

Director:
José Julio Fernández Rodríguez

Coordinadores:
Rubén Miranda Gonçalves
Fábio da Silva Veiga

LA FUERZA INSTITUCIONAL DE LA ABOGACÍA PÚBLICA EN EL CONTEXTO EUROPEO

Centro de Estudios de Seguridad - CESEG
Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos - IBEROJUR



LA FUERZA INSTITUCIONAL DE LA ABOGACÍA PÚBLICA EN EL CONTEXTO EUROPEO

Director

José Julio Fernández Rodríguez

Coordinadores

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

Santiago de Compostela – 2020



Todos los derechos reservados al director y coordinadores de la obra. Ninguna parte de esta podrá ser reproducida sin el consentimiento expreso del director y los coordinadores.

El director y los coordinadores no son responsables de las opiniones, comentarios o manifestaciones de los autores en los artículos publicados.

© José Julio Fernández Rodríguez (Director)

© Rubén Miranda Gonçalves (Coordinador)

© Fábio da Silva Veiga (Coordinador)

© Los autores, por su capítulo

1ª edición: 2020

ISBN: 978-84-09-17700-4

IBEROJUR – Instituto Iberoamericano de Estudios Jurídicos.

CESEG – Centro de Estudios de Seguridade.

Facultad de Derecho - Universidad de Santiago de

Compostela 15.782 - Santiago de Compostela

ÍNDICE

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes.... 6

Fernanda Mattar Furtado Suriani

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português..... 42

José Aldizio Pereira Júnior

A busca da justiça efetiva e célere..... 71

Maíra Caldas Taboada Dios Carvalho

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão..... 93

Juliana de Maria Pereira

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise comparativa dos modelos português e brasileiro..... 119

Daniel Levy de Alvarenga

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, competências e identificação de funções. Uma análise comparativa..... 143

Sávia Maria Leite Rodrigues

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para assistência jurídica prestada pela advocacia de estado – caso espanhol..... 179

Rosa Maria Pellegrini Baptista Dias

Tribunal Constitucional espanhol..... 204

Roberto Renato Strauhs da Costa

Princípio jurídico-fundamentais no Estado de Direito: sua função e relevância jurídica..... 231

António Francisco de Sousa

GERENCIAMENTO DO PROCESSO: O PAPEL DO JUIZ E DAS PARTES

Fernanda Mattar Furtado Suriani

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Gerenciamento do processo; 1.1. Considerações iniciais; 1.2. A influência austríaca e o modelo de Stuttgart na Alemanha; 1.3. O case management americano; 1.4. A experiência brasileira do gerenciamento do processo; 2. Perspectivas da gestão processual; Conclusões; Referências bibliográficas.

RESUMO: O gerenciamento do processo mostrou-se uma importante ferramenta de superação do formalismo liberal a fim de se alcançar maior efetividade processual. Desde Franz Klein, a ideia era a de conceder maiores poderes ao juiz para que pudesse racionalizar e flexibilizar o procedimento favorecendo a resolução material do conflito. Analisando os modelos austro-germânico e americano de gerenciamento do processo, pretende-se fazer uma reflexão sobre o modelo brasileiro, e se o protagonismo do juiz no gerenciamento do

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

processo deve ser revisto, tendo em vista que o direito processual civil contemporâneo traz em sua essência a comparticipação dos sujeitos processuais.

Introdução

A evolução do Direito Processual Civil mostra que, com o desenvolvimento do Estado Social Democrático, a concepção liberal de um Estado mínimo, no qual o juiz tinha um papel passivo, devendo ser a todo tempo impulsionado pelas partes (princípio dispositivo) para ao final declarar a vontade da lei (*buche de la loi*) foi cedendo espaço para um juiz com mais poderes e mais ativo a fim de cumprir seu papel de entrega da jurisdição de modo mais efetivo.

Segundo o doutrinador português Miguel Teixeira de Sousa, a partir da influência marcante do austríaco Franz Klein, também foram adicionados ao processo os requisitos de publicidade, oralidade e concentração dos atos, que era concebido como “uma instituição de bem-estar, no qual deviam ter expressão tanto os interesses individuais dos litigantes, como os interesses gerais da colectividade na boa administração da justiça”. Para o referido autor, “foi nesse ambiente que nasceu o *poder* assistencial do juiz perante as

partes, bem como o *dever* de colaboração destas com o tribunal." (SOUSA, 2002, p. 25) (grifo nosso).

O papel do juiz e dos jurisdicionados no processo refletem os valores fundamentais do Estado de Direito em determinado momento histórico. No período de redemocratização do país foram conferidos poderes ao juiz compatíveis com a substituição do formalismo liberal, pelas várias concepções sociais e a acentuação do intervencionismo estatal e da função assistencial do Estado. (CORRÊA, 2012)

O gerenciamento processual, também se origina da necessidade de se trazer maior racionalidade e eficácia para a prestação jurisdicional, diante da sobrecarga do Poder Judiciário. Segundo Paulo Silva, a ampliação do acesso à justiça aumentou o volume de processos, o que é positivo, por isso, a contenção da crise da justiça "não passa pela redução, mas pela gestão do volume crescente de demandas." (SILVA, 2010, p. 29) A ideia é a de flexibilização do formalismo processual e do empoderamento do juiz, pois um juiz com mais poderes pode dirigir o processo com a fixação das questões relevantes, de modo a se chegar a um melhor resultado em um menor tempo e a um menor custo.

Atualmente, entretanto, se observa que esse poder assistencial do juiz ao gerir o processo não se sustenta sem o

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

correlato empoderamento das partes, em um modelo processual colaborativo entre os sujeitos. Essa é a proposta do Novo Código de Processo Civil, que estabelece que aos poderes do juiz e das partes são anexados deveres, em especial o de cooperação a fim de se alcançar a tutela jurisdicional justa e efetiva (art. 6º).

Ao juiz cabe, portanto, conduzir o processo de modo firme a fim de que consiga prestar a tutela jurisdicional efetiva com respeito e fomento ao direito fundamental das partes à participação. Neste sentido afirma o professor Fabio Corrêa:

Tal condução firme do processo depende de um efetivo debate entre as partes e o juiz, o qual não deve restringir-se a ouvir as pretensões das partes, mas, sim, colaborar ativamente com as partes para construir a solução judicial do litígio. Nesse mister, percebe-se que a colaboração judicial não fica adstrita à aplicação do direito – *iura novit cúria e da mihi factum, dabo tibi jus* - na medida em que é impossível dissociar fatos e direito para fins de definir a atuação das partes e do juiz. A impossibilidade de demarcar exatamente a atuação do juiz e das partes faz com que sejam adotadas diversas formas de direção do processo

nos diferentes ordenamentos jurídicos. (CORRÊA, 2012, p.69)

De fato, nos países de tradição do *common law*, em regra, a condução do processo é confiada às partes (modelo adversarial), e nos países da *civil law*, a direção do processo é atribuída ao juiz (modelo inquisitorial). Entretanto, as recentes reformas processuais têm aproximado os dois modelos, conferindo maior relevância ao modelo de gerenciamento do processo participativo, como será visto no presente trabalho.

1. O gerenciamento do processo

1.1. Considerações iniciais

Os ordenamentos processuais do século XIX exibiam uma clara adoção do modelo liberal, de defesa dos direitos individuais contra a interferência estatal, atribuindo ao juiz um comportamento passivo, sem poderes de flexibilização do procedimento, de iniciativa na instrução da causa ou de investigação dos fatos relevantes.

Entretanto, com o advento dos Estados Sociais a função do Poder Judiciário passou a ser a de garantidor de prestações pelo Estado, ou seja, de efetivação dos direitos constitucionalmente consagrados. Em termos processuais, a

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

reforma austríaca de 1895 liderada por Franz Klein foi a primeira a quebrar o paradigma liberal concedendo maiores poderes ao juiz na condução do processo e exigindo uma postura mais ativa no desempenho de suas funções.

Esse ativismo judicial foi gradativamente sendo incorporado em diversos ordenamentos com o objetivo de se alcançar maior eficácia da prestação jurisdicional. Isto sem abrir mão dos princípios processuais constitucionais, como o do devido processo legal, que está fundamentado no contraditório, na igualdade de armas, na ampla defesa e na imparcialidade do juiz.

Apesar da diversidade dos sistemas, tendo a família do *civil law* se originado do modelo inquisitivo e a família do *common law* se originado do modelo adversarial, nota-se uma tendência de aproximação desses modelos no que diz respeito ao papel que as partes e o juiz exercem no processo. Como afirma Corrêa, “o modelo inquisitorial combateu o excessivo formalismo do procedimento que impedia a prestação da tutela jurisdicional efetiva, ao passo que o modelo adversarial combateu as manobras das partes cujo intuito era beneficiarem-se indevidamente da jurisdição.” (CORRÊA, 2002, p. 69)

De acordo com o ilustre comparatista Michele Taruffo (TARUFFO, 2010), na família do *civil law* podem ser identificados três modelos de processo civil que influenciaram os demais: o modelo austro-alemão, o modelo franco-italiano e o modelo espanhol. Na família do *common law*, os modelos mais influentes são o inglês e o americano, que apesar de traços comuns são bastante distintos entre si.

Será feita uma breve análise do desenvolvimento do gerenciamento do processo em pelo menos um país de cada família, a fim de melhor compreender os poderes conferidos ao juiz e às partes pelo Novo Código de Processo Civil na condução do processo e a extensão de toda sua potencialidade.

1.2. A influência austríaca e o modelo de Stuttgart na Alemanha

Franz Klein publicou uma série de artigos nos Boletins Jurídicos da Áustria a partir de 1890 propondo um processo civil orientado pela oralidade, publicidade e livre apreciação das provas, rompendo com o dogma liberal marcado pela passividade do juiz e da rigidez das formas, bem como distanciando-se do esquema autoritário do processo romano-justiniano. Segundo Corrêa, Klein conseguiu enxergar o

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

caráter social do litígio privado, uma vez que a solução do conflito traz reflexos sobre o Estado e a sociedade, e por isso, o processo deve se desenvolver a partir do debate público e oral mediante a relação imediata e direta entre o juiz e as partes. Ao juiz são dados poderes de direção material do processo a fim de imprimir-lhe uma marcha constante e acelerada. (CORRÊA, 2002, p. 93)

O novo contexto social com a ascensão das massas na segunda metade do século XIX pressionava por essa mudança de paradigma, não sendo mais possível sustentar a ideia liberal de processo. Assim, em 1898 entrou em vigor o Código de Processo Civil projetado por Franz Klein (ÖZPO), que instituiu um regime com maior flexibilidade baseado na colaboração entre as partes e o juiz, sob a direção deste.

Corrêa aponta que o ÖZPO admitia a alteração do pedido sem a concordância do demandado após sua citação, bastando ao juiz avaliar se tal mudança atendia o escopo da economia processual. Ao juiz também foi conferido o poder de rejeitar provas de cunho protelatório. A fim de aferir a adequação entre meio e fim e reduzir o custo do processo, foi conferido ao juiz amplos poderes de direção que iam de dispensar atividades supérfluas até relevar vícios não prejudiciais. Na fase instrutória, o juiz deveria ter uma postura

ativa a fim de descobrir a verdade material, por meio de quesitação das partes e pela iniciativa judicial na produção de provas.

Era prevista uma audiência preliminar antes da contestação do réu, a fim de se aferir a possibilidade de conciliar, de se fazer alterações no pedido, além da apreciação das preliminares. Nesta audiência também poderia haver prolação de sentença nas hipóteses de reconhecimento do pedido, renúncia e revelia, além de fixação de prazo para a resposta do réu. O modelo de Klein, previa que após a fase preparatória do processo, haveria uma audiência principal de instrução, e um sistema estrito de preclusões a fim de se garantir ritmo ao processo. (CORRÊA, 2002, p. 95).

Ocorre que nem sempre a audiência preliminar atingia seus objetivos, ou porque as partes deixavam de comparecer ou porque seu único objetivo acabava se reduzindo a fixação de prazo para apresentação de defesa. Em 1983, houve uma reforma no ÖZPO que tornou a audiência facultativa, e finalmente em 2002 ela foi extinta, sendo substituída por um procedimento escrito preparatório à audiência principal. (CORRÊA, 2002, pp.95-97).

O modelo austríaco influenciou fortemente a reforma do Código de Processo Civil alemão (ZPO) de 1877, de cunho

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

liberal. Em 1924 a lei reformadora criou o juízo singular, oferecendo-lhe maiores poderes para proferir ordens preparatórias de ofício antes da audiência de tratamento oral, como recusar defesas intempestivas e protelatórias. (ONODERA, 2017, p. 58) Porém, a possibilidade de apresentar memoriais escritos pelas partes mitigou a concentração da audiência principal, e a ausência de um sistema rígido de preclusões com a adoção do princípio da eventualidade permitia a apresentação de novos fatos até o término da última audiência oral, atrasando a marcha processual. (CORRÊA, 2002, p. 122)

A fim de se alcançar a celeridade processual, e partindo do estudo de Fritz Baur, foi instituído um modelo de processo mais concentrado e célere na 20ª Seção do Tribunal de Stuttgart, trata-se do “modelo de Stuttgart”.

Para dar maior eficácia ao processo, o tribunal passou a ter o poder de limitar as questões do caso por meio de uma audiência com as partes, que ocorria após uma troca de peças escritas entre elas, alcançando-se o objetivo da oralidade e da imediatidade. Na fase escrita postulatória, o tribunal pode indicar pontos que merecem maior esclarecimento acerca da matéria de fato, ficando proibida a apresentação de novos fatos e a indicação de meios de prova após o fim da fase

postulatória. Na audiência principal única, o tribunal discute primeiramente as questões de fato apontando obscuridades e equívocos que devam ser imediatamente esclarecidos. Caso não se chegue a um acordo, realiza-se nesta mesma audiência a colheita de provas, inclusive com a oitiva de peritos, ainda que já tenham apresentado laudo escrito. Após o fim da fase instrutória, as partes e seus advogados podem arrazoar e o tribunal em seguida discute abertamente as questões de fato e de direito com as partes, o que induz muitas vezes a uma transação. Quando não se logra o acordo, o tribunal, após conferenciar, profere a sentença. (BAUR, 2007)

O sucesso do modelo de Stuttgart que diminuiu o tempo do processo para uma média de seis meses, fez com que o legislador alemão reformasse o ZPO em 1976 adotando o referido modelo de modo a permitir que o processo fosse resolvido em uma só audiência, por meio de uma preparação prévia, que poderia ser escrita ou oral (audiência preliminar), escolha que seria feita pelo presidente do Tribunal por sentença irrecorrível.

Existe a possibilidade de o Tribunal designar uma segunda audiência, caso as partes não abordem todas as questões relevantes na audiência principal por falta de preparação prévia adequada. A cooperação das partes é

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

estimulada exigindo-se que apresentem todos os meios de ataque e defesa à parte *ex adversa* antes da audiência. Caso o descumprimento do dever de colaborar resulte em atraso na solução da controvérsia ou configure negligência grave, a parte pode ser sancionada. Para contrabalancear esse sistema rigoroso de preclusões, ao juiz passou a ser imposto o dever de esclarecimento, ou seja, cabe ao juiz apontar as falhas ou ambiguidades na apresentação do caso, caso o juiz não tenha se desincumbido adequadamente de seu dever, a parte não pode ser penalizada pela apresentação intempestiva de seu meio de ataque ou defesa. (CORRÊA, 2002, pp. 124-125)

Com a unificação da Alemanha houve um grande aumento no volume dos processos, o que induziu a nova reforma em 1990 e em 1999 a fim de estimular a transação, acelerar o processo e desenvolver sua eficiência. Instituiu-se a obrigação do juiz em ordenar o comparecimento pessoal das partes para tentar a conciliação, podendo fazer perguntas, observações, formular propostas escritas de transação ou sugerir que as partes se submetam à mediação extrajudicial, suspendendo o processo. Ademais, entendeu-se que as partes deveriam formar com clareza sua ideia a respeito do deslinde da causa, e para isso precisavam saber com antecedência as questões fáticas e jurídicas consideradas relevantes pelo

jugador a fim de contribuir para sua elucidação. Para isso foram introduzidos métodos de condução do processo baseados na cooperação entre juiz e partes. (CORRÊA, 2002, pp. 124-130)

Ademais, a fim de se evitar a quebra da imparcialidade do julgador, foi reforçado o princípio do dispositivo para contrabalancear o dever de esclarecimento do juiz. Passou a ser proibido ao juiz fundamentar sua decisão em ponto de vista estranho ao das partes, por elas considerado irrelevante ou por ambas valorado de maneira diferente da que parecer correta ao órgão judicial, salvo se este fizer a respectiva indicação e der oportunidade para se manifestarem. Assim, o auxílio judicial deve ser proporcional ao nível das alegações submetidas pelas partes.

1.3. O *case management* americano

No sistema adversarial da *common law* americana o processo é dividido em duas partes bem distintas, uma fase preparatória, *pretrial*, e uma fase de julgamento, *trial*. Quanto ao *pretrial* as partes sempre foram as protagonistas na formulação das alegações e na produção das provas do caso que pretendiam produzir em juízo. A postura passiva do juiz,

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

que apenas se pronunciava no julgamento, era vista positivamente como requisito de sua imparcialidade.

Entretanto, ao longo do tempo, os processos passaram a ficar cada vez mais caros e demorados por estratégia processual das partes na fase do *pleading* e no *discovery*, que compõem o *pretrial*, e sentiu-se a necessidade de que o juiz, que em regra só intervinha no processo na fase do *trial* passasse a ter uma postura mais ativa na fase preparatória do processo, a fim de conter abusos.

Assim, em 1938 as *Federal Rules of Civil Procedure* (FRCP), passaram a admitir, em sua regra 16, a intervenção do juiz nas *pretrial conferences*. O objetivo era o de promover um contato direto com as partes a fim de tentar a conciliação, ou caso não fosse possível, deixar claras as questões a fim de se alcançar uma decisão com melhor qualidade. (CORRÊA, 2002, pp. 105-107)

As técnicas de *case management* foram melhor desenvolvidas nas décadas de 70 e 80, quando houve uma explosão na litigiosidade levando a uma grande crise do Poder Judiciário. Nesta época, teciam-se críticas à Regra 16 dizendo que resultava em uma excessiva regulação em alguns casos e insuficiente em outros, gerando atrasos indevidos aos

processos, devido à complexidade das relações sociais postas em juízo.

