721 somente foi utilizada a segunda motivação. Os dois argumentos invocados na ADI 1.770 são mutuamente excludentes, a depender do entendimento que se adote quanto à aplicação, ou não, da vedação de acumulação de proventos com vencimentos aos empregados de empresas estatais. Nesse sentido, reproduzo o trecho pertinente do voto-condutor, que transcreveu manifestação do Min. Moreira Alves ao deferir a medida liminar:

“Esse dispositivo é paradoxal no tocante à sua constitucionalidade, porquanto qualquer que seja a posição que se adote das duas que são radicalmente antagônicas entre si, não se pode deixar de reconhecer que é relevante a fundamentação de uma e de outra no tocante à inconstitucionalidade dele. Com efeito, para os que entendem que, por identidade de razão, a vedação de acumulação de proventos e de vencimentos não se aplica apenas aos servidores públicos aposentados, mas também aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, exceto, tanto para aqueles quanto para estes, se a acumulação na atividade for permitida constitucionalmente, o dispositivo em causa será inconstitucional porque admite, sem qualquer restrição – e, portanto, acumulando remuneração de aposentadoria e salário –, que o aposentado dessas entidades seja readmitido, desde que preste concurso público. Já para os que consideram que essa vedação de acumulação de remuneração de aposentadoria com remuneração da de sociedades de economia mista, sob o fundam atividade só alcança os servidores públicos, não se aplicando aos empregados de empresas públicas e de sociedades de economia mista, tanto de que há diferença entre o benefício previdenciário em favor do servidor público e o devido, por força do artigo 202 da Constituição, ao empregado do setor privado, como o é o empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista (artigo 173, § 1º, da Carta Magna), a inconstitucionalidade do dispositivo legal em causa decorre de outro fundamento: o de que esse § 1º indiretamente pressupõe que a aposentadoria espontânea desses empregados extingue automaticamente o vínculo empregatício, o que violaria os preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia à percepção dos benefícios previdenciários, alegação essa que deu margem ao deferimento de liminar na ADIN 1.721, circunstância que, por si só – fui um dos quatro votos vencidos –, é suficiente para que seja ela tida como relevante.” (destaques acrescentados)

12. A fim de sustentar o primeiro fundamento, o voto condutor da ADI 1.770 baseou-se em precedentes relativos a servidores públicos, e não a empregados públicos, como no caso. Além disso, fundamentou-se no art. 37, § 10, da Constituição, o qual, porém, somente exclui a possibilidade de acumulação de vencimentos com proventos de aposentadoria de regime próprio, e não do regime geral de previdência.

13. A jurisprudência deste Tribunal tem acolhido o segundo fundamento, isto é, a ausência de rompimento de vínculo com o pedido de aposentadoria, o que, logicamente, exclui o primeiro (impossibilidade de acumulação de vencimentos com proventos quando se trata do regime geral). É o que se vê de julgados proferidos antes e depois das decisões nas ADIs 1.770 e 1.721, e.g.: RE 449.420, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 737.279, Rel. Min. Marco Aurélio; AI 749394, Rel. Min. Ayres Britto e RE 463.629, Rel. Min. Ellen Gracie, cuja ementa aqui transcrevo:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MATÉRIA TRABALHISTA. ART. 453 DA CLT. EXTINÇÃO DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO PELA APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. A interpretação conferida pelo Tribunal Superior do Trabalho ao art. 453 da CLT, segundo a qual a aposentadoria espontânea do empregado importa na ruptura do contrato de trabalho (Orientação Jurisprudencial nº 177 da SDI-1), viola o postulado constitucional que veda a despedida arbitrária, consagrado no art. 7º, I, da Constituição Federal. 2. Precedentes: ADI 1.721-MC, ADI 1.770-MC e RE 449.420. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

14. Em outros termos: embora sem assumi-lo expressamente, a decisão reclamada, na prática, aplicou o art. 453, §§ 1º e 2º, da CLT, cuja inconstitucionalidade foi reconhecida pelo STF nas ADIs 1.770 e 1.721, violando, assim, a autoridade das referidas decisões.

15. Dessa forma, com base no art. 161, parágrafo único, do RI/STF, julgo procedente o pedido, para cassar a decisão reclamada e determinar que outra seja proferida, afastada a premissa de que a aposentadoria espontânea extingue o contrato de trabalho. Publique-se. Intimem-se. Comunique-se. Brasília, 28 de maio de 2015. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator.

## I. Introdução

A escolha desta decisão para discussão deveu-se a duas razões basilares: i) *prima facie*, pela importância da matéria jurídica nela tratada (os efeitos da aposentadoria espontânea do empregado público em municípios sem regime próprio de previdência social) vinculada no próprio site oficial do STF<sup>1</sup>; e ii) tratar-se de uma decisão em absoluta consonância com as contemporâneas doutrinas processuais e constitucionais (a análise da tempestividade dos recursos prematuros) e processual (atento ao movimento de acesso à justiça e de instrumentalidade do processo como mecanismos de tutela efetiva e não meramente procedimental).