Assim, uma série de reformas foram realizadas na Regra 16¹, aumentando-se os poderes dos juízes na condução do processo. Além disso, foram criados novos deveres aos advogados na Regra 11, que passou a exigir não apenas uma declaração dos advogados de que os *pleadings* possuem suporte legal-probatório, mas exigindo que fosse realizada uma pesquisa razoável acerca da possibilidade jurídica do pedido e da defesa, bem como que fossem aprimorados os padrões das alegações fáticas e jurídicas. Ademais, restou estabelecida a responsabilidade objetiva dos advogados em caso de litigância de má-fé. Com isso restou reforçado o poder punitivo do juiz para conter abusos. (CORRÊA, 2002, pp. 109)

Atualmente, dentre os objetivos das *pretrial conferences* destacam-se o estabelecimento de um controle prévio e contínuo do caso para evitar prolongamentos desnecessários, por meio do desencorajamento de atividades supérfluas, melhor preparação do processo para a fase de julgamento e facilitação do acordo. O juiz pode convocar as

¹ Para consulta do texto original da Regra 16 da FRCP, acessar: <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-iii-pleadings-and-motions/rule-16-pretrial-conferences-scheduling-management/>

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

partes e seus advogados para tentarem a conciliação podendo puni-los caso não compareçam. Ademais, dentre os procedimentos previstos na Regra 16, destacam-se: a) a necessidade da elaboração de um cronograma de produção das provas, com a eliminação de alegações frívolas e provas supérfluas (complementado pela Regra 26), b) a possibilidade de se proferir julgamento antecipado do mérito, e, por fim, c) o estímulo aos meios adequados de solução de controvérsias (ADR), dentre os quais destacam-se a arbitragem, a conciliação, a mediação e a avaliação por terceiro neutro.

Importante destacar que, a fim de dar efetividade ao modelo gerencial, a Regra 16 prevê sanções às partes e seus advogados caso não compareçam às *pretrial conferences*, ou caso compareçam sem a devida preparação para participar adequadamente da audiência, e, por fim, se não cumprirem com o cronograma estabelecido ou qualquer outra ordem estabelecida no *pretrial*.

Segundo Fine, no sistema adversarial americano são as partes e seus advogados os responsáveis por definir as questões litigiosas a fim de conduzir a investigação fática de pré-julgamento (*pre-trial*), bem como a apresentação de provas perante aqueles que irão decidir a causa, que muitas vezes é o júri civil. O sistema está baseado nas partes e seus

advogados porque acredita-se que o confronto entre as partes permite que seja revelada a verdade dos fatos para a resolução da questão trazida em juízo. Como resultado desse sistema os advogados são vistos como os grandes responsáveis pelo resultado da questão, pois “como representante legal do cliente, tem a obrigação ética de apresentar-lhe alternativas para a solução da controvérsia e de dar-lhe aconselhamento e informação,” (FINE, 2011, p. 93) inclusive para o encaminhamento do caso ao meio mais adequado para solucionar o conflito (uso de ADR).

Acrescentam Silberman, Stein e Wolff que essa posição de liderança na condução do caso que os advogados têm no sistema americano contrasta com os sistemas de *civil law*. Por esse motivo, existem regras de responsabilização profissional que impõem vários deveres e sanções aos advogados. Porém, não se pode perder de vista que, agindo com ética, devem conduzir o caso em favor de seu cliente, não existindo a obrigação de ajudar seu adversário ou de se auto enfraquecer.² (SILBERMAN; STEIN; WOLFF, 2013, p.3)

² Segundo os autores: “*the theory of the adversary system is that each party will discover and present everything that will favor his own case and disclose the weakness of his adversary and that truth will be revealed to the impartial decision maker as the result of this bilateral presentation.*”

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

Dondi, Ansanelli e Comoglio apontam que dada a função fundamental que o advogado americano exerce no sistema adversarial, a ética profissional desenvolve um importante papel no funcionamento do processo civil, em especial no que diz respeito ao *standard* de colaboração que se espera entre advogados e juízes.³ (DONDI; ANSANELLI; COMOGLIO, 2015, p. 17-23)

Tendo em vista a origem adversarial do sistema americano, muitas críticas foram feitas aos poderes dados ao juiz no gerenciamento do processo, denominando esse movimento de ativismo judicial. Talvez, essas críticas tenham sido levadas em conta na reforma de 2015, que alterou a Regra 1 da FRCP a fim de estabelecer expressamente que as regras do processo devem ser construídas, administradas e empregadas pela Corte em cooperação com as partes, a fim de assegurar a justa, célere e não custosa determinação de

³ Acrescentam os autores: " *Finalizzati a un'intensa cooperazione fra giudice e avvocati, a una drástica riduzione dei tempi del processo e a un'altrettanto drástica selezione delle relative attività, non stupisce che tali doveri risultino disciplinati tanto a livello di normativa processuale quanto a livello di disciplina deontologica. E dià fin d'ora sembra da ribadire come in ambito statunitense talidoveri siano corredate in entrambi i casi de apparati coercitivi e sanzionatori reciprocamente molto simili.*" (DONDI; ANSANELLI; COMOGLIO, 2015, p. 23)

toda ação e procedimento. De acordo com o *Committee Notes on Rules* acerca da reforma de 2015:

*Rule 1 is amended to emphasize that just as the court should construe and administer these rules to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action, so the parties share the responsibility to employ the rules in the same way. Most lawyers and parties cooperate to achieve these ends. But discussions of ways to improve the administration of civil justice regularly include pleas to discourage over-use, misuse, and abuse of procedural tools that increase cost and result in delay. Effective advocacy is consistent with — and indeed depends upon — cooperative and proportional use of procedure.*⁴

Como se vê, o gerenciamento processual americano, está estruturado em um balanço de poderes e deveres entre as partes e o juiz.

1.4. A experiência brasileira do gerenciamento do processo

⁴ Disponível em https://www.law.cornell.edu/rules/frcp/rule_1, acessado em 20/11/2017.

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

O Código de Processo Civil de 1939 foi o primeiro a romper com o modelo liberal, acolhendo a visão publicista do processo que estava sendo desenvolvida na Europa. Assim, trouxe poderes ao juiz para sancionar a fraude processual e determinar de ofício diligências suplementares que se fizessem necessárias, bem como acolheu o princípio da oralidade e da imediatidade. (CORREA, 2002, p. 170)

Com a explosão demográfica e a industrialização do país, sentiu-se a necessidade da elaboração de um novo código, que foi promulgado em 1973, com índole extremamente técnica.

O CPC/73 previu a possibilidade de o juiz dirigir o processo, assegurando a igualdade, a celeridade, prevenindo e reprimindo abusos processuais (arts. 14 e 17), bem como lhe foi concedido o dever de sanear o processo, (arts. 125 e 330). Também lhe foram conferidos poderes instrutórios, para determinar provas que entendesse necessárias à instrução do feito bem como indeferir diligências inúteis ou protelatórias (art. 130).

Com as reformas que se seguiram especialmente em 1994 e nos idos de 2000, foram introduzidos instrumentos importantes para que o juiz pudesse ter o controle do bom andamento do feito com a entrega da tutela jurisdicional

adequada. Destacam-se: a) a introdução do inciso V ao art. 125, incluindo como dever do magistrado o de conciliar as partes a qualquer tempo; b) a generalização da tutela antecipada do art. 273, o que permitia ao juiz promover a inversão do ônus temporal do processo, não apenas em caso de urgência, mas também como forma de conter abuso do direito de defesa, ou manifesto propósito protelatório do réu; c) a introdução de meios coercitivos atípicos no cumprimento de tutela das obrigações de fazer, não fazer ou entrega de coisa (arts. 461 e 461-A); d) condenação de ofício da parte que litiga de má-fé (art. 14, V e parágrafo único).

Análise especial deve ser feita quanto à audiência preliminar do art. 331 em substituição à redação original que previa apenas o despacho saneador. A inspiração para a reforma legislativa veio do modelo de Stuttgart, tendo sido introduzida no ordenamento pátrio como o momento processual por excelência “de mais alta concentração de diversos atos do juiz típicos do gerenciamento do processo”, quais sejam, o incentivo ao acordo, bem como a fixação das questões controvertidas, a prolação de decisão acerca das questões incidentes e a determinação das provas a serem produzidas. (ONODERA, 2017, p. 113)

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

De fato, a audiência preliminar, facilita o diálogo do juiz com as partes, concretizando o princípio da oralidade e da imediatidade e incentivando a transação, que se não for possível, ao menos as questões serão esclarecidas e se terá uma condução para instrução e julgamento do feito mais adequada. Ademais, o fato de ter a participação ativa das partes, faz com que se diminua os recursos de decisões interlocutórias se comparadas com aquelas realizadas em gabinete.

Entretanto, os juízes não perceberam todo o potencial da nova norma, levando à sua reforma a fim de tornar a audiência preliminar facultativa. Trata-se do que o professor Kazuo Watanabe denomina de “cultura da sentença”: “os juízes preferem proferir sentença, ao invés de tentar conciliar as partes para obter a solução amigável dos conflitos. (...) Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é a indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para o efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo nosso legislador.” (WATABANE, 2005, p. 687)

Pois bem, o novo Código de Processo Civil, promulgado em 2015, traz algumas novidades que apontam

para a possibilidade do gerenciamento do processo pelo juiz em colaboração com as partes.

Quanto aos poderes e deveres de direção do processo, cumpre destacar o art. 139 que dispõe que o juiz dirigirá o processo, incumbindo-lhe: a) assegurar igualdade de tratamento às partes, o que deve ser interpretado como isonomia material; b) velar pela duração razoável do processo; c) coibir abusos processuais; d) determinar todas as medidas necessárias para assegurar o cumprimento das ordens judiciais; e) promover a qualquer tempo a autocomposição; f) dilatar prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova para dar maior efetividade à tutela do direito; g) exercer o poder de polícia; h) determinar o comparecimento das partes em juízo a qualquer tempo para esclarecimentos acerca dos fatos da causa; i) determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; j) oficiar o órgão necessário ao se deparar com demandas repetitivas a fim de que promova a ação coletiva respectiva. Como se vê, foram concedidos diversos poderes-deveres ao juiz a fim de bem conduzir o processo.

Quanto ao princípio da oralidade, observa-se que não existe mais a audiência do art. 331 CPC/73, e esse momento

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

processual foi dividido em dois, o primeiro para conciliar e o segundo para sanear e organizar o processo.

A fim de se fomentar a cultura da pacificação preconizada pelo professor Watanabe, foi introduzida a audiência de conciliação e mediação obrigatória, só podendo ser afastada quando for o caso de improcedência liminar do pedido, ou havendo manifestação expressa de ambas as partes no desinteresse em compor o litígio amigavelmente. Foi estabelecido o dever dos tribunais em criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, com mediadores e conciliadores capacitados (arts. 165 a 175).⁵

Não sendo possível a conciliação, o saneamento do processo e sua organização será feito nos termos do art. 357. Este artigo fala em decisão de saneamento, o que significa que a audiência de saneamento não é obrigatória, mas pode ser designada pelo juiz quando o caso apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito. Importante ressaltar que neste caso o saneamento não é feito singularmente pelo juiz mas em cooperação com as partes, no que a doutrina tem chamado de “saneamento compartilhado” (WAMBIER, 2004)

⁵ O fomento à autocomposição do litígio também é visto na Resolução 125 do CNJ, bem como na promulgação da Lei de Mediação, (Lei nº 13.140/2015).

Por fim, está prevista ainda a audiência de instrução e julgamento (art. 358 e seguintes) que é designada, caso seja necessária, no momento de saneamento do processo (art. 357, V).

O CPC/15 também previu poderes instrutórios ao juiz nos arts. 139, I; 370, 385, 461, 481, etc. O código trouxe uma novidade quanto à questão probatória admitindo a distribuição dinâmica do ônus da prova a fim de que o juiz cumpra com seu dever de assegurar a igualdade das partes (art. 7º c/c art. 373, §1º). Neste sentido observa Dinamarco: “são também seus poderes-deveres, destinados a preparar um julgamento final justo, a iniciativa probatória nos limites do razoável (...) e o estabelecimento de um racional diálogo com as partes” (DINAMARCO, vol. II, 2016, p. 274)

Por fim, cumpre falar de duas novidades importantes do novo código que interessam diretamente ao tema do gerenciamento do processo, a saber, a calendarização e a flexibilização do procedimento.

O princípio da adequação pode ser identificado em diversos dispositivos legais (ex. fungibilidade recursal, fungibilidade entre tutela antecipada e cautelar, etc), entretanto a flexibilização do procedimento em seu maior grau foi colocada pelo legislador nas mãos das partes, tendo o juiz

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

a função de fiscalizador. Trata-se do acordo de procedimento previsto no art. 190, mediante o qual é lícito às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

A calendarização processual foi prevista no art. 191 por meio de um acordo que deve ser realizado entre o juiz e as partes, com o intuito de agilizar o processo, dispensando intimação para os atos, bem como de adequá-lo temporalmente ao grau de complexidade do litígio.

2. Perspectivas da gestão processual

A ampliação dos poderes judiciais que ocorreu nos ordenamentos jurídicos a partir do século XX, não foi suficiente para bem administrar a justiça. Isso fez com que ao longo do tempo, o gerenciamento dos conflitos por meio do exercício da jurisdição fosse sendo, aos poucos, dividido com as partes.

Observa-se uma inclinação forte no sistema processual civil atual de contratualização dos litígios⁶, por

⁶ A saudosa professora Ada Grinover, chega a afirmar que esse movimento pode gerar uma ampliação do próprio conceito de jurisdição. Ela propõe que além da instrumentalidade finalística do processo, tal como preconizado por Dinamarco (escopos político, social e jurídico), o processo também pode ser visto em sua

meio, em especial, de meios autocompositivos, como a mediação, a conciliação e em seu grau mais elevado, a arbitragem, e de contratualização do processo, como a realização de negócios jurídicos processuais (art. 190), saneamento compartilhado (art. 357) e escolha do perito pelas partes (art. 471). (BONIZZI, 2017)

O atual contexto histórico fundamenta-se na democracia participativa que pressupõe a colaboração dos cidadãos no funcionamento dos poderes públicos. Assim, o juiz passa a desempenhar um papel essencial no fomento à participação das partes na construção do processo dialético, como proposto por Fazzalari (processo como procedimento em contraditório). (FAZZALARI, 1975, p. 23)

instrumentalidade metodológica, devendo ser estruturado a partir do estudo dos conflitos sociais a fim de se obter a tutela jurisdicional por meio do procedimento adequado à cada tipo de conflito. Assim, entende Ada que a jurisdição “não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à Justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça.” Ainda que esse posicionamento seja bastante polêmico, é fato que o conceito clássico de jurisdição que traz em sua essência o monopólio do Estado em dizer o direito bem como com a imposição da vontade da lei à vontade das partes (substitutividade), se mostra de certa maneira insuficiente. (GRINOVER, 2016, p. 20) (DINAMARCO, 2009).

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

Neste sentido, Corrêa propõe que a direção material do processo não deve levar o juiz a “empreender uma cruzada solitária ou autoritária, desde o final do século XX, o processo civil é orientado por uma máxima de cooperação (*Kooperationsmaxima*), segundo a qual as partes devem colaborar com o juiz para que se descubra a verdade e se obtenha a paz social.” (CORRÊA, 2002, p. 70)⁷

Segundo o professor Kazuo Watanabe, o gerenciamento do processo é “uma atividade processual que fortalece o controle judicial sobre: (a) identificação das questões relevantes, (b) maior utilização pelas partes de meios alternativos de solução de controvérsias e (c) programação do tempo necessário para a conclusão adequada de todos os passos processuais.” Acrescenta ainda que é importante que o juiz planeje o processo e discipline o

⁷ Sobre a verdade no processo TARUFFO afirma: “*On the one hand, one has to consider that there are many types of proceedings: some are oriented at facilitating the discovery of truth, while others are oriented in the opposite sense and include various anti-epistemic technical rules. Then the question of whether or not a proceeding allows or prevents the search of truth has no general solutions: all this depends on the political and systemic choices made by the procedural lawgiver in any place and time. Bentham’s ideal system of justice, for instance, was a procedure in which all the relevant evidence should have been admitted, with no rules of exclusion, since admitting all the relevant evidence is a basic condition to achieve the truth of the facts*”. (TARUFFO, 2014)

calendário com a colaboração das partes, uma vez que esse contato frequente do juiz com as partes e delas entre si facilita a solução amigável da controvérsia. Ademais, ainda que não seja possível a autocomposição, as técnicas do gerenciamento processual possibilitam a eliminação das questões despiciendas e o planejamento do processo a fim de que caminhe para o julgamento final com eficiência e sem custo exagerado. (WATANABE, 2008, p. 8)

Para Dierle Nunes o processo deve ser tido como um “instituto fomentador do jogo democrático” (modelo constitucional de processo). Almeja-se uma “estruturação de um procedimento que atenda, ao mesmo tempo, ao conjunto de princípios processuais constitucionais, às exigências de efetividade normativa do ordenamento e à geração de resultados úteis, dentro de uma perspectiva procedimental de Estado Democrático de Direito.” Trata-se do que o professor mineiro designou de comparticipação e policentrismo:

Deve-se vislumbrar que o processo estruturado em perspectiva comparticipativa e policêntrica, não mais embasado no protagonismo de qualquer sujeito processual (juiz, partes, advogados), mas, na sua atuação responsável, competente (*Handlungskompetenz*) e interdependente,

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

ancorado nos princípios processuais constitucionais, impõe um espaço público no qual se apresentam as condições comunicativas para que todos os envolvidos, assumindo seu respectivo papel, participem na formação de provimentos legítimos que permitirá a clarificação discursiva das questões fáticas e jurídicas. (...) O processo, em perspectiva participativa, embasado nos princípios processuais constitucionais, fixa os limites de atuação e constitui condição de possibilidade para que todos os sujeitos processuais discutam argumentos normativos para formação da decisão mais adequada a cada caso em análise. (NUNES, 2008, p. 18)

Ao analisar os deveres do juiz, Dinamarco aponta que lhe cabe “o dever de dar efetividade ao contraditório, franqueando às partes a plena e eficiente participação e, também participando ele próprio.” Para o professor, “essa garantia constitucional não se limita a assegurar a movimentação dos sujeitos interessados, mas também do sujeito imparcial e desinteressado que é o juiz. Ele tem o dever de não se comportar como mero espectador de um duelo.” (DINAMARCO, 2016, p. 273)

A mudança de postura dos operadores do direito leva tempo, e alguns mecanismos de fomento podem ser necessários. Como visto, nos Estados Unidos, são previstas sanções para as partes e seus advogados caso compareçam em juízo sem o devido preparo para bem desenvolver as *pretrial conferences*. E na Alemanha, as partes podem ser sancionadas se não apresentarem todos seus argumentos antes da audiência principal.

Neste contexto, o gerenciamento do processo no Brasil não pode ser analisado com lupa no juiz, devendo necessariamente ser trazido à debate o papel das partes no processo. A capacitação dos operadores do direito em prol da cultura da pacificação e da cooperação também é essencial.

O sistema deve funcionar de modo que a gestão processual não dependa do caráter subjetivo dos sujeitos processuais. Neste sentido, percebe-se que paralelamente aos poderes conferidos aos juízes no CPC/2015, foi atrelada a exigência da participação em contraditório. Assim, diante de um juiz passivo, cabe às partes fomentarem o debate tirando o juiz do isolamento de seu gabinete, da mesma forma, entende-se que diante de partes não colaborativas, cabe ao juiz incentivar sua participação adequada, ainda que seja por meio de punição de atos abusivos.

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

E, por fim, é possível constatar que o gerenciamento processual como exposto ao longo do texto tem maior aplicação em casos complexos, que exigem instrução processual mais densa, pois para os casos mais simples nota-se um movimento importante de privatização da solução dos conflitos, em especial pelo fomento aos meios autocompositivos ou demais ADRs. Segundo Salles, existe atualmente uma “precedência das formas consensuais de solução de controvérsias em relação àquelas adjudicatórias”. (SALLES, 2011, p. 98) O direcionamento para a mediação, a conciliação, e mesmo a negociação direta é, ainda, exponencializado por meio do uso das tecnologias de comunicação e informação, ou seja, com o desenvolvimento das *online dispute resolution* (ODR), que não são objeto do presente estudo, mas que desempenham um importante papel na administração da justiça atualmente.⁸

⁸ Por exemplo, a plataforma *consumidor.gov*, desenvolvida pela Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), para solução de conflitos consumeristas por meio da negociação direta *online* entre fornecedor e consumidor, está sendo incorporada ao Processo Judicial Eletrônico (PJE), tendo em vista sua grande eficácia: “segundo o secretário Nacional do Consumidor, Luciano Timm, por meio da plataforma ‘já foram finalizadas 1,5 milhão de reclamações, relativas a 514 empresas credenciadas pela plataforma – entre junho de 2014 e abril de 2019. O tempo médio de respostas é de sete dias. Já foram alcançados 81% de acordos.’”

Conclusões

No processo civil contemporâneo de diversos países, observa-se uma constante, qual seja, a preocupação em garantir a prestação da tutela jurisdicional de modo célere, adequado e efetivo.

A fim de alcançar esse objetivo, os sistemas processuais passaram por diversas reformas e, incorporaram em suas legislações a ideia de gerenciamento do processo, que foi inicialmente tratado como ativismo judicial, em um movimento de transformação do modelo de Estado Liberal, para o de Estado Social. Entretanto, na atualidade, a democracia participativa surge como pano de fundo das reformas processuais, exigindo que se agregue o contraditório efetivo e o empoderamento das partes em um modelo de gerenciamento do processo colaborativo entre juiz e partes, ao mesmo tempo em que se nota um importante movimento de contratualização do litígio por meio do uso cada vez mais intenso dos métodos autocompositivos de solução de conflitos,

<https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1558383812.3>

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

e de contratualização do processo, por meio do estabelecimento de normas que permitem a flexibilização negociada do procedimento.

Referências bibliográficas

- ANDREWS, Neils. *Relações entre a Corte e as partes na era do case management*. Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 217, mar. 2013.
- BAUR, Fritz. *Transformações do processo civil em nosso tempo*, Biblioteca Digital Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, jul. 2007, disponível em https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/32164/transfor_macoes_processo_civil_baur.pdf, acessado em 20/11/2017.
- BONCI, Marco. *Active management: English reception and Italian rejection*, Revista de Processo: RePro, v. 38, n. 219, maio 2013.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. *Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo*, Revista de Processo. vol. 269. ano 42. p. 139-149. São Paulo: Ed. RT, julho 2017.
- CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. *Governança Judicial*, São Paulo: Quartier Latin, 2012.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, São Paulo: Malheiros, 14. ed. ver. atual., 2009.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. I, 8 ed., São Paulo: Malheiros, 2016.
- _____. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II, 7 ed., São Paulo: Malheiros, 2016.

- DONDI, Angelo; ANSANELLI, Vincenzo; COMOGLIO, Paolo. *Processi Civili in Evoluzione: una proposta comparata*. Milano: Giuffrè Editore, 2015.
- FAZZALARI, Elio. *Instituzioni di diritto processuale*. Pádua: Cedam, 1975.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*, Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- FINE, Toni M. *Introdução ao Sistema jurídico anglo-americano*, São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 93.
- JACKSON, Rupert. *Civil justice reform and alternative dispute resolution*, lecture by Sir Rupert Jackson: chartered institute of arbitrators: 20/9/2016, disponível em http://www.ciarb.org/docs/default-source/ciarbdocuments/events/papers/lord_jackson_speech_200916.pdf?sfvrsn=0, acessado em 20/11/2017.
- NUNES, Dierle José Coelho. *Teoria do processo contemporâneo: por um processualismo constitucional democrático*, Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, ed. Especial, 2008.
- SALLES, Carlos Alberto. *Arbitragem em Contratos Administrativos*, Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SERRA, Miguel Dinis Pestana. *O dever processual no Código de Processo Civil de 2013*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, v.5n.5, 2014.
- SILBERMAN, Linda; STEIN, Allan e WOLFF, Tobias Barrington. *Civil Procedure: theory and practice*, Aspen Casebook Series, 4ed, Wolters Kluwer Law & Business, 2013.
- SILVA, Paulo Eduardo Alves. *Gerenciamento de processos judiciais*, São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Introdução ao Processo Civil*, 2ª ed, Lisboa: Lex, 2002.
- TARUFFO, Michele. *Icebergs do common law e civil law? Macrocomparação e microcomparação processual e o*

Gerenciamento do processo: o papel do juiz e das partes

problema da verificação da verdade, Revista de Processo: RePro, v. 35, nº 181, mar. 2010.

TARUFFO, Michele. Evidence, truth and the Rule of Law, Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 238, dez. 2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *A audiência preliminar como fator de otimização do processo*, Revista de Processo: RePro, v. 29, n. 118, nov./dez. 2004.

WATANABE, Kazuo. *Novas atribuições do Judiciário: necessidade de sua percepção e reformulação da mentalidade*, Revista Paulista da Magistratura, Ano 1, n. 1, 1996, pp. 149-151.

_____. *A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil*. IN: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coords.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008

_____. *Acesso à justiça e sociedade moderna*, In: GRINOVER, Ada P.; DINAMARCO, Cândido R. e WATANABE, Kazuo (Coords.). *Participação e processo*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *Cultura da sentença e cultura da pacificação*, In: YARSHELL, Flávio Luiz; Moraes, Maurício Zanoide (Coords.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DIFUSO NO BRASIL: ANÁLISE CRÍTICA E UM CAMINHO ALTERNATIVO À LUZ DO MODELO CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

José Aldizio Pereira Júnior¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 2 Surgimento do fenômeno da “mutação constitucional” na experiência alemã: brevíssimas considerações; 3 O modelo português de eficácia geral aos efeitos da decisão no controle concreto de constitucionalidade. Conclusões; Referências.

RESUMO: Percebe-se a tendência do Supremo Tribunal Federal de aplicação, em sede de controle incidental de inconstitucionalidade, da eficácia *erga omnes e vinculante* à decisão alcançada pela corte em sede de apreciação de

¹ Mestre em Direito Privado pelo UNI7. Procurador Federal. Especialista em Direito Previdenciário pela PUC/Minas, em Direito Público pela UNB e em Direito Tributário e Finanças Públicas pelo IDP. Email: Aldiziojr@hotmail.com

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

Recurso Extraordinário. Ou seja, recorre-se a consequências jurídicas próprias do modelo concentrado. Há, nesse sentido, uma opção de contornar disposição constitucional que determina a competência do Senado Federal para a suspensão da norma objeto de exame pelo STF. A Constituição portuguesa tem, de outro lado, sistemática interessante, que poderia ser aplicada com menos prejuízo à ordem democrática brasileira. É que há naquele país um desenho que guarda proximidade ao brasileiro. Propõe-se a melhor adequação do modelo lusitano em relação à tendência de confrontar norma determinante e de caráter tipicamente de contenção entre os poderes da república.

INTRODUÇÃO

Tem-se observado com preocupação um afrouxamento interpretativo pelo Supremo Tribunal Federal, proporcionando novas leituras e sentidos para dispositivos constitucionais. A mais das vezes, tais condutas sugerem uma postura visivelmente antidemocrática da Corte. Um dos casos que vêm passando de certa maneira despercebido, ou ao menos sem tanta resistência, pela sociedade jurídica brasileira, é o da sobreposição do modelo concentrado de

constitucionalidade em relação ao difuso. Do ponto de vista exclusivamente prático, talvez a opção da Corte não implique tantos problemas, até porque teria vantagem pela simplificação de procedimento. Não é aí que se vislumbram maiores impactos dogmáticos e metodológicos, persistindo questões de maior profundidade por trás desse debate.

Sabe-se que o modelo difuso tem sua origem em casos concretos e por isso guarda suas peculiaridades frente ao controle abstrato. O acesso ao Supremo Tribunal nesse sistema se dá via recurso extraordinário, funcionando a Corte, circunstancialmente, como instância recursal. Portanto, a opção pela “teoria da abstrativização do controle difuso” é a de aparente racionalização de procedimento, com aplicação específica da eficácia efeitos *erga omnes* e vinculante às decisões em sede de casos concretos, ainda que o legislador constitucional tenha se limitado a dar tais consequências apenas às ações diretas de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade (artigo 102, § 2, CF).

Contorna-se, seguindo uma linha argumentativa perigosa do ponto de vista democrático e das determinantes relações harmônicas entre poderes constituídos da República brasileira, comando constitucional específico para tais casos (artigo 52, X, da CF). Até mesmo porque a leitura desse artigo

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

tem clara e direta compreensão, não carecendo de mais complexas valorações para o alcance dos seus sentidos.

De outro lado, em um apelo ao Direito Comparado, a Constituição Portuguesa oferece solução para casos repetitivos de decisões da Corte Constitucional no âmbito do controle concreto, resolvendo a questão de maneira simples e, aplicada na prática brasileira, teria a vantagem de evitar contorcionismos interpretativos contra texto expresso da constituição.

O propósito do presente trabalho é, a partir de uma revisão de literatura e pesquisa no Direito Português, fazer uma rápida análise crítica dos argumentos invocados pela decisão do STF quando relativiza o texto constitucional, sob os beneplácitos da teoria da “mutação constitucional”, seguindo-se pela apresentação do modelo eleito pela constituição portuguesa, como alternativa viável à opção interpretativa que fulmina a funcionalidade do artigo 52, X, da Constituição Federal brasileira.

2. Surgimento do fenômeno da “mutação constitucional” na experiência alemã: brevíssimas considerações

O recurso à doutrina alemã que dá corpo a teoria da “mutação constitucional” (*verfassungswandlung*) curiosamente, quando se confronta, cronologicamente, com a existência de uma alegada “nova hermenêutica constitucional”, que rotula o discurso ativista no Supremo Tribunal Federal, tem sua origem e debate iniciado no final do Século XIX. Àquela época havia uma inquietação quanto ao distanciamento entre a Constituição de 1871 e a realidade social alemã, despertando na Escola Alemã de Direito Público o desenvolvimento de trabalhos que permitissem a maior proximidade entre elas (Santos, 2015, p.82). Travava-se, assim, uma afirmação da deficiência metodológica do Positivismo Jurídico na Alemanha e a necessidade de alternativas ao alegado desencontro entre o fático e o jurídico, entre norma e realidade.

Nasceria nesse cenário a teoria da mutação constitucional, como fruto da “[...]incapacidade do positivismo legalista da velha Staatsrechtslehre do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática” (STRECK et al, 2008, p.60). Três são os

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

autores que mais se destacam na pesquisa histórica sobre o tema: Paul Laband, Georg Jellinek e Dau-Lin. Os dois primeiros trabalharam o desenvolvimento dessa teoria a partir de uma observação da realidade social alemã, em que se percebia as alterações informais da Constituição imperial (SANTOS, 2015, p.82).

Paul Laband “[...]war als einer der Väter des deutschen Staatsrechts der erste Jurist, der das Konzept der Verfassungswandlung benutzte” (VEGA, 2012, 4). O autor, portanto, foi quem estabeleceu a distinção entre dois conceitos: reforma constitucional e mutação constitucional. Teve Laband o cuidado de atentar para o fato de que, embora a Constituição já fosse concebida como Lei (*Gesetz*), destinada a dar continuidade e estabilidade aos elementos fundamentais do Estado, ela podia transformar-se à margem dos mecanismos formais de reforma.

Georg Jellinek, a seu turno, despertou para a necessidade de desenvolvimento teórico da realidade do que veio a se chamar de “mutação constitucional”, quando diante da nova ordem jurídica, criada pela Constituição do Império Alemão de 1871, deu-se um descompasso entre o seu texto e os regimes jurídicos e organizativo de cada um dos Estados membros. Àquela época, a grande maioria dos Estados

manteve suas constituições locais, embora seus dispositivos já tivessem sido total ou parcialmente revogados pelo direito do Reich. Ficava claro um contraste entre as normas jurídicas escritas e a situação jurídica real, caracterizada principalmente como desvalorização das normas jurídicas das instituições afetadas. Com isso surgiria o receito com a problemática advinda do fenômeno das mutações constitucionais (URRUTIA, 2000, p.107).

Jellinek produziu uma obra intitulada de "*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung: eine staatsrechtlich-politische Abhandlung*", originada da conferência proferida em 18 de março de 1906, na Academia Jurídica de Viena. Neste estudo, Jellinek, inspirado em Laband, adotou a "intencionalidade" como critério para distinguir a mutação da reforma constitucional.

O autor que mais se destaca, segundo grande parte da doutrina, na pesquisa sobre a temática da mutação constitucional, pela completude e sofisticação sistemática dos seus estudos, é o chinês Hsü Dau-Lin. As suas teorias estão publicadas na obra *Die Verfassungswadlung*, em 1932, no contexto da qual se dava folego à produção teórica da doutrina constitucional da República de Weimar. A grande contribuição do autor foi ter se preocupado em estudar especificamente o

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

fenômeno, não se limitando, como o fizeram os seus antecessores, a, basicamente, identificá-lo (BARROS, 2012, p.143).

Dau-Lin define a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) como uma contraposição produzida, em muitas Constituições escritas, com a situação jurídica real. É o fenômeno que revela a incongruência existente entre as normas constitucionais por um lado e a realidade constitucional por outro (DAU-LIN, 1932, p.29). É a tensão entre a Constituição escrita e a situação constitucional real (DAU-LIN, 1932, p.17). Surgiria uma nova situação jurídica que não corresponde ao sentido da Constituição.

A doutrina a partir de uma nova realidade, especialmente na Alemanha, com autores como Konrad Hesse e Friedrich Müller, passou a adotar um conceito mais restrito de mutação constitucional. Nesse sentido, a partir de um outro momento histórico, a mutação constitucional passa a ser compreendida como um “[...]fenômeno por meio do qual se produzem alterações de significado, alcance ou sentido das normas constitucionais desde que dentro dos limites estabelecidos pela própria Constituição” (BARROS, 2012, p.145). E com isso, a existência de balizas impostas pela própria ordem constitucional seria uma necessidade para

tornar a mutação um processo absolutamente legítimo de evolução constitucional.

2.1 Fundamentos à ocorrência de mutação constitucional para nova interpretação do artigo 52, X, da CF, no âmbito do STF

O entendimento do STF para atribuir efeitos erga omnes e vinculante à decisão fruto de controle concreto de constitucionalidade é sustentado, essencialmente, na tese de mutação constitucional do art. 52, inciso X, da CF/88, diante de uma expansão dos poderes da Suprema Corte com relação à jurisdição constitucional (Reclamação 4335-5).

A argumentação que dá corpo à tese seria a de que o aludido artigo reclamaria interpretação no sentido de que ao declarar uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão do STF já será dotada de efeito vinculante e eficácia "erga omnes". O artigo 52, X, da CF teria perdido a sua utilidade prática, pois não cabendo ao Senado a atribuição fiscalizadora da lei, que estaria sob a guarda exclusiva da função judicante, a comunicação seria meramente acessória e sem qualquer impacto no reconhecimento da constitucionalidade ou não do ato normativo impugnado. Isso

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

levaria à conclusão de que o STF, para fins de atendimento do indigitado dispositivo, precisaria apenas comunicar ao Senado, que teria a simples tarefa de publicizar a decisão.

Gilmar Mendes, julgador que capitaneou o desenvolvimento da tese no âmbito do STF, sustenta que “[...]a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade”, não sendo “[...] (mais) a decisão do Senado que confere eficácia geral ao julgamento do Supremo” (MENDES, 2004, p. 154). Com isso, “Cuida-se de ato político que empresta eficácia erga omnes à decisão do Supremo Tribunal proferida em caso concreto”, não tendo a suspensão pelo Senado o poder de revogar o ato declarado inconstitucional (MENDES, 2004, p. 154). Assim sendo, o Senado não estaria obrigado a expedir o ato de suspensão, não implicando essa decisão em omissão ou qualquer infringência a princípio de ordem constitucional.

O ministro da Corte encontra justificativa à mutação no fato de ter a Constituição brasileira promovido a ampliação do rol dos legitimados pela CF88 que impactaria significativamente o controle difuso, “[...]permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal

mediante processo de controle abstrato de normas" (MENDES, 2004, p.158).