<sup>1</sup> Cassada decisão que negou reintegração de empregada pública dispensada após aposentadoria. <http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292935>

No mais, procurar-se-á fazer as devidas conexões teóricas com estas respectivas correntes e delinear os aspectos fáticos que ensejaram a propositura de Reclamação Constitucional para garantir a soberania das decisões do STF, além de buscar uma tutela jurisdicional coerente com as decisões já pacificadas pela Corte Suprema, visando sempre a concretização do direito ao acesso material à justiça.

## 2. Comentários

O meio jurídico nacional, passa uma verdadeira crise de formalismo exacerbado, onde a forma em muitos casos se sobressai ao próprio direito almejado. Em verdade, não são raros os casos que são relegados a segundo plano a situação jurídica que deveria ser a principal nos autos do processo, mas que por uma convenção ideológica ou institucional, acaba ficando abaixo de questões de menor relevância.

Em que pese a necessidade de se haver procedimentos e formas para sistematizar toda a conduta processual, nos dias hodiernos, estamos nos deparando a uma verdadeira ditadura da forma e de algo que é ainda mais danoso ao acesso material à justiça, as denominadas jurisprudências defensivas.

Nas palavras de Dinamarco<sup>2</sup>:

a supervalorização do procedimento, à moda tradicional e sem destaques para a relação jurídica processual e para o contraditório, constitui postura metodológica favorável a essa cegueira ética que não condiz com as fecundas descobertas da ciência processual nas últimas décadas.

Conforme se denota da brilhante lição do eminente processualista, a simples forma por valorização intrínseca não se justifica, tampouco se coaduna com as mais atuais correntes processualistas vigentes e necessárias no novo processo que precisamos alcançar diariamente.

A ocorrência de tais situações não contribuem com o acesso material à justiça que é garantia constitucional. Nesse prisma a doutrina preleciona que:

Se, por um lado, o Estado avoca para si a função tutelar jurisdicional, por outro lado, em matéria de direitos subjetivos civis, faculta ao interessado (em sentido amplo) a tarefa de provocar (ou invocar) a atividade estatal que, via de regra, remanesce inerte, inativa, até que aquele que tem a necessidade

---

<sup>2</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 267.

da tutela estatal quanto a isso se manifeste, pedindo expressamente uma decisão a respeito de sua pretensão.<sup>3</sup>

Por seu turno, as jurisprudências defensivas, nada mais são que obstáculos em muitos casos válidos e em outros exacerbadamente formais, que visam conter inicialmente a utilização de meios processuais cabíveis para se almejar o único desiderato que o processo deve perseguir, qual seja, o bem da vida, contribuindo para pacificação social.

Nessas linhas, não é mais concebível o processo ser o protagonista singular da relação jurídica existente entre as partes em detrimento aos objetivos juridicamente válidos, concretizados pelo acesso material à justiça, na qualidade de direito fundamental.

A situação fática que originou a Reclamação Constitucional da qual decorreu a decisão ora pautada, foi uma verdadeira afronta ao caráter vinculante das decisões emanadas pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, no pertinente aos efeitos da aposentadoria dos empregados públicos e como situação incidental, o exacerbado formalismo defensivo por parte do Tribunal Regional do Trabalho da Nona Região.

A autora da Reclamação Constitucional ajuizou reclamatória trabalhista na Comarca de Apucarana, visando sua reintegração nos quadros dos empregados públicos do Município de Marumbi/Pr, em decorrência de sua dispensa arbitrária e ilegal consubstanciada no fato de sua aposentadoria espontânea.

O referido Município por ter pequeno porte, utiliza-se das regras do regime geral de previdência, sendo que seus servidores (*lato sensu*) são celetistas, ou seja, regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho. Tal prática é bastante costumeira em municípios de menor potencial em razão do alto grau de complexidade que um regime próprio poderia causar ao ente municipal.

Pela decisão de primeiro grau, os pedidos da Reclamante foram julgados improcedentes ao argumento que seria vedada a acumulação de proventos de servidores públicos. Utilizando-se do princípio de duplo grau de jurisdição, a Autora recorreu através de Recurso Ordinário para o TRT9, onde após parecer ministerial pela manutenção da sentença de primeiro grau, a 6ª Turma mais uma vez, decidiu pela manutenção da referida decisão sob o mesmo fundamento, qual seja, mesmo não declarando expressamente o acórdão do Regional, não observou as decisões das ADINs 1.770 e 1.721, que declararam inconstitucionais os artigos 453, §§ 1º e 2º, da CLT, cuja inconstitucionalidade fora reconhecida pelo STF nas ADIs 1.770 e 1.721, violando, assim, a autoridade das referidas decisões do Supremo Tribunal.