Gilmar Mendes soma à sua tese o argumento de que a comunicação não se aplicaria a casos de interpretação conforme, declarações parciais sem redução de texto e também nos casos de rejeição da arguição de inconstitucionalidade. A suspensão limitar-se-ia aos casos de declaração de inconstitucionalidade. Com isso, "[...]o vetusto instituto não tem qualquer serventia para reforçar ou ampliar os efeitos da decisão do Tribunal naquelas matérias nas quais a Corte, ao prover ou não um dado recurso, fixa uma interpretação da Constituição". A conclusão para o ministro seria a de que a decisão do STF parece "[...]avançar também sobre a atividade inicial da Alta Casa do Congresso" (MENDES, 2004, p.156).

Diante dos argumentos utilizados no âmbito do STF, exsurtem indagações quanto à legitimidade dessa construção interpretativa, a partir da utilização da teoria, de berço germânico, da "mutação constitucional", e se não haveria um recurso alternativo ao reducionismo aplicado ao artigo 52, X, da CF.

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

2.2 A “mutação constitucional” e a sua adaptação para o caso do artigo 52, X, CF: algumas ponderações aos argumentos do STF

Da análise mais atenta das premissas argumentativas que relativizam o conteúdo do artigo 52, X, da CF, identificam-se inconsistências desde a narrativa histórica até a fidelidade às premissas teóricas da corrente originariamente desenvolvida na Alemanha, a partir da Constituição do Império Alemão de 1871 e estendendo-se até um momento acomodação jurídica próprio de pós-guerras.

Em primeiro lugar, em uma investigação sobre as sucessões constitucionais no Brasil, percebe-se que desde a Constituição de 1934 incumbiu-se o Senado de competência específica no controle concreto de constitucionalidade. É bem verdade que a Constituição outorgada em 1937, com dissolução do Poder Legislativo, essa previsão foi extirpada. Voltou a existir com a Constituição de 1946, quando se deu início a sua utilização mais efetiva, garantindo-se maior dinamismo ao controle de constitucionalidade. Implementou-se a possibilidade de suspensão da norma atacada com efeitos erga omnes, e com isso o potencial impedimento de demandas de igual conteúdo ao STF. No mesmo sentido, a Constituição de 1988, desde a sua redação original, conservou a

participação do Senado no artigo 52, X, por meio da expedição de resolução como condição para atribuição de eficácia erga omnes a decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.

Percebe-se que a participação do Senado é algo que sempre esteve presente na realidade constitucional brasileira, o que lhe garante naturalmente algum grau de respeito diante da sua tradição nas ordens jurídica e política nacionais. Em consequência, há implicações de ordem teórica que reclamam, na mesma medida, contextualizações fáticas e científicas de sorte a deflagrar qualquer debate sobre a sua utilidade ou sobrevivência no sistema de controle de constitucionalidade nacional. Principalmente quando se invoca, para tanto, a ocorrência da medida excepcional da mutação constitucional, que pode “[...]significar, equivocadamente, a substituição do poder constituinte pelo Poder Judiciário. E, com isso, soçobra a democracia” (STRECK et al, 2008, p.59).

Não é difícil a verificação de que não subsiste correspondência das orientações teóricas da teoria da “mutação constitucional”, em suas linhas originais e justificadoras, com a realidade jurídica brasileira na temática do artigo 52, X, CF. Principalmente quando se apela a um suposto hiato entre a realidade, que dispensaria a participação

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

do Senado, e norma constitucional. Tenta-se, com isso, sustentar mudança fática numa suposta desídia por parte do Senado no exercício dessa competência, mas em pesquisa a dados no sítio do STF e em trabalhos de pesquisa sobre o tema, verifica-se que se trata de argumentação eminentemente retórica.

A situação jurídica do Brasil no campo do controle de constitucionalidade é plenamente compatível com a realidade fática e social, como bem demonstrado pela efetiva atuação do Senado sempre que demandado pelo STF, consoante determina a Constituição Federal. Não se enxerga nenhuma grande mudança justificadora da tese que vem sendo consolidada pela Corte, além de uma comodidade procedimental, descortinando-se o problema da inconsistência dos fundamentos empírico da inutilidade.

Há estudos pormenorizados que bem indicam a fragilidade empírica da tese adotada pelo STF, que atestam a superficialidade argumentativa quanto aos elementos fáticos da imprestabilidade prática do artigo 52, X. Conclui-se, com visível grau de segurança, que os “[...]dados atualmente apresentados como argumentos contra a participação do Senado no controle de constitucionalidade não têm base empírica” (LEITE, 2018, p.67).

E nem se percebe qualquer preocupação no desenvolvimento de critérios científicos, conformados por pesquisa responsável da realidade social, que levem a um confiável reconhecimento de sua ocorrência, legitimando, eventualmente, a alteração no sentido do conteúdo constitucional. E quando não se indicam métodos para o alcance de determinado resultado interpretativo, torna-se inviável o controle e prevalece o livre-arbítrio do julgador. Como resultado disso, ressalta-se, na realidade brasileira, a deficiência metodológica no manejo da expressão “mutação constitucional”, que é agravada pela fragilidade empírica e semântica com a qual a temática é tratada.

Diante desse quadro parece impositiva a constatação de que a teoria da mutação constitucional vem sendo utilizada “[...]como uma categoria empírica sem qualquer verificação de proximidade com a realidade social” (SANTOS, 2016, p. 90) e que inexistem “[...]um parâmetro científico-dogmático que permita determinarem-se quais são os traços individualizantes” (SACCHETTO, 2015, p.125).

E de um modo geral, não se pautam as decisões do STF por uma metodologia de problematização das formas de interpretação. E as poucas vezes que se enxergam declarações de opção interpretativa, elas não seguidas na

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

prática, “[...]sendo os votos utilizam os métodos interpretativos casuisticamente para legitimar os mais variados resultados e justificando a conclusão do sincretismo interpretativo” (DIMITRI, 2018, p.153).

Parece que o recurso à teoria da mutação constitucional, em uma instintiva reflexão crítica dessa realidade, aproxima-se de uma técnica decisória adotada pelo Supremo Tribunal Federal para, sem tantos compromissos dogmáticos e de convergência semântica, justificar uma postura ativista e de agente de correções legislativas.

Corroborar-se com isso a tendência, e até mesmo cultura, brasileira de recepção parcial de teorias que são “transmutadas”, adaptando-se seu sentido e finalidade a projetos teóricos diversos do seu propósito original. E a ausência de base empírica na aplicação da teoria no Brasil ratifica bem essa realidade.

Portanto, a adaptação teórica feita pelo STF, na maioria dos seus votos sobre a temática, “[...] advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes” (STRECK et al, 2008, p.61). O STF, cuja finalidade precípua é a proteção do próprio

texto, não pode mudar a constituição, pois esse não é seu legítimo papel como poder jurisdicional dentro de regime democrático.

Acaba-se legitimando uma temerária “[...] necessidade de adaptar as normas vigentes a exigências decorrentes da evolução da sociedade”, “concedendo ao julgador margens de decisão além e contra a previsão legal, sempre no intuito de adaptar o direito a exigências concretas e a mudanças históricas”. (DIMITRI, 2018, p.181). Afinal, o “[...] papel do aplicador do direito consiste em implantar os comandos políticos e indiretamente, a vontade política neles incorporados” não impor a sua particular impressão sobre o texto constitucional, utilizando-se de técnicas antidemocráticas e de cariz eminentemente retórico (DIMITRI, 2018, p.55).

E constatação desse tipo, quando o STF rejeita a sua função eminentemente contramajoritária, faz lembrar a ainda atual e pertinente preocupação de Carl Schmitt, em seu franco debate com Hans Kelsen, onde se discutia quem seria o legítimo guardião da constituição. O autor alemão alegava que atribuir tal função ao Judiciário politizaria a justiça (SCHMITT, 2007, p.33) e criaria um superpoder, colocando-se os “[...]juízes em uma posição de decisão sobre o status quo

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

político sem legitimidade para tanto, aproximando-se dos velhos esquemas aristocrático de exercício do poder” (RODRIGUES JR., 2019, p.242).

De tudo isso, parece sustentável dizer que a “[...] mutação constitucional tem sido o veículo, declarado ou não, para servir a autênticas mudanças da CF/1988” cabíveis apenas ao constituinte derivado (RODRIGUES JR., 2019, p.227). E isso faz com que o STF termine por se comportar como uma “microconstituinte permanente” quando “[...] emite sentenças aditivas e aparentemente reelabora o sentido da Constituição e das leis, por meios de fenômenos mais ou menos caracterizados como mutações constitucionais” (RODRIGUES JR., 2019, p.243). E o pior, é a corte quem dará a palavra final sobre a (in)existência e (in)validade de uma mutação constitucional (e com isso: *quis custodiet ipso custodes?*).

Enfim, a tese adotada pelo STF, para dar contornos ao atrofiamento do artigo de que ora se cuida, acaba por suscitar uma preocupação em se estabilizar a prática de substituição do processo formal de elaboração de emendas à Constituição, e um “[...]alastramento sistêmico das hipóteses de mutação constitucional, que não encontra limites nem no texto expresso da Constituição” (RODRIGUES JR., 2019,

p.18). Instaure-se, indesejadamente, um ambiente onde sobram dúvidas e incertezas quanto à solidez jurídica e fática que lastreia a ocorrência de uma “mutação constitucional”.

E o resultado de tudo isso, no caso específico do artigo 52, X, CF, é um estreitamento da previsão constitucional, que praticamente ignora a intenção democrática que parece a ela congenitamente associada: reforçar o controle recíproco entre os poderes estatais.

3. O modelo português de eficácia geral aos efeitos da decisão no controle concreto de constitucionalidade

Como forma de contribuir no debate sobre o tema da técnica da mutação constitucional no específico caso da mitigação finalística do artigo 52, X, da CF, buscou-se, recorrendo a um valioso método de construção de conhecimento, no Direito Comparado alternativa à tendência do STF. Até mesmo porque o próprio tribunal invoca, costumeiramente, em seus argumentos outras experiências jurídicas além das fronteiras brasileiras, a exemplo do modelo alemão. O Ministro Gilmar Mendes chega a indicar, no enfileiramento da temática de que seu cuida, dispositivo da Lei Orgânica da Corte Constitucional Alemã

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

(Bundesverfassungsgerichtsgesetz) como reforço argumentativo da tese a que se propôs implementar no Supremo Tribunal Federal. Dispõe aquela lei o seguinte:

§ 31

(2) In den Fällen des § 13 Nr. 6, 6a, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14.

Em resumo, a lei que estrutura o TCF determina que caso uma lei seja declarada compatível com a Lei Básica ou

outra Lei Federal, ou declarada incompatível ou nula e sem efeito, a decisão será publicada pelo Ministério de Justiça e Defesa do Consumidor. Com isso, a publicação teria a função, nesse sistema alemão, de dar ares de publicidade à decisão do Tribunal Constitucional Federal. Perceba-se que tal previsão é de natureza legal, não sendo encontrada na Lei Fundamental da Alemanha.

Pois bem. Em investigação em outro ordenamento europeu, encontra-se um modelo interessante na Constituição Portuguesa, cuja solução para a ampliação dos efeitos da declaração incidental mantém uma praticidade digna de aproveitamento para outros sistemas constitucionais. Por essa razão é que se pretende contextualizá-lo no trabalho.

O Estado português, ainda que se mantenha fiel à tradição europeia, conferindo a um órgão destacado da estrutura jurisdicional ordinária a competência precípua de aferir a compatibilidade de atos normativos com a Constituição, adere igualmente ao sistema de controle difuso, de matriz norte-americana. Permite com isso a participação direta dos demais órgãos jurisdicionais nessa atividade. Diversamente dos sistemas alemão e italiano, em que os tribunais se limitam a receber o incidente e a encaminhá-lo ao

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

Tribunal Constitucional, em Portugal o controle é realizado diretamente pelos tribunais.

Há similaridade entre os modelos lusitano e brasileiro no controle de constitucionalidade. A Constituição Portuguesa, porém, para casos repetitivos de ações em que se investiga a constitucionalidade de uma norma, prevê algo não existente expressamente na Constituição brasileira, que é o ajuizamento pelo Ministério Público de ação direta após três julgamentos, de casos concretos, sobre o mesmo tema. A previsão é a seguinte:

Artigo 281- (Fiscalização abstracta da constitucionalidade e da legalidade)

(...)

3. O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos.

Na verdade, não há textualmente a obrigatoriedade atribuída ao Ministério Público, nem que seria necessário um

novo processo de análise da norma, agora sob à égide do regramento do rito estabelecido ao controle abstrato.

A conclusão, quanto à imposição da iniciativa do Ministério Público, é respondida a partir de uma análise sistemática feita pela doutrina constitucional portuguesa, que reclama, inclusive, a sua inclusão expressa no próprio texto da carta política. A segunda questão restou esclarecida pelo Artigo 82º, da Lei n.º 28/82, que representa a Lei Orgânica do Tribunal Constitucional português, onde foi estabelecido tratar-se de um novo ajuizamento, nos “termos do processo de fiscalização abstrata sucessiva da constitucionalidade ou da ilegalidade previstos na presente lei”, a partir de cópias das correspondentes decisões repetidas.

Com essa providência, mantém-se uma separação entre os dois modos de controle, e a razão para isso faz todo sentido, pois “[...]se separa a declaração abstrata da indesejável influência do caso concreto”. (ASCENSÃO, 377, 1986). Afinal, “[...] o regime de declaração da inconstitucionalidade em concreto é, claramente, diverso do regime da declaração da inconstitucionalidade abstracta no qual, existe uma invalidade que produz efeitos de nulidade” (MORAIS, 2005, p. 784).

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

O modelo parecer ser extremamente inteligente e prático. Ao invés de se procurar “atalhos” para se abreviar o resultado buscado, qual seja, efeitos *erga omnes* e vinculantes específicos do rito do controle concentrado, como se quer no Brasil, a Constituição portuguesa abre a possibilidade para que julgamentos que tratem do tema, concretamente, sirvam de base para uma ação, propriamente, abstrata.

A adoção dessa linha procedimental no Brasil, sem muito custo argumentativo, dispensaria a necessidade de recurso a teorias criadas para fins diversos do que se pretende dar, como é o caso da “mutação constitucional”. Preservar-se-ia, com isso, o dispositivo constitucional que hoje vem sofrendo fortes investidas judiciais, implicando nele uma flagrante mitigação finalística. Atinge-se, no final das contas, a própria ordem democrática.

CONCLUSÕES

Quando o STF decide seguindo o trâmite do modelo difuso, no âmbito do exame de recursos extraordinários, atua como instância recursal e não propriamente como Corte Constitucional. Daí poder se justificar a remessa da decisão ao

Senado para fins de ampliação dos efeitos do resultado proferido em julgamentos no controle concreto.

O elastecimento interpretativo, no caso da redução da finalidade existencial do artigo 52, X, CF, compromete a segurança jurídica e a ordem democrática. Ainda mais grave é a utilização de remédios excepcionais, como é o caso da mutação constitucional, para negar vigência a conteúdo constitucional. Há mudanças normativas, a exemplo da aqui tratada, que demandam, claramente, intervenções do legislador, por meio próprio de emendas à constituição. A opção pelo caminho mais rápido, qual seja, da interpretação que desfigura a norma, pode significar uma porta aberta para transformação de um sistema parlamentar para um judiciário.

Não há crítica direta ao mérito da solução adotada, mas sim quanto ao recurso de técnicas jurídicas que confrontam o Estado Democrático, assumindo o STF, a pretexto de interpretar, uma caracterizada ofensa ao conteúdo da norma. Isso configura um perigo da solidificação das práticas da Suprema Corte em se desviar claramente do texto constitucional, não só para o caso tratado, mas para diversas outras situações. E a postura do STF caba sendo favorecida pela ausência de limites no próprio texto constitucional para o fenômeno da mutação. Ou seja, faltam anteparos à atuação

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

daquela corte, que, agindo assim, pode, inclusive, suprimir intervenções democráticas previstas para outros poderes constituídos.

A adoção procedimental no Brasil do modelo português seria bem menos gravosa à ordem jurídica e não enfrentaria óbices normativos dentro na realidade jurídica interna. Resolveria o argumento de que não poderia a não-aplicação geral da lei depender exclusivamente da vontade de um órgão eminentemente político e não dos órgãos judiciais incumbidos da aplicação cotidiana do direito, pois a simples remessa ao Ministério Público deflagraria o controle concentrado sem a necessidade de depender da “vontade” do Senado Federal para expansão da eficácia dos efeitos da decisão no caso concreto. Poder-se-ia, nessa senda, deixar de lado a questão de ser ou não vinculante a remessa àquela casa legislativa, bem como da investigação da sua eventual natureza política ou jurídica.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José Oliveira. Força obrigatória geral de acórdãos do Tribunal Constitucional no direito português. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 165, p. 375-385, fev. 1986. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/artic>

le/view/45313>. Acesso em: 16 Ago. 2019.
doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v165.1986.45313>

BARROS, Juliana Augusta Medeiros De. *A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL EVOLUTIVA E A CIDADANIA SOCIAL*: elementos para uma hermenêutica jurisdicional de implementação efetiva dos direitos fundamentais trabalhistas. SÃO PAULO: Faculdade de Direito da USP.2012.388p. TESE DE DOUTORADO.

DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*, trad. Christian FÖRSTER, Oñati: IVAP – Instituto Vasco de Administración Pública Herri-Arduralaritzaren Euskal Erakundea, 1998. (orig. *Die Verfassungswandlung* Walter de Gruyter, Berlin und Leipzig, 1932).

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo Jurídico: Teoria da Validade e da Interpretação do Direito*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

LEITE, Fábio Carvalho. Mitos e equívocos sobre a participação do senado no controle de constitucionalidade. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n.52 p. 67 a 97 jan/jun 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional. *Revista de Informação legislativa*, n. 162, abr./jun. 2004.

MORAIS, Carlos Blanco de. *“Justiça Constitucional, Tomo II, O contencioso constitucional português entre o modelo*

Abstrativização do controle difuso no Brasil: análise crítica e um caminho alternativo à luz do modelo constitucional português

misto e a tentação do sistema de reenvio”, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pág.782 a 803.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Direito Civil Contemporâneo - Estatuto Epistemológico, Constituição e Direitos Fundamentais*. São Paulo: Grupo Gen. 2019.

SACCHETTO, Thiago Coelho. *As mutações constitucionais no contexto brasileiro de crise da representação democrática*. e-Pública, Lisboa, v. 2, n. 1, p. 123-140, jan.2015. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2183184X2015000100007&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 31 jul.2019.

SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos. Reconstruindo o conceito de mutação constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)* 7(1):80-91, janeiro-abril 2015.

STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A NOVA PERSPECTIVA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE O CONTROLE DIFUSO: MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E LIMITES DA LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 45-68, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. *Mutación constitucional y fuerza normativa de la Constitución: una aproximación al origen del concepto*. [Revista española de derecho constitucional](#), ISSN 0211-5743, [Año nº 20, N° 58, 2000](#), págs. 105-135.

VEJA, Geraldina González de la. *Verfassungswandel als Dynamische Verfassungsinterpretation*. 25th IVR World Congress LAW SCIENCE AND TECHNOLOGY Frankfurt am Main 15–20 August 2011.

A BUSCA DA JUSTIÇA EFETIVA E CÉLERE

Maíra Caldas Taboada Dios Carvalho¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 A garantia da duração razoável do processo; 2 A experiência portuguesa em ações indenizatórias; 3 Das limitações das ações de reparação - necessidade de proposição de novos mecanismos para a efetiva duração razoável do processo; 4 Inteligência artificial na busca pela duração razoável do processo; 5 Conclusão; Referências.

RESUMO: O presente artigo traz uma análise das principais medidas tomadas visando à efetivação da garantia da duração razoável do processo. Apresenta-se a evolução da legislação nacional e internacional a respeito e, dentro desse contexto, parte-se da jurisprudência da Corte Europeia de Direitos

¹ Procuradora Federal lotada na Procuradoria Seccional Federal em Niterói-RJ com experiência em ações previdenciárias e prioritárias - Graduada pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Humanos (ECHR) a respeito do direito à indenização por demora excessiva do processo, com ênfase no caso português. Diante das estatísticas da ECHR, reconhece-se o parcial potencial pedagógico de tais decisões, mas ressalta-se a insuficiência de tais decisões diante da necessidade de medidas concretas que garantam efetivamente a celeridade processual. Ressalta-se ainda o enorme campo proporcionado pelas novas tecnologias, em especial pela aplicação da inteligência artificial, e seu vasto potencial para reduzir a morosidade processual sem gerar grandes custos de material e pessoal.

INTRODUÇÃO

O direito à duração razoável do processo foi uma das garantias processuais alçadas a lugar de destaque em diversos diplomas legais nacionais e transnacionais nas últimas décadas do século XX. Inicialmente tratava-se de uma garantia de eficácia limitada, quando ainda se abraçava a irresponsabilidade do Estado por seus atos – *the king can do no wrong* – passando-se posteriormente a reconhecê-la como uma norma de aplicabilidade imediata, ensejadora inclusive de responsabilidade estatal por seu descumprimento, embora se

A busca da justiça efetiva e célere

observe que ainda há longo caminho a se percorrer em busca de maior efetividade em sua implementação.

Um das excelentes palestras que despertou nosso interesse no curso “A Força Institucional da Advocacia Pública no Contexto Europeu” dizia respeito à responsabilidade civil do Estado pela função jurisdicional, na qual foram abordados diversos aspectos da responsabilidade estatal, entre eles a vasta experiência europeia na imposição de condenações dos Estados membros da Comunidade Europeia a ressarcir danos causados por demora excessiva em proferir decisões judiciais.

Embora tal prática possa ser vista como uma forma de minorar os danos causados às partes pela excessiva demora na prestação judicial, bem como de dissuadir o Estado de manter a conduta morosa na apreciação das demandas, a experiência na representação judicial do Estado mostra que esse mecanismo tem uma eficácia extremamente limitada, seja por ser incapaz de evitar e prevenir danos causados pela morosidade, seja por ser inaplicável a diversos casos concretos – em especial aqueles em que o próprio Estado, enquanto parte processual, é atingido pela demora excessiva do Estado-Juiz.

Importantes também são as iniciativas legislativas tendentes a reduzir o tempo de duração das demandas,

embora encontrem barreiras na própria aplicação destas inovações pelo Judiciário e nos *lobbies* corporativos, que impedem a estipulação de prazos peremptórios para os juízes, por exemplo.

Por outro lado, em tempos de crise fiscal não há perspectivas concretas de grande melhora dos meios físicos, em especial de pessoal, à disposição do Judiciário para dar conta do crescente volume processual. A migração para o processo eletrônico pode colaborar para acelerar os trâmites burocráticos dentro do Judiciário, embora seja de se notar que a adoção de sistemas ineficientes tende a dificultar ainda mais o trabalho dos diversos atores processuais.

Mais recentemente se vê a incipiente utilização de ferramentas de inteligência artificial pelos tribunais, que tem enorme potencial para agilizar em especial a apreciação de demandas repetitivas, que abarrotam os escaninhos – mesmo os virtuais – da nossa Justiça.

1 A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO

O Princípio da duração razoável do processo tem seu marco inicial na célebre Carta Magna imposta pelos barões ingleses ao rei João Sem Terra no ano de 1215. Além de lançar as bases do princípio do devido processo legal, tal documento

A busca da justiça efetiva e célere

histórico afirmava, em seu art. 40, que “to no one will we sell, to no one will we refuse or delay right or justice”, vedando a justiça lenta no mesmo nível da justiça negada ou mesmo corrupta.

O próprio Rui Barbosa já advertia, na famosa Oração aos Moços, que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Mais modernamente, vê-se que a garantia da duração razoável do processo somente começou a ganhar contornos mais concretos a partir de diplomas legais nacionais e transnacionais editados na segunda metade do século XX.

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), celebrada em Roma em 4 de novembro de 1950, definiu o “direito a um processo equitativo” inserindo a noção de “prazo razoável” como intrínseca a esse direito. Vejamos (grifo nosso):

Artigo 6º

Direito a um processo equitativo

1. Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num *prazo razoável*, por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei [...]

A fim de dar concretude às garantias previstas na CEDH, o seu art. 41 estabeleceu o direito à reparação razoável em caso de violação a tais direitos (grifo nosso):

Artigo 41º

Reparação razoável

Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, *o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário.*

De forma semelhante, a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, além de estabelecer que toda pessoa tem o direito de ser julgada em prazo razoável em sede penal (art. 7º, 5), previu que a garantia de um processo em prazo razoável se estendia também aos feitos de outra natureza em seu art. 8º, 1 (grifo nosso):

Artigo 8º - Garantias Judiciais

1. Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e *dentro de um prazo razoável*, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, *ou para que se determinem os seus*

A busca da justiça efetiva e célere

direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Assim como constou no tratado europeu, o Pacto de San José da Costa Rica também garantiu o direito à indenização em caso de violação de direitos ou liberdades previstos na convenção, em seu art. 63, 1:

Artigo 63

1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

Tal previsão, não é demais lembrar, foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro com a ratificação da convenção em 1992 pelo Decreto nº 678 de 06/11/1992.

Por fim, a Emenda Constitucional 45, promulgada em 08/12/2004, finalmente trouxe de forma expressa ao texto constitucional a garantia em questão, ao incluir, em seu art. 5º, que: “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”.

2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA EM AÇÕES INDENIZATÓRIAS

Foi publicada em Portugal, em 31 de dezembro de 2007, a Lei nº 67/2007, a qual aprovou o Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados e Demais Entidades Públicas. Referido ordenamento reconheceu o dever de indenizar do Estado quando é negado ao cidadão o direito a uma sentença de um Tribunal justo e célere, definindo:

Capítulo III

Responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional

Artigo 12

Regime geral

Salvo o disposto nos artigos seguintes, é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime de responsabilidade por factos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa.

Todavia, no contexto europeu houve demora legislativa por parte de Portugal em promulgar lei nacional que reconhecesse o dever do Estado de indenizar nas hipóteses de

A busca da justiça efetiva e célere

má prestação da função jurisdicional. O artigo 13º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) define o direito a um recurso efetivo perante uma instância nacional, o qual foi assegurado de forma cristalina pela lei portuguesa nº 67, sepultando controvérsias anteriores decorrentes da inexistência de lei específica.

A jurisprudência do Tribunal Europeu definiu os elementos quanto ao conceito de "prazo razoável" ou "dilação indevida": complexidade do assunto, comportamento dos demandantes e conduta das autoridades judiciais.

A longa duração do processo em Portugal era fato frequente, havendo elevado número de queixas apresentadas contra Portugal na Corte de Estrasburgo relativas ao atraso na prestação jurisdicional.

As Estatísticas da Corte Europeia dos Direitos do Homem (ECHR, na sigla em inglês) apontam que, de longe, a maior violação perpetrada por Portugal contra a Convenção Europeia dos Direitos do Homem refere-se à longa duração do processo. De 1959 a 2018 a ECHR encontrou 262 casos com uma ou mais violações portuguesas à Convenção, das quais mais da metade – 143 – eram relativas à duração do processo.

Analisando-se o contexto da península ibérica, verifica-se que a situação relativa à Espanha é bem diversa da de Portugal, já que, no mesmo quadro estatístico (1959 a 2018), constam apenas 16 violações espanholas à duração razoável do processo, contra as 143 portuguesas.

Tal quadro aponta que a longa duração do processo é um problema característico do Poder Judiciário português, do qual encontramos reflexos na formação da estrutura judicial brasileira. Vale destacar que a Itália – cujo ordenamento teve grande influência em nosso processo civil – possui histórico muito pior que o português, com 1.194 violações da razoável duração do processo entre 1959 e 2018.

Essa análise comparativa de Portugal e Espanha é interessante para se afastar a falsa impressão de que a longa duração do processo é um problema inerente ao Poder Judiciário, ao se apontar que outros sistemas jurídicos similares – no caso o espanhol – não o vivenciam na mesma proporção.

A análise estatística dos últimos anos aponta um panorama positivo em relação a Portugal, na medida em que, no ano de 2018, não foi constatada nenhuma violação por Portugal da duração do processo pela Corte de Estrasburgo.

A busca da justiça efetiva e célere

Pode-se concluir que, em alguma parcela, o efeito pedagógico das diversas condenações internacionais vem sendo alcançado em Portugal. Todavia, é duvidoso que esse efeito tenha refletido um avanço na celeridade processual, já que não se pode afastar a hipótese de que as indenizações venham sendo concedidas em tribunais locais, sem que haja manifestação da Corte Europeia.

3 DAS LIMITAÇÕES DAS AÇÕES DE REPARAÇÃO – NECESSIDADE DE PROPOSIÇÃO DE NOVOS MECANISMOS PARA A EFETIVA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Evidente que a intenção do legislador, seja nacional, seja internacional, é obter a justa duração do processo. As ações judiciais pela demora da prestação jurisdicional, além de indenizar o dano causado, tinham um objetivo pedagógico: que o Estado-juiz buscasse não mais dar causa a referidas ações indenizatórias e passasse a julgar as ações judiciais em prazo razoável.

No Brasil não há paralelo com a previsão legislativa portuguesa de responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional como a lei nº 67, mas há julgamentos esparsos determinando o pagamento pelo Estado

de indenizações. Todavia, o Judiciário brasileiro se mantém reticente em reconhecer a responsabilidade do Estado pela demora processual, tendo em vista o entendimento histórico do STF acerca da irreparabilidade de danos decorrentes de atos do poder judiciário. Também não se observa uma atuação marcante da Corte Interamericana de Direitos Humanos a respeito da questão nos moldes daquela da Corte Europeia.

Além da falta de reconhecimento do direito à indenização pela jurisprudência brasileira, é de se reconhecer que exigir que se entre com duas demandas judiciais para a solução de um conflito que provavelmente teve termo inicial há décadas é a prova cabal de mau funcionamento da justiça. Embora se possa reconhecer que tais decisões, no contexto europeu, tenham obtido algum efeito pedagógico, elas estão muito longe de garantir, por si só, o objetivo maior – uma duração razoável para os processos. Independentemente de indenizações para casos pontuais, é necessário, tanto no Brasil quanto no exterior, que se busquem mecanismos efetivos para se garantir a razoável duração do processo, impedindo que os feitos completem décadas apenas para dar causa ao ajuizamento da segunda demanda, agora indenizatória.

Pode-se alegar que hoje os advogados já teriam acesso a reclamações perante corregedorias de tribunais

A busca da justiça efetiva e célere

quanto ao lento andamento das demandas, mas a prática mostra que referida solução encontra-se apenas nos manuais de Direito, diante da natural reticência dos causídicos em se indispor com os magistrados que julgarão a demanda – e outras futuras.

Assim, a busca seria de mecanismos que impedissem a duração excessiva na maioria dos processos e ainda pudessem rapidamente sanear os feitos que pontualmente se prolongassem por tempo acima do razoável.

Durante a tramitação legislativa do projeto do Novo Código de Processo Civil (NCPC) tivemos uma tentativa inicial de se estabelecer prazos para o Judiciário, a qual infelizmente restou mutilada no caminho no Congresso Nacional.

Assim, o art. 12 do NCPC consagrava a ordem cronológica de julgamento, prevendo exceções na busca de adequação as peculiaridades dos casos concretos. Ocorre que, antes da entrada em vigor do NCPC, referidos prazos ganharam o caráter impróprio, não se atingindo a celeridade processual pretendida e necessária.

É necessário reconhecer que a estipulação de prazos para o Judiciário não implica na perda da independência funcional. Esse é um dogma que o mundo atual precisa superar. Se justiça lenta não é justiça, necessitamos de forma

urgente estabelecer limites temporais para a prestação jurisdicional visando efetivamente alcançarmos a justiça

O direito brasileiro já evoluiu muito quanto à fixação de prazos para outros atores processuais, tanto para o Ministério Público, quanto para as partes, incluindo-se a Fazenda Pública representada pela Advocacia Pública. Por exemplo, há menos de 20 anos ainda se entendia que o prazo para o *Parquet* recorrer somente se iniciava com a “aposição do ciente” pelo membro do MP no processo – ou seja, mesmo que o processo estivesse há meses em seu gabinete, o prazo recursal simplesmente não se iniciava enquanto o promotor assim não o desejasse. Hoje em dia se conta o prazo do ingresso dos autos na repartição pública, independentemente de seu caminho nos escaninhos do Ministério Público.

Portanto, no passado havia uma quantidade muito maior de prazos impróprios. Todavia, evoluiu-se para prever que o fiscal da lei, o persecutor criminal e o defensor dos cofres públicos estão sujeitos a prazos processuais – que decorrem da ponderação na balança de princípios entre os interesses públicos defendidos e o elevado peso da garantia da duração razoável do processo. Não há razão para que o judiciário, responsável maior por entregar o final do processo no prazo

A busca da justiça efetiva e célere

razoável exigido pelo legislador, não esteja também efetivamente sujeito aos prazos.

Desse modo, vê-se que, embora seja prevalente que as ações de indenização por demora judicial não resolvem o problema da duração excessiva dos processos, há sempre dificuldades e resistências em prever mecanismos processuais ou administrativos que contribuam efetivamente para a celeridade no caso concreto. No entanto, o avanço na implementação efetiva da garantia impõe a quebra de paradigmas e a busca por novas soluções.

4 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL NA BUSCA PELA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

Outra vertente que pode auxiliar na redução do tempo de tramitação dos feitos é o avanço tecnológico. No Brasil, apesar das limitações de infraestrutura, há crescente uso da tecnologia no universo jurídico, seja pelo Poder Judiciário, seja por escritórios de advocacia.

Com as inovações tecnológicas passou-se a vislumbrar a inteligência artificial como nova fronteira a ser desbravada na busca pela celeridade processual. Com efeito, as crescentes dificuldades orçamentárias e de pessoal dos órgãos públicos impõem a implementação de novas soluções

que possam lidar de maneira eficiente com a enorme quantidade de processos gerada pela massificação de demandas, em especial contra a administração pública. Assim, a chegada da inteligência artificial, com a criação de softwares que exercem rapidamente atividades cognitivas mais simples, partindo de um banco de dados, pode gerar grande avanço no tratamento de processos judiciais, acelerando em muito os resultados da análise que seria feita por determinado órgão público, quer seja julgador, quer seja postulante no processo.

A inteligência artificial configura, portanto, mecanismo importante para a solução do problema da longa duração do processo, visto que a tecnologia da informação possui potencial inigualável para auxiliar o trabalho dos atores processuais com o menor dispêndio de tempo e dinheiro possível.

A Procuradoria Geral Federal pertencente ao quadro da AGU tem utilizado a inteligência artificial como aliada em sua missão institucional de defender as políticas públicas e os interesses públicos.

Destaca-se, dentre referidas iniciativas, o OPTIMUS, um sistema de etiquetamento que analisa as movimentações processuais constantes do Sistema AGU de Inteligência Jurídica (SAPIENS) e, a partir de palavras-chave previamente

A busca da justiça efetiva e célere

definidas, promove o referido etiquetamento de tarefas. O procurador federal Gilson Miranda Neto, criador da ferramenta, esclarece que, em média, com o OPTIMUS "são etiquetadas 95% das tarefas das quais em mais de 70% podem ser adotadas técnicas de movimentação gratuita, evitando a análise pelo Procurador."

Registre-se que o projeto OPTIMUS foi selecionado para participar da 23ª edição do Concurso Inovação no Setor Público, promovido pela Escola Nacional de Administração Pública - Enap. Trata-se de ferramenta inovadora que tem como objetivo diminuir o trabalho de menor valor agregado do procurador federal, dando-lhe mais tempo para se dedicar às tarefas de maior complexidade jurídica.

O Supremo Tribunal Federal, em parceria com a Universidade de Brasília (UnB), passou a desenvolver o projeto de inteligência artificial denominado VICTOR, o qual se utiliza do mecanismo de aprendizado de máquina para a identificação dos temas dos recursos de forma mais rápida.

VICTOR encontra-se na fase de construção de suas redes neurais para aprender a partir de milhares de decisões já proferidas no STF e identificar quais estão vinculadas aos temas de repercussão geral. Não se busca que o algoritmo da máquina profira a decisão judicial que cabe ao Tribunal, mas

que possa acelerar as tarefas de classificação e organização dos processos, propiciando maior celeridade dos julgamentos. O intuito é auxiliar, mas não substituir os serventuários da justiça ou os julgadores.