---

<sup>3</sup> WAMBIER, Luiz Rodrigues. Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 125.

Não conformada com a manutenção e interpretação destoante a Reclamante interpôs Recurso de Revista, entretanto, antes mesmo da publicação oficial do Acórdão, ratificado posteriormente. O Regional, mais uma vez, deixando de aplicar a jurisprudência dominante, especialmente a contida no Agravo de Instrumento<sup>4</sup> (AI 703.269, Rel. Min. Luiz Fux, j. 06.03.2015), denegou o seguimento do Recurso de Revista sob o fundamento que o mesmo seria intempestivo por sua prematuridade.

A tese do recurso prematuro ofende o princípio da razoabilidade, desvirtuar as próprias lições da Teoria Geral do Processo e viola a garantia constitucional do amplo acesso à justiça.

A Constituição da República garante o acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, o que implica também na ideia recursal) e o Código de Processual Civil explicita que uma vez intimado de decisão judicial a parte tem o direito de recorrer. Com efeito, o novo Código de Processo Civil (Lei Federal 13.105/2015), traz em seu bojo dispositivo que vem a calhar com a corrente doutrinária e jurisprudencial que entende pela inaplicabilidade da tese da intempestividade do recurso prematuro.

Art. 218. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei.

...

§ 4º Será considerado tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Pela literalidade do texto legal é de fácil conclusão que a partir da entrada em vigor do novo código de processo civil, não mais existirá razão para que os recursos interpostos antes da ocorrência do termo inicial do prazo não sejam conhecidos sob a alegação de intempestividade. A aprovação do projeto de lei supracitado levará ao esvaziamento da construção jurisprudencial da tese de intempestividade do recurso prematuro, que sempre trabalhou como contrassenso ao amplo acesso à Justiça.

Por tal situação a Reclamante apresentou à Corte a Reclamação Constitucional (LEI Nº 8.038, DE 28 DE MAIO DE 1990) visando cassar a decisão proferida no acórdão e determinar que outra fosse dada no lugar, afastada a premissa de julgamento. Inicialmente o Relator Min. Barroso deferiu medida liminar determinando a suspensão do feito na origem e posteriormente julgou

---

<sup>4</sup> **EMENTA:** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. INTERPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. EXTEMPORANEIDADE. INSTRUMENTALISMO PROCESSUAL. PRECLUSÃO IMPRÓPRIA PARA PREJUDICAR A PARTE QUE CONTRIBUI PARA A CELERIDADE PROCESSUAL. BOA -FÉ EXIGIDA DO ESTADO -JUIZ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

monocraticamente procedente a Reclamação por entender que houve de fato afronta as decisões do Supremo Tribunal Federal.

Incidentalmente, o julgador afastou a intempestividade do Recurso prematuro, não fazendo incidir a <sup>5</sup>Súmula 734/STF.

Assim fazendo, garantiram o acesso à Justiça à Reclamante, deixando de lado inicialmente um formalismo totalmente prejudicial ao deslinde processual, como é o caso do recurso apresentado antes da publicação. No mérito mais uma vez as decisões da Suprema Corte foram respeitadas e restabelecidas, nos ditames da Constituição Federal de 1988.

### 3. Conclusão

Em face de tais considerações, pode-se concluir estar-se diante de aresto de alta amplitude jurídica, que coloca as decisões emanadas pela Suprema Corte Constitucional em grau hierárquico superior, sendo o instituto da Reclamação constitucional a via adequada para fazer respeitar as decisões prolatadas em controle concentrado de constitucionalidade.

Outrossim, é demonstrada pela *decisum* o verdadeiro escopo do processo, qual seja, uma ciência voltada para a concretização do direito material, e não apenas uma série de procedimentos reiterados com inúmeros entraves para o alcance do direito tutelado. Na referida decisão, é firmado mais uma vez a plena possibilidade do conhecimento do recurso prematuro, não devendo este ser tratado como intempestivo. Ou seja, <sup>6</sup>“a utilidade do ordenamento jurídico material está intimamente relacionada com a eficácia do processo, que constitui o meio para garantir a atuação do Direito nas hipóteses de ausência de cooperação espontânea dos destinatários.”

### 4. Referências Bibliográficas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 703.269.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Súmula 734. Acesso em <  
[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>

<sup>5</sup> NÃO CABE RECLAMAÇÃO QUANDO JÁ HOUVER TRANSITADO EM JULGADO O ATO JUDICIAL QUE SE ALEGA TENHA DESRESPEITADO DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Acesso em <  
[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>

<sup>6</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e processo: influência do direito material sobre o processo. 5. ed. rev. e ampl.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 74-75.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Notícias. Cassada decisão que negou reintegração de empregada pública dispensada após aposentadoria. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=292935>

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento. 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