Como afirmou recentemente o Ministro Luiz Fux:

Cumprе ressaltar, entretanto, que a máquina não decide, tampouco julga. Afinal, isso é atividade humana. Em verdade, o objetivo do projeto é que as máquinas treinadas atuem em camadas de organização dos processos auxiliando com que os responsáveis pela análise dos recursos possam identificar os temas relacionados de forma mais clara e consistente, isto é, o intuito é auxiliar e não substituir os servidores.

Assim, possuindo maior agilidade no atuar processual, seja do advogado público, seja do Poder Judiciário, a Inteligência Artificial já configura importante aliada para a razoável duração do processo. O aprendizado através de sua implementação pode levar ao encontro de novos caminhos, não somente para a análise de recursos repetitivos, como para todo o sistema judiciário em todas as suas instâncias.

5 CONCLUSÃO

O estudo histórico e do direito comparado é importante para se aprimorar nosso sistema jurídico e

A busca da justiça efetiva e célere

processual, fornecendo balizas para se analisar as principais deficiências e apontando caminhos para se buscar um aprimoramento constante da atuação institucional.

Apesar de décadas de discussão sobre a duração razoável do processo, ainda hoje se vê cotidianamente situações esdrúxulas, como a paralisação de processos por mais de um ano, sem qualquer motivo relevante, no aguardar da apreciação pelo Poder Judiciário de simples requerimentos das partes.

Há a necessidade de aperfeiçoamento contínuo da legislação processual, buscando-se mecanismos efetivos para se impedir situações de procrastinação dos feitos judiciais, que tanto contribuem para, em diversos casos concretos, fazer letra morta da garantia constitucional de duração razoável do processo.

Os processos eletrônicos e o uso da inteligência artificial representam inovações importantíssimas nessa busca, abrindo um novo leque de possibilidades para acelerar atividades repetitivas. No entanto, a máquina não substituirá a análise jurídica humana do julgador e do advogado, pelo que novas e melhores regras processuais e rotinas de atuação são ainda necessárias nessa busca.

A garantia da razoável duração do processo encontra vasto embasamento no texto constitucional e em tratados internacionais e tem merecido cada vez mais atenção da

comunidade jurídica, sendo campo importantíssimo para aplicação e desenvolvimento do aparato tecnológico da inteligência artificial.

REFERÊNCIAS

- ATHENIENSE, Alexandre. *A Inteligência artificial e o Direito*. Disponível em <<https://alexandre-atheniense.jusbrasil.com.br/artigos/467690643/a-inteligencia-artificial-e-o-direito>>. Acesso em 14 ago 2019.
- BARBOSA, Ruy. *Oração aos Moços*. Disponível em <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em 14 ago 2019.
- BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Projeto OPTIMUS concorrerá ao 23º Concurso Inovação no Setor Público*. Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_cont_eudo/766225>. Acesso em 14 ago 2019.
- _____. Advocacia-Geral da União. *AGU lança novo sistema de automação para Gerenciamento de Contencioso*. Disponível em <https://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_cont_eudo/727029>. Acesso em 14 ago 2019.
- CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Annual Reports 2001-2018*. Disponível em <<https://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/annualreports&c=>>>. Acesso em 14 ago 2019.

A busca da justiça efetiva e célere

- _____. *Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais*. Disponível em <https://echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em 14 ago 2019.
- ELY FONTELA, Carlos Alberto. Reflexões sobre o direito fundamental à decisão em prazo razoável numa perspectiva europeia e de crise: o caso português. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 4 (2018), nº 4, p. 339.
- FARAGE DA COSTA FELIPE, Bruno e PINTO COELHO PERROTA, Raquel. Inteligência Artificial no Direito - uma realidade a ser desbravada. *Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias*, Salvador, v.4, n. 1, p. 01-16, Jan/Jun. 2018.
- FUX, Luiz. Palestra. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/palestra-fux-inteligencia-artificial.pdf>>. Acesso em 14 ago 2019.
- ISSAMU NAGAO, Paulo. *A garantia da duração razoável sob a perspectiva da efetividade do processo civil. O contexto da Itália em face da Corte Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/41cpc%207.pdf?d=636687290507196448>>. Acesso em 14 ago 2019.
- MATIA PORTILLA, Francisco Javier. *Examen de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo que afectan al Reino de España*. Disponível em <<http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/23653/18977>>. Acesso em 14 ago 2019.

- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 14 ago 2019.
- PORTUGAL. *Lei nº 67/2007*. Disponível em <<https://dre.pt/pesquisa/-/search/628004/details/maximized>>. Acesso em 14 ago 2019.
- RANGEL DE MESQUITA, Maria José. *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas e o Direito da União Europeia*. Lisboa, Almedina, 2009.

A UTILIZAÇÃO DAS PROVAS OBTIDAS POR MEIO DE REDES SOCIAIS PELA ADVOCACIA PÚBLICA NOS PROCESSOS CÍVEIS E OS DIREITOS À VIDA PRIVADA E À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Juliana de Maria Pereira¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Constituição Federal e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão; 2. A proteção ao direito à vida privada na Comunidade Europeia; 3. Marco legal da internet no Brasil: direito à vida privada e à liberdade de expressão; 4. Natureza jurídica das publicações nas redes sociais; 5. A prova no processo civil brasileiro; 6. Ata notarial; 7. A jurisprudência brasileira; 8. O Direito Comparado: Espanha; 9. A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública; 10. Conclusão; Referências.

¹ Especialista em Gestão Pública pela FGV; Especialista em Direito Previdenciário pela PUCMinas; Procuradora Federal, lotada na PSF Varginha. Seção de Matéria Previdenciária – Gerência do Contencioso de Demanda de Massa Previdenciária – GCM.

RESUMO: O presente artigo objetiva verificar a possibilidade de a Advocacia Pública utilizar as publicações nas redes sociais como meio de prova em processo judicial cível sem que haja violação dos direitos à vida privada e à liberdade de expressão. A partir da análise da legislação vigente e do direito comparado, bem como da jurisprudência brasileira, no que tange ao resguardo desses direitos fundamentais e ao marco legal da internet, busca definir a natureza jurídica daquelas publicações e as hipóteses em que elas poderão ser utilizadas como meio de prova.

Analisa ainda a necessidade ou não de lavratura de ata notarial pelo tabelião, haja vista a prática de ato administrativo pelo advogado público.

Por fim, conclui pela admissibilidade da utilização, porém, sem a pretensão de esgotar a matéria.

INTRODUÇÃO

Os frequentes avanços tecnológicos e o acesso cada vez mais facilitado à internet, faz com que cada vez mais pessoas se utilizem das redes sociais para comunicação e manifestação.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

Pois, anteriormente, os meios de comunicação eram bidirecionais e com aqueles avanços, tornaram-se multidirecionais, permitindo, assim uma interação entre todos os interlocutores.

Porém, as publicações podem interferir não apenas nas relações interpessoais, mas também na relação do cidadão com Estado, e, por consequência em processos judiciais, posto que, por meio delas, podem ser obtidas provas que serão úteis no deslinde da demanda posta em Juízo.

Assim, o presente artigo visa à abordagem da possibilidade de utilização das publicações nas redes sociais pela Advocacia Pública, a força probatória delas e o resguardo aos direitos constitucionais à vida privada e à liberdade de expressão.

A partir do estudo desses direitos veremos quando será possível utilizar aquelas em processo judicial.

Não se pretende esgotar a matéria, mas sim, definir os limites dessa utilização sem violação da norma constitucional.

1. A Constituição Federal e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão.

A privacidade das pessoas está cada vez mais vulnerável ante os avanços tecnológicos e meios de comunicação de massa.

Portanto, estabelece, o inciso X, do artigo 5^a, da Constituição Federal de 1988, *verbis*: “X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;” (Destacamos)

Sobre o dispositivo, leciona José Afonso da Silva (SILVA, 1994, p.190)

(...)

A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: a) ao segredo da vida privada; e b) à liberdade da vida privada. O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros. São duas variedades principais de atentados ao segredo da vida privada, nota Kayser: a divulgação, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou pelo menos um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a investigação, isto é, a pesquisa de acontecimentos referente à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quando tenha sido obtido por meios ilícitos.

(...)(Destques no original).

E, OLLIVEIRA JÚNIOR (2018)¹, no artigo Direito à intimidade, ensina que a vida privada “(...) compõe a relação

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

do titular com um pequeno grupo de pessoas, normalmente familiar, muito embora nada impeça que sejam amigos próximos também.(...)”.

Portanto, a Carte Magna Brasileira resguarda as relações do indivíduo com o seu núcleo familiar e amigos próximos.

Nessa esteira, qualquer violação perpetrada pode acarretar a condenação do infrator a responder por pedido de indenização por danos materiais e morais.

Porém, somente será indenizável o dano moral que atinge a esfera legítima de afeição da vítima, que agride seus valores, que humilha, que causa dor, conforme decisão do STF no RE 387.014 AgR, rel. min. Carlos Velloso, j. 8-6-2004, 2ª T, *DJ* de 25.6.2004ⁱⁱ.

Por sua vez, a liberdade de expressão também é tutelada no inciso IV, do mesmo dispositivo da Carta Magna, o qual é do seguinte teor: *“IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”*

José Afonso da Silva (SILVA, 1994, p. 222), sobre o assunto, leciona que:

“(…)

A liberdade de manifestação do pensamento tem seu ônus, tal como o de o manifestante identificar-se, assumir claramente a autoria do produto do

pensamento manifestado, para, em sendo o caso, responder por eventuais danos a terceiros. Daí por que a Constituição *veda o anonimato*. (...)" (Destaques no original).

Nessa esteira, desde que não seja ilegal, imoral ou afete a esfera jurídica de terceiro, a liberdade de expressão é garantida constitucionalmenteⁱⁱⁱ.

2. A proteção aos direitos à vida privada e à liberdade de expressão na Comunidade Europeia

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais,^{iv} de 1950, declarava, em seu art. 8º, *verbis*:

Art. 8º - Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. Não pode haver ingerência de autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e construir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

Em, 1968, novamente foi assegurado o direito à vida privada na Recomendação nº 509 da 19ª Sessão Ordinária da Assembleia Consultiva do Conselho da Europa.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

E, em 29.01.1981, foi celebrado o convênio entre os membros do Conselho da Europa.

No que tange à liberdade de expressão, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia^v reza, em seu artigo 11, que:

“1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber e de transmitir informações ou ideias, sem que possa haver ingerência de quaisquer poderes públicos e sem consideração de fronteiras.

2. São respeitados a liberdade e o pluralismo dos meios de comunicação social.”

E nas anotações daquela Carta consta que:

“(…).

O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial.”

Portanto, em que pese a crescente protecção à vida privada em todos os ordenamentos jurídicos, as manifestações

e comunicações por meio das redes sociais também se tornam cada vez mais comuns e frequentes.

Assim, fez-se necessária a regulamentação da matéria.

3. Marco legal da internet no Brasil.

No Brasil, a Lei nº 12.965/2014 estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet.

Com efeito, o artigo 7º reza que, *verbis*:

“Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário *são assegurados os seguintes direitos*:

I - Inviolabilidade da intimidade e da *vida privada*, sua proteção e indenização pelo dano *material* ou moral decorrente de sua violação;” (Destacamos).
Por sua vez, o artigo 10 é do seguinte teor:

“Art. 10. A guarda e a disponibilização dos registros de conexão e de acesso a aplicações de internet de que trata esta Lei, bem como de dados pessoais e do conteúdo de comunicações privadas, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.”

E, o artigo 23 estabelece:

“Art. 23. Cabe ao juiz tomar as providências necessárias à garantia do sigilo das informações recebidas e à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem do usuário, podendo determinar segredo de justiça, inclusive quanto aos pedidos de guarda de registro.”

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

Destarte, o ordenamento jurídico brasileiro visa ao resguardo do direito à vida privada.

No que tange à liberdade de expressão, o referido diploma legal a disciplina nos artigos:

“Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o *respeito à liberdade de expressão*, bem como:

(...)

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

I - *garantia da liberdade de expressão*, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;

(...)

Art. 8º A garantia do direito à privacidade e à *liberdade de expressão* nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet.

(...)

Art. 19. Com o intuito de *assegurar a liberdade de expressão* e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e

específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material. § 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.”

Assim, não apenas a Carta Magna tutela os direitos à vida privada e a liberdade de expressão, mas também a legislação infraconstitucional.

4. Natureza jurídica das publicações nas redes sociais.

Algumas publicações afetam a esfera jurídica, bem como podem ser contrárias ao interesse daquele que as emitiu.

Nessa esteira, mister que seja analisada a natureza jurídica dessas declarações.

O Código Civil, ao regulamentar o negócio jurídico, dispõe no artigo que: *Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir. ”*

Por sua vez, o Código de Processo Civil, estabelece:

“Art. 408. As declarações constantes do documento particular escrito e assinado ou somente assinado presumem-se verdadeiras em relação ao signatário.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

Parágrafo único. Quando, todavia, contiver declaração de ciência de determinado fato, o documento particular prova a ciência, mas não o fato em si, incumbindo o ônus de prová-lo ao interessado em sua veracidade.”

E, os artigos 389, 393 e 395 do mesmo diploma legal rezam que, *verbis*:

“Art. 389. Há *confissão*, judicial ou *extrajudicial*, quando a *parte admite a verdade de fato contrário ao seu interesse e favorável ao do adversário*.

(...)

Art. 393. A *confissão* é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação.

(...)

Art. 395. A *confissão* é, em regra, indivisível, não podendo a parte que a quiser invocar como prova aceitá-la no tópico que a beneficiar e rejeitá-la no que lhe for desfavorável, porém cindir-se-á quando o confitente a ela aduzir fatos novos, capazes de constituir fundamento de defesa de direito material ou de reconvenção.” (Destacamos).

Portanto, a partir dos dispositivos acima citados podemos concluir que as publicações efetuadas nas redes sociais por pessoas capazes têm a natureza jurídica de *confissão*.

Assim, podem ser utilizadas como provas nos processos judiciais, desde que confirmada sua autenticidade e que estejam em harmonia com o conjunto probatório constante dos autos.

5. A prova no processo civil brasileiro.

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o Código de Processo Civil e regulamentou em seu Capítulo XII, as provas.

Sobre o assunto, mister transcrevermos o artigo 369, desse diploma legal:

“Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.”

Por esse dispositivo, não há qualquer restrição à utilização das manifestações em redes sociais nos processos judiciais.

Todavia, é cediço que essas publicações não podem ser obtidas por meio ilegal.

Destarte, se obtida de perfil em rede social aberto, isto é, sem restrição de acesso, não há qualquer óbice à sua utilização.

Vale nesse momento pontuar, que o presente artigo trata das manifestações lícitas, também obtidas licitamente.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

6. Ata notarial

O Código de Processo Civil estabelece em seu artigo 384, *verbis*:

“Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

Parágrafo único. Dados representados por imagem ou som gravados em arquivos eletrônicos poderão constar da ata notarial.”

Elpídio Donizetti^{vi} a conceitua como:

“(...) instrumento público produzido pelo tabelião (art. 7º, III, da Lei nº 8.953/1994) para constatar, de forma objetiva e imparcial, a realidade de um fato que ele presenciou ou tomou conhecimento. Esse instrumento, que é dotado de fé pública, pode servir de prova em processo judicial, porquanto materializa com o objetivo de resguardar direitos (...)”.

E prossegue:

“(...) Atualmente, já é possível utilizar a ata notarial como prova evidente da existência decerta informação no ambiente eletrônico, cabendo ao tabelião descrever os fatos e, na hipótese de o conteúdo a ser materializado estar em sítio na Internet, imprimir as páginas acessadas, fazendo-as compor o instrumento notarial. Ao ampliar a sua adequação às imagens e aos sons gravados em arquivos eletrônicos, o legislador evita o esvaziamento do instituto.(...)”

Vale ainda mencionar os ensinamentos de FERREIRA citado por ALVIM e MOREIRA (2015) no artigo Ata Notarial Como Meio de Prova Típico no Novo CPC, sobre o tema:

“(...) adoção da chamada ‘ata notarial’ em que, solicita-se a um Tabelião (Cartório de Notas) a lavratura de uma ata em que, pelo computador do notário, são acessados endereços eletrônicos indicados pelo requerente do serviço notarial, e há o relato do dia, horário, conteúdo, imagens e até filmes, tudo descrito pelo Tabelião, cujas declarações do que ocorreu diante dele, por terem fé pública, agregam fortíssima carga de convencimento à prova exibida em juízo, transferindo o ônus da prova à outra parte, o que particularmente em nossa atividade profissional (a advocacia), vem sendo muito útil, eis que admitido judicialmente e raras vezes questionado o fato pela parte contrária.” (Princípios fundamentais da prova cível, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 84).^{vii}

Portanto, a ata notarial tornou-se o meio apto a resguardar que determinada publicação não desapareça da internet.

7. A jurisprudência brasileira

Os Tribunais brasileiros estão admitindo as provas extraídas das redes sociais, como indícios que deverão ser analisadas com o conjunto probatório constante dos autos.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

Vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. SUSPEIÇÃO DA BANCA. POSTAGENS EM REDES SOCIAIS. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. PROVA INDICIÁRIA. PERICULUM IN MORA REVERSO. PROVIMENTO. 1. O cerne da controvérsia gira em torno do deferimento de antecipação dos efeitos da tutela para suspender a convocação e/ou a posse da agravante, bem como os efeitos da homologação do concurso de libras para ingresso nos quadros do IFRJ (Edital nº 44/2016), em razão de suposta ligação de amizade entre ela e os membros da banca examinadora. 2. Há muitas fotos colacionadas aos autos com legendas indicativas de possível relacionamento entre pessoas, extraídas das redes sociais. Embora possam ser consideradas provas indiciárias de relacionamento, não têm o condão de demonstrar de forma patente a suspeição dos membros da banca examinadora a ponto de suspender a nomeação e posse da candidata aprovada, que já se encontrava no exercício do cargo. Das fotos acostadas, não se extrai, na maioria dos casos, a identificação precisa de quem seja cada participante dos encontros e viagens retratadas, havendo somente as alegações da parte autora sobre as identificações e situações. 3. *Ademais, fotografias e postagens em redes sociais podem servir de prova em juízo certamente. Contudo, devem ser cotejadas com os demais elementos de prova*, o que, no caso concreto, neste momento processual, não é possível realizar, ante à quase inexistência de elementos outros que não as cópias

das referidas postagens. 4. Por outro lado, acerca das alegações das autoras sobre a ocorrência de problemas técnicos na realização das provas orais de algumas concorrentes e não da ré, verifica-se que não restaram comprovadas, eis que deveriam constar em ata do concurso, ou mesmo ensejar a apresentação de recursos administrativos, o que não se consegue vislumbrar dos autos, no momento. 5. Assim, a prudência recomenda que, em casos como o presente, em que há, sem dúvida, o risco de dano reverso, ante ao desligamento da agravante do cargo o que certamente lhe trará prejuízos, a dilação probatória para melhor apreciação dos fatos, revelando-se acaudado o deferimento de antecipação dos e feitos da tutela. 6 . Agravo de Instrumento provido. (TRF 2ª Região – AG 0011823-80.2017.4.02.0000 – Relator Guilherme Calmon Nogueira da Gama - 6ª Turma – Publicação 16/03/2018.)^{viii}(Destacamos).

PROCESSO Nº 0501161-24.2017.4.05.8404
VOTO-EMENTA AÇÃO ESPECIAL PREVIDENCIÁRIA.
RECURSO INOMINADO. SALÁRIO-MATERNIDADE.
SEGURADA ESPECIAL. PROVAS DOCUMENTAL E
ORAL FRÁGEIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.
IMPROVIMENTO DO RECURSO INOMINADO. 1.
Trata-se de recurso inominado interposto pela
parte autora em face de sentença que julgou
improcedente o pedido de concessão do
benefício previdenciário salário- maternidade. 2.
Dispõe o art. 11 da Lei nº 8.213/1991, *ipsis verbis*:
□ Art. 11. São segurados obrigatórios da
Previdência Social as seguintes físicas: (...); VII □
como segurado especial: a pessoa física residente

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

no imóvel rural ou em aglomerado urbano ou rural próximo a ele que, individualmente ou em regime de economia familiar, ainda que com o auxílio eventual de terceiros, na condição de: (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008) a) produtor, seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário rurais, que explore atividade: (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008) 1. agropecuária em área de até 4 (quatro) módulos fiscais; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008) 2. de seringueiro ou extrativista vegetal que exerça suas atividades nos termos do inciso XII do caput do art. 2º da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, e faça dessas atividades o principal meio de vida; (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008) b) pescador artesanal ou a este assemelhado que faça da pesca profissão habitual ou principal meio de vida; e (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008) c) cônjuge ou companheiro, bem como filho maior de 16 (dezesseis) anos de idade ou a este equiparado, do segurado de que tratam as alíneas a e b deste inciso, que, comprovadamente, trabalhem com o grupo familiar respectivo. (Incluído pela Lei nº 11.718, de 2008) § 1º Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes. (Redação dada pela Lei nº 11.718, de 2008) (...). □ (Grifos acrescentados)

3. O salário-maternidade é devido à segurada especial, durante o período de 120 (cento e vinte)

dias, que comprove o exercício de atividade rural nos 10 (dez) meses anteriores imediatamente anteriores à data do parto ou do requerimento do benefício, mediante a apresentação de documentos contemporâneos ao evento. 4. Para o agricultor, a concessão dos benefícios previdenciários está condicionada à comprovação do efetivo exercício da atividade rural, a confirmar sua condição de segurado(a) especial. 5. No caso em espécie, verifica-se que a condição de segurada especial da autora não está devidamente comprovada nos autos, tendo em vista que a documentação colacionada não se mostra conclusiva quanto à execução de trabalho rural nos dez meses anteriores ao nascimento da criança (24/09/2016). 6. A prova material é extemporânea. Impende aduzir que a declaração de exercício de atividade rural foi produzida em 21.11.2016, após o nascimento da criança. Ademais, o contrato de parceria rural foi emitido em 09/09/2016. A filiação ao sindicato, por sua vez, ocorreu em 21.06.2016, próximo ao nascimento da criança (anexos 22/26). 7. A prova oral colhida (eventos n^{os} 30/31) se mostrou frágil, não convincente acerca do efetivo desempenho da atividade agrícola, de modo que, efetivamente, posta-se por terra o argumento de ter exercido o labor rural em regime de economia familiar. 8. *Ressalte-se que a parte autora cursa graduação de Letras e seu esposo é formado em educação física. Durante a audiência foi consultado o facebook de Jairo Lima, companheiro da autora, que não apresentou traços de agricultor.* 9. *Com efeito, tem-se que o conjunto fático-probatório existente nesta demanda, sobretudo formado com*

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

a conjugação da prova documental carreada e a prova oral coligida, não foi capaz de formar a convicção a respeito do efetivo exercício da atividade rural nos moldes do art. 11, inciso VII, da Lei nº 8.213/91. 10. Destaque-se que o magistrado que conduz a audiência de instrução detém outros elementos que podem e devem ser considerados para a valoração da prova colhida. Isto porque o juiz pode perceber melhor as nuances dos depoimentos, diante da proximidade com a prova. 11. Sentença infensa a qualquer alteração. 12. Honorários advocatícios em desfavor da parte recorrente, à razão de 10% sobre o valor atualizado da causa, na forma do art. 55 da Lei nº 9.099/1995, ficando a execução suspensa em razão do deferimento da justiça gratuita. 13. Improvimento do recurso inominado interposto pela autora. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Juízes da Turma Recursal da Seção Judiciária do Estado do Rio Grande do Norte, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso inominado interposto pela autora, nos termos do voto-ementa. Em se verificando o trânsito em julgado da decisão, remetam-se os autos ao Juizado Especial Federal Cível. Natal/RN, data da realização da sessão de julgamento. Juíza Federal da 1ª Relatoria da Turma Recursal do RN (TR 5ª Região – 0501161-24.2017.4.05.8404 - Relator: Magnus Augusto Costa Delgado - 1ª Turma – Creta - Data::14/12/2017)^{ix}. (Destacamos).

8. O Direito Comparado: Espanha

Acima demonstramos que a Comunidade Europeia, assim como o Brasil protegem os direitos à vida privada e à liberdade de expressão.

Nesse sentido, RODRIGUEZ (2018, p. 277) ensina que:

El derecho a intimidad protege una zona que el titular del mismo quiere que se mantenga al margen de conocimientos de terceros. Se trata de garantizar un territorio vedado a estos terceros, un ámbito propio y reservado frente a la acción de los demás.

E, prossegue: “Como facilmente se percibe, la intimidad está sometida a particulares exigências ante las redes informáticas. Em efecto, la intimidad presenta una especial vulnerabilidade en Internet. ”

Por sua vez, na lição do mesmo autor (RODRIGUES, 2018, p. 282): El derecho a la libertad de expresión permite a su titular manifestar pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor, es decir, cualquiera concepción intelectual por cualquier medio.

Mas, pondera que (RODRIGUEZ, 2018, p. 279):

Hoy hay que entender que el secreto protege tanto la interpretación como el conocimiento del mensaje enviado por cualquier medio siempre que se trate de canal o soporte cerrado. Este tipo de canal origina la expectativa razonable para el comunicante de que su mensaje quedará al

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

margen del conocimiento de terceros. Si el canal es abierto, tal expectativa no existe, por lo tanto no tiene cobertura jurídica a través de este derecho (de lo que se trata em las comunicaciones abiertas es más bien lo contrario al secreto: llegar al mayor número de receptores).

Portanto, há que se concluir que na Espanha, assim como no Brasil, as manifestações efetuadas em redes sociais, por perfis abertos, podem ser utilizadas como meios de provas, visto que não amparadas pelo direito à vida privada, posto que visam à atingir um maior número de receptores.

9. A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública

MEIRELLES (1996, p. 133) leciona que os atos administrativos consistem em:

“(...) toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (...)”

Possuindo como requisitos para sua formação a competência, finalidade, forma, motivo e objetivo bem como mérito administrativo e o procedimento administrativo.

E, como atributos a presunção de legitimidade, a imperatividade e autoexecutoriedade.

Por sua vez, os advogados públicos, nos termos do artigo 131, da Constituição Federal, exercem a consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

No exercício desse mister, praticam atos administrativos.

Portanto, as manifestações por eles proferidas são dotadas dos atributos daquele e, somente poderão ser desconstituídas se provadas a sua nulidade, por ser ilegítimo ou ilegal.

Nessa esteira, também as manifestações nos processos judiciais devem observar os requisitos dele, podendo o advogado público utilizar de todos os meios lícitos para comprovar suas alegações, incluídas aí as publicações em redes, as quais, nesse caso não carecem de ser atestadas por tabelião, ante a presunção de legitimidade do ato produzido em Juízo.

10. Conclusão

Ante todo exposto, conclui-se que como as manifestações proferidas nas redes sociais por pessoa capaz, em perfil aberto, possui a natureza jurídica de confissão.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

E, que ordenamento jurídico brasileiro permite a utilização delas como prova em processo judicial, desde que obtidas licitamente.

Portanto, se produzidas sem qualquer vício, não violam os direitos constitucionais à vida privada e à liberdade de expressão.

Por sua vez, que os atos praticados pelos advogados públicos, ainda que no bojo de um processo judicial, são atos administrativos e como tais, são dotados da presunção de legitimidade.

Nessa esteira, é possível a utilização das publicações em redes sociais pela Advocacia Pública para fins probatórios em processo judicial, sem a necessidade de lavratura de ata notarial e sem configurar violação aos direitos constitucionais à vida privada e à liberdade de expressão.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Rafael e Moreira, Felipe. *Ata Notarial Como Meio de Prova Típico no Novo CPC*. Publicado em 23 de janeiro de 2015. Disponível: <https://cpcnovo.com.br/blog/novo-cpc-ata-notarial-como-meio-de-prova-tipico/>. Acesso em 10.08.2019.

- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em 16.08.2019.
- BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. Disponível em Acesso em 11.08.2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A Constituição e o Supremo. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/>. Acesso em 10.08.2019.
- CAMPOS, Monica. *Direito à privacidade no uso das redes sociais*. Riscos decorrentes do excesso de exposição. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/58045/direito-a-privacidade-no-uso-das-redes-sociais>, acesso em 11.06.2019.
- DONIZETTI, Elpídio. *Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª Edição, revista, atualizada e ampliada*. São Paulo: Atlas: 2017.
- DUARTE, Josiane Coelho Duarte. *Perfis nas redes sociais e a prova em processo judicial*. Disponível em <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/josiane-coelho-duarte/perfis-nas-redes-sociais-e-a-prova-em-processo-judicial>, acesso em 11.06.2019.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21ª edição. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros: 1996.

A utilização das provas obtidas por meio de redes sociais pela Advocacia Pública nos processos cíveis e os direitos à vida privada e à liberdade de expressão

MELO, João Ozorio de. *Postagens em redes sociais servem como prova*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2013-fev-25/fotos-comentarios-publicados-internet-podem-prejudiciais-acoes>, acesso em 06.01.2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *O direito à intimidade*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279271,71043-O+direito+a+intimidade>, acesso em 11.06.2019.

OLIVEIRA, Rogério Donizetti Campos de. *Direito a intimidade e sua proteção baseada nos direitos humanos no mundo*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14826, acesso em 11.06.2019.

RODRIGUES, José Julio Fernández. *Derechos Fundamentales. Esquemas para el estudio y materiales de trabajo*. Santiago de Compostela: Andavira: 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª edição revisada. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros: 1994

ⁱ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. *O direito à intimidade*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279271,71043-O+direito+a+intimidade>, acesso em 11.06.2019.

ⁱⁱ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp#visualizar>. Acesso em 10.08.2019.

ⁱⁱⁱ STF. HC 82.424, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, P, *DJ* de 19-3-2004 e HC 83.125, rel. min. Marco Aurélio, j. 16-9-2003, 1ª T, *DJ* de 7-11-2003. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp>. Acesso em 10.08.2019.

^{iv} Disponível em:

https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 16.08.2019.

^v Disponível em: <https://fra.europa.eu/pt/charterpedia/article/11-liberdade-de-expressao-e-de-informacao> Acesso em 10.08.2019.

^{vi} DONIZETTI, Elpídio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2^a Edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas: 2017.

^{vii} Alvim, **Rafael e Moreira, Felipe**. Ata Notarial Como Meio de Prova Típico no Novo CPC. Publicado em 23 de janeiro de 2015. Disponível: <https://cpcnovo.com.br/blog/novo-cpc-ata-notarial-como-meio-de-prova-tipico/>. Acesso em 10.08.2019.

^{viii} Inteiro teor disponível em

http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=apolo-inteiro-teor&id=2018,03,15,00118238020174020000_867848.pdf. Acesso em 10.08.2019.

^{ix} Disponível em <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em 16.08.2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATOS JURISDICIONAIS: UMA ANÁLISE COMPARATIVA DOS MODELOS PORTUGUÊS E BRASILEIRO

Daniel Levy de Alvarenga¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1- Modelo português de responsabilidade civil por atos jurisdicionais: prazo razoável, erro judiciário e direito de regresso; 2- Modelo brasileiro de responsabilidade civil por atos jurisdicionais: prazo razoável, erro judiciário e direito de regresso; 3- Conclusão; Referências.

RESUMO: Através deste artigo pretende-se realizar uma breve análise comparativa entre os ordenamentos jurídicos português e brasileiro no que se refere ao instituto da responsabilidade civil do Estado, mais especificamente aquela responsabilidade relacionada com os danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. Trata-se, portanto, de um estudo de microcomparação onde serão abordadas as características do instituto nas suas respectivas ordens

¹ Advogado da União na Procuradoria Regional da União - 2ª Região, Coordenação de Patrimônio e Meio Ambiente. Doutorando em Ciências Jurídicas Políticas pela Universidade Autónoma de Lisboa (UAL). Mestre em História pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Graduado em direito e história pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

jurídicas, as afinidades e diferenças de algumas questões jurídicas e as respectivas soluções nos aspectos constitucional, legal, doutrinário e jurisprudencial.

Introdução

A responsabilidade civil do Estado é um instituto bastante estudado. A maioria dos ordenamentos jurídicos contém alguma previsão relacionada com a obrigação do Poder Público de reparar economicamente os danos causados por seus agentes, pois como qualquer outro sujeito de direitos, o Estado pode vir a causar prejuízo a alguém, sendo, portanto, responsável pela recomposição dos danos resultantes de sua ação ou omissão lesiva.

Tanto a Constituição portuguesa (artigo 22) quanto a Constituição brasileira (artigo 37, § 6º), preveem a responsabilidade das entidades públicas por ações ou omissões praticadas no exercício de suas funções. Porém, no que se refere à responsabilidade por ato jurisdicional, não há esta correspondência. Somente a Constituição portuguesa (CRP) dispõe, no artigo 216, nº 2, que “os juizes não podem ser responsabilizados pelas suas decisões, salvas as exceções consignadas na lei”.

Assim, fica claro que o regime previsto no mencionado artigo da CRP veda a responsabilização dos magistrados fora das situações em que a lei atribua esse efeito, visando exatamente resguardar o princípio fundamental da independência judicial. No caso português, as exceções a este princípio são previstas na Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro (Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas – LREE).

Esta norma, como veremos adiante, procura conciliar a responsabilidade do Estado, a independência dos julgadores

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

e as garantias constitucionais. Em seu artigo 12º, atinente ao regime geral, estabelece a responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa. Já no artigo 13º trata da responsabilidade por erro judiciário e, por último, o artigo 14º reporta-se à responsabilidade dos Magistrados, a nível do direito de regresso que o Estado goza contra eles.

É certo que no Brasil existem fundamentos constitucionais e legais a respeito da responsabilidade civil por danos causados por atos praticados pelo Poder Judiciário, tais como os artigos 5º, LXXV e 37, § 6º da Constituição federal, o artigo 630 do Código de Processo Penal, o artigo 143 do Código de Processo Civil, entre outros. Porém, não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão constitucional similar aquela do artigo 216, nº 2 da Constituição portuguesa. Tampouco um normativo como a Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro, que trata da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional. E foi exatamente esta ausência no caso brasileiro que nos despertou o interesse em produzir o presente estudo.

Quais seriam os motivos pelos quais não existe no ordenamento jurídico brasileiro uma legislação similar à portuguesa? A existência de uma legislação específica sobre o tema resulta necessariamente numa maior efetividade na solução dos casos relacionados à responsabilidade civil por atos jurisdicionais? Em quais aspectos a legislação portuguesa pode auxiliar a doutrina e a jurisprudência brasileiras?

Certamente, as respostas a estes questionamentos ultrapassam, e muito, o objetivo deste texto. Nossa intenção, portanto, é trazer alguns elementos que auxiliem na reflexão sobre o tema.

1- Modelo português de responsabilidade civil por atos jurisdicionais: prazo razoável, erro judiciário e direito de regresso

Como já foi mencionado, o artigo 216, nº 2, da CRP, que trata das garantias e incompatibilidades da magistratura, consagrou, como regra geral, o princípio da irresponsabilidade dos juízes pelas suas decisões com a finalidade de preservar a isenção e imparcialidade do julgador.

Porém, com relação à responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, o texto constitucional português, ao estabelecer que as exceções ao princípio da irresponsabilidade poderão ser estabelecidas por lei, procura conciliar o princípio da independência dos Tribunais, necessária ao desempenho imparcial da sua função soberana, com o princípio da responsabilidade do Estado por atos ilícitos dos juízes, atualmente prevista em diversos ordenamentos jurídicos. E foi através da Lei nº 67/2007 de 31 de dezembro que o legislador português acolheu a responsabilização dos magistrados judiciais pelos danos causados no exercício das respectivas funções.

Como já afirmamos, o referido diploma legal procurou conciliar a responsabilidade do Estado, a independência dos julgadores e as garantias constitucionais. Além disso, buscou tornar mais claro o conceito de "erro judiciário", questão bastante tormentosa quando se trata da responsabilidade civil do Estado por ato jurisdicional. Passemos, portanto, para uma breve análise dos dispositivos relacionados com o objeto do presente estudo, especificamente, os artigos 12 a 14 da Lei nº 67/2007.

O artigo 20, nº 4 da Constituição portuguesa estabelece que "todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo". A prestação jurisdicional em

tempo razoável também é prevista no artigo 6.º, n.º 1 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no artigo 2.º, n.º 1, do Código de Processo Civil português.

Já o artigo 12º da Lei nº 67/2007 determina que “é aplicável aos danos ilicitamente causados pela administração da justiça, designadamente por violação do direito a uma decisão judicial em prazo razoável, o regime da responsabilidade por fatos ilícitos cometidos no exercício da função administrativa”. Trata-se, portanto, de aceitar que aqueles que utilizam os serviços judiciais “têm o direito de exigir do Estado que estes funcionem razoavelmente e, na medida em que tal não aconteça, podem ressarcir-se dos prejuízos que lhes forem causados pelo funcionamento deficiente.” (GALANTE, 2013, p. 30).

Porém, a grande questão e dificuldade trazida pelo dispositivo ora comentado é exatamente estabelecer os critérios para se determinar o que seria o “prazo razoável” que, extrapolado, resultaria na responsabilização do Poder Público em ressarcir aquele que busca uma prestação jurisdicional célere. A 1.ª Seção do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal já decidiu a respeito:

A falta de celeridade - ou decisão não proferida em prazo razoável - deve ser aferida casuisticamente, na ponderação da dificuldade da causa, dos incidentes suscitados, da logística acessível ao magistrado, da necessidade de cumprimento estrito do formalismo da lei, da cooperação entre os julgadores que integram o conclave, na busca de soluções que evitem jurisprudência contraditória, na racionalidade da distribuição e, finalmente, nas características idiossincráticas do julgador (Acórdão STJ de 08-09-2009 - Revista n.º 368/09.3YFLSB, Relator: Sebastião Póvoas).

É certo que o conceito de prazo razoável deve levar em consideração a natureza do processo e suas dificuldades. Porém, o julgamento é realizado em tempo razoável não somente quando considera a gravidade e a complexidade dos fatos postos em juízo, mas, principalmente, quando respeita os prazos legais, sem dilações temporais indevidas. Seria tarefa muito difícil para o legislador estabelecer critérios objetivos para conceituar o que se denomina "tempo razoável", considerando a constante dinâmica do processo judicial. A ampla jurisprudência portuguesa entende que as soluções relacionadas à aferição de uma prestação jurisdicional em tempo razoável são de natureza casuística e devem ficar a cargo da análise dos casos concretos realizada pelos Tribunais.

Passemos, agora, para a questão do erro judiciário assim prevista no artigo 13º da Lei nº 67/2007:

1- Sem prejuízo do regime especial aplicável aos casos de sentença penal condenatória injusta e de privação injustificada da liberdade, o Estado é civilmente responsável pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais ou injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.

2 - O pedido de indenização deve ser fundado na prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente.

Em que pese haver um dispositivo legal no ordenamento jurídico português dispondo sobre aquilo que se denomina erro judiciário, encontrar uma definição segura a respeito do tema é uma tarefa complexa. O erro judiciário de

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

que trata o artigo transcrito está relacionado à atividade jurisdicional *stricto sensu*, ou seja, o erro gerador da responsabilidade civil extracontratual do Estado só se revela quando presente numa manifestação judicial na qual o magistrado esteja efetivamente exercendo o poder jurisdicional.

São duas as situações previstas no mencionado preceito legal e que caracterizam o erro judiciário. A primeira refere-se às decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais. A segunda às decisões jurisdicionais injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.

Portanto, a responsabilidade do Estado só ocorre quando fundada em erro judiciário substancial, evidente e inescusável das decisões judiciais por ocasião da aplicação de normas constitucionais ou da legislação ordinária. É “manifesto” aquilo que é evidente, inequívoco ou claro, isto é, o que não deixa dúvidas. São exemplos de decisões jurisdicionais “manifestamente inconstitucionais”, aquelas que aplicam normas que já foram julgadas inconstitucionais pelo Tribunal Constitucional. Ou ainda, a decisão que aceite a tortura como meio de prova em processo penal ou uma decisão que defira o pedido de extradição, quando o crime é punido com pena de morte, segundo o direito do Estado requisitante.

Já com relação às decisões jurisdicionais manifestamente ilegais, podemos dar como exemplo a aplicação de uma lei expressamente revogada, sem que haja qualquer questão de sucessão de leis no tempo ou a aplicação da lei penal mais desfavorável para o arguido.

O artigo 13º também prevê a responsabilidade extracontratual do Estado pelos danos decorrentes de decisões jurisdicionais injustificadas “por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato”. Portanto, não é

qualquer erro que justifica a reparação do dano. Da mesma forma que se exige que os danos decorrentes de decisões inconstitucionais ou ilegais sejam de inconstitucionalidade ou ilegalidade “manifestas”, o requisito aqui é que o erro seja “grosseiro”.

Assim, somente o erro decorrente de uma análise desatenta, desleixada e desinteressada do juiz com relação a matéria posta em Juízo resulta no dever do Estado em indenizar. E mais: o erro do magistrado que constitui fundamento da responsabilidade civil do Estado deve ser evidente, crasso, indiscutível e de tal modo grave que torne a decisão judicial num ato claramente arbitrário. Vale mencionar o seguinte trecho de um julgado da Suprema Corte portuguesa:

[...] terá de se traduzir num óbvio erro de julgamento, por divergência entre a verdade fática ou jurídica e a afirmada na decisão, a interferir no seu mérito, resultante de lapso grosseiro e patente, por desconhecimento ou flagrante má compreensão do regime legal e que, por isso, conduziu a uma decisão definitiva – por insusceptível de recurso corretivo – violadora de direitos, liberdades e garantias ou causadora de prejuízo a outrem (Acórdão de 08-09-2009 - Revista n.º 368/09.3YFLSB, Relator: Sebastião Póvoas).

A redação do artigo 13º n.º 2 estabelece, como pressuposto processual da ação indenizatória, a “prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”. E a jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça português já apreciou a questão estabelecendo alguns requisitos. São eles:

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

1ª – A “revogação” da decisão danosa, exigida pelo nº 2 do artigo 13º, há-de ser naturalmente uma revogação definitiva, ou seja, constante de uma decisão transitada em julgado.

2ª – Tal revogação há-de, por via máxima, provir de um tribunal superior, e ser obtida através de recurso, não sendo de excluir que possa provir deste próprio que proferiu a decisão questionada, quando isso seja admissível processualmente.

3ª – Há-de ser na decisão revogatória que terá de reconhecer-se o carácter “manifesto” do erro de direito ou o carácter grosseiro na apreciação dos factos, que são pressupostos substantivos da responsabilidade do Estado (Acórdão de 03/12/2009, 9180/07.3TBBRG.G1.S1, Relator: Moreira Camilo)

Como se vê, a legislação estabeleceu a necessidade do reconhecimento expresso do erro grosseiro na decisão revogatória do ato judicial. E esta revogação pode ser obtida, no sistema processual português, não somente através do recurso ordinário, como também via recurso extraordinário de revisão, tanto na jurisdição processual civil (artigos 696º e seguintes do Código de Processo Civil), como penal (artigos 449º e seguintes do Código de Processo Penal).

É oportuno destacar que a prévia revogação da decisão danosa não deve ser objeto da ação de indenização dirigida contra o Estado. Ou seja, o reconhecimento do erro judiciário deve ser precedido de uma outra ação ou do competente recurso de revisão da sentença em que o lesado aponte e demonstre claramente o erro danoso que pretende ver revogado. Somente após o reconhecimento do erro, por decisão transitada em julgado, é que o lesado poderá promover a ação indenizatória.

O artigo 14º da Lei nº 67/2007 estabelece que os Magistrados apenas estão sujeitos ao exercício do direito de regresso por parte do Estado relativamente aos montantes indenizatórios que hajam sido pagos em reparação dos prejuízos causados pelos respectivos atos quando tenham agido com dolo ou culpa grave. O legislador manteve, assim, o princípio geral de que não é possível responsabilizar diretamente os magistrados pelos danos causados no exercício das suas funções, isto é, não estamos perante um regime de responsabilidade solidária.

Somente nos casos especialmente previstos na lei, os magistrados judiciais estão sujeitos, em razão do exercício das suas funções, a responsabilidade civil criminal ou disciplinar (artigo 5º, nº 2, da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho – Estatuto dos Magistrados Judiciais, EMJ). Fora dos casos em que a falta constitua crime, a responsabilidade civil apenas pode ser efetivada mediante ação de regresso do Estado contra o respectivo magistrado, com fundamento em dolo ou culpa grave (artigo 5º, nº 3, do EMJ). Portanto, a ação de regresso somente é autorizada quando o Magistrado agiu com dolo ou culpa. Por isso, se na decisão que condenou o Estado não se apurou o dolo ou a culpa grave do Magistrado, não deve ser exercido o direito de regresso.

Ademais, mesmo quando a decisão que condenou o Estado a pagar a indenização tenha concluído pela existência de dolo ou culpa grave do Magistrado, isso não impõe o exercício automático do direito de regresso. O que o legislador pretende com o n.º 2 do artigo 14º é exatamente o contrário, ou seja, “que a decisão de avançar, ou não, com a ação de regresso cabe sempre ao respectivo conselho superior que irá analisar todo o circunstancialismo do caso, a natureza da infração, a culpa do magistrado, seu passado disciplinar, as anteriores classificações de serviço, a repercussão da falta

cometida pública e os danos causados a terceiros e ao Estado” (GALANTE, 2013, p. 57).

Após esta breve análise dos artigos do normativo português que trata especificamente da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional, passaremos a abordar alguns aspectos do ordenamento jurídico brasileiro sobre o tema.

2- Modelo brasileiro de responsabilidade civil por atos jurisdicionais: prazo razoável, erro judiciário e direito de regresso

Como já exposto na parte introdutória, existem fundamentos constitucionais e legais no Brasil que autorizariam a responsabilidade civil por atos jurisdicionais, tais como os artigos 5º, LXXV e 37, §6º da CRB, artigo 630 do Código de Processo Penal, artigo 143 do Código de Processo Civil, entre outros. Porém, não há no ordenamento jurídico brasileiro previsão constitucional similar àquela do artigo 216.º, n.º 2 da Constituição portuguesa. Tampouco um normativo como a Lei nº 67/2007, que trata da responsabilidade civil por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional.

A responsabilidade civil no tocante aos eventuais danos causados pelo exercício das funções do Estado está exposta, em linhas gerais, no art. 37, § 6º da CRB. Todavia, ainda que esta previsão constitucional estabeleça claramente a determinação do Estado em reparar os danos e prejuízos causados pelos seus agentes no exercício de funções públicas, o tema é complexo e controvertido na doutrina e na jurisprudência brasileiras quando se trata da responsabilidade do Estado em decorrência de atos jurisdicionais.

De um lado, parte da doutrina defende a possibilidade, em determinados casos, de que o Estado seja

responsabilizado objetivamente em virtude de atos jurisdicionais (CRETELLA JÚNIOR, 1970; DIAS, 1987; STOCO, 1994; DI PIETRO, 1994; CAHALI, 1995; MELLO, 1999). Porém, do outro lado, principalmente no âmbito jurisprudencial, não se aceita, como regra geral, a responsabilidade civil do Estado em face de atos jurisdicionais praticados por Magistrados, admitindo-a apenas nos casos expressamente previstos no Texto Maior. Ou seja, somente as hipóteses estabelecidas no art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal - erro judiciário em condenação penal e prisão além do tempo fixado na sentença - ensejariam a responsabilidade objetiva estatal, excluindo, assim, os demais danos decorrentes da atividade jurisdicional, que devem ser tratados sob a ótica da responsabilidade subjetiva.

Para a jurisprudência predominante, corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, o Estado somente responde por danos decorrentes da prestação jurisdicional em hipóteses expressamente indicadas na lei (RE 32.519-RS, RE 69.568/SP, RE 70.121/MG, RE 111.609/AM, RE 219.117-PR). Como nos expõe Paulo Modesto (2001, p. 2) a respeito das decisões dos Tribunais brasileiros, na “ausência de previsão explícita e específica, há irresponsabilidade do Estado, sem que se faça distinção quanto a danos decorrentes de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos do Estado-Juiz”.

Desta forma, a responsabilidade objetiva do Estado relacionada aos atos jurisdicionais é admitida pela jurisprudência brasileira apenas nas seguintes hipóteses: a) erro judiciário em condenação penal (CRB, artigo 5º, LXXV), com as ressalvas indicadas pela legislação ordinária (CPP, artigo 630) e b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CRB, artigo 5º, LXXV).

Porém, para que possamos estabelecer uma análise comparativa com o ordenamento jurídico português, nossa abordagem levará em conta a lógica da Lei portuguesa nº.

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

67/2007 de 31 de Dezembro. Ou seja, apresentaremos as soluções encontradas pela legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras relativas à responsabilidade civil do Estado sob o aspecto do tempo razoável da prestação jurisdicional, do erro judiciário e do direito de regresso em face do Magistrado.

A Emenda Constitucional n° 45 inseriu uma nova garantia fundamental por meio do acréscimo do inciso LXXVIII ao artigo 5° da Constituição brasileira: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. A reboque, o Código de Processo Civil de 2015 reforçou esta determinação incluindo expressamente a necessidade de observância da razoável duração do processo civil (artigos 4° e 6°).

Da mesma forma que Portugal, também no Brasil se questiona sobre o que seria um tempo razoável para a duração do processo e a efetiva entrega do direito ao jurisdicionado. Como já afirmamos, é certo que a duração de uma lide deve respeitar o tempo necessário para que sejam cumpridas todas as etapas relacionadas à instrução e julgamento do processo, de acordo com princípios determinados pela Constituição, especialmente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Portanto, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre a rapidez de tramitação e a segurança adequada para um julgamento justo.

Um critério objetivo para se aferir a razoabilidade da duração do processo é o cumprimento dos prazos estabelecidos pela lei para a realização de atos processuais, que só deve sofrer alterações diante das particularidades e complexidades de cada caso concreto.

Com relação à razoável duração do processo, o Superior Tribunal de Justiça assim entendeu recentemente:

A administração pública está obrigada a garantir a tutela jurisdicional em tempo razoável, ainda quando a dilação se deva a carências estruturais do Poder Judiciário, pois não é possível restringir o alcance e o conteúdo deste direito, dado o lugar que a reta e eficaz prestação da tutela jurisdicional ocupa em uma sociedade democrática. A insuficiência dos meios disponíveis ou o imenso volume de trabalho que pesa sobre determinados órgãos judiciais isenta os juízes de responsabilização pessoal pelos atrasos, mas não priva os cidadãos de reagir diante de tal demora, nem permite considerá-la inexistente (RESP 1383776, 2013.01.40568-8, OG FERNANDES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 17/09/2018 IP VOL.: 00112 PG: 00287 RT VOL.: 00998 PG: 00714).

Já o Supremo Tribunal Federal (STF) paulatinamente vem estabelecendo critérios para uma melhor compreensão do sentido e do grau de vinculação da norma constitucional, principalmente em processos penais que discutem a exigência de retomada de andamento de processos pendentes, o excesso de prazo para julgamento de réus presos em outras instâncias judiciais e situações ligadas ao momento de investigação no processo penal que podem conduzir ao arquivamento antecipado de inquérito por manifesto constrangimento ilegal (HC 91.041-6/PE, HC 106.518/BA, INQ 4.458/DF).

Prosseguindo com a nossa proposta comparativa, o erro judiciário penal foi o primeiro caso a ser reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras como capaz de ensejar a responsabilidade estatal decorrente de atos jurisdicionais danosos. Está previsto tanto na Carta Maior,

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

constituindo-se uma garantia constitucional (artigo 5º, inciso LXXV), como no Código de Processo Penal (artigo 630).

Doutrinariamente, há uma certa controvérsia a respeito da abrangência do conceito de erro judiciário. José de Aguiar Dias (*apud*. GAZOTO, 1999, p. 52) limita a sua ocorrência na esfera penal, apenas na sentença criminal de condenação injusta, alcançando, também a prisão preventiva injustificada, excluindo, porém, as hipóteses de má-fé, abuso ou desvio de poder Magistrado, pois neste caso a responsabilidade seria pessoal. De outro lado, há os partidários de uma ideia ampla admitindo que o erro judiciário possa ocorrer nos processos de natureza civil ou penal, incluída neste a prisão preventiva (STOCO, 2004, p. 1009).

Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 165/166) argumenta o seguinte:

[...] no direito brasileiro, percebe-se um dualismo de soluções em matéria de responsabilidade por erro judiciário. Enquanto a vítima de um erro judiciário penal encontra na lei a previsão da reparação, pelo Estado, do dano por ele causado, a vítima de um erro judiciário civil se depara com a irresponsabilidade estatal, que decorre da ultrapassada elaboração doutrinária e, principalmente, jurisprudencial. As situações materialmente idênticas, pois, não se oferece o mesmo remédio jurídico, com evidente contrariedade à sistemática constitucional.

No entanto, a jurisprudência brasileira dominante pugna pela responsabilidade por erro judiciário apenas no que concerne aos prejuízos decorrentes do exercício jurisdicional penal, devidamente reconhecidos por meio da revisão criminal. No âmbito da esfera civil, a responsabilidade ficaria

limitada ao juiz nos casos de dolo, fraude ou desídia no exercício das funções, com fulcro no Código de Processo Civil (artigo 143) e na Lei Orgânica da Magistratura (artigo 49). Segundo Yussef Said Cahali (1995, p. 201), esta resistência jurisprudencial seria o “último reduto da teoria da irresponsabilidade civil do Estado presente no ordenamento jurídico pátrio”.

Ora, a Carta Magna de 1988 ao estabelecer de forma genérica, no artigo 5º, LXXV, que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário (...)”, não está limitando tal indenização apenas ao caso de erro judiciário penal. Destarte, não há nada que justifique tal diversidade no assunto, uma vez que a jurisdição é una, inexistindo diferença no que se refere à natureza da atividade exercida na esfera penal ou civil, na medida em que as duas são, de modo geral, baseadas na soberania do Estado.

Importante destacar que em Portugal não há esta diferenciação entre as esferas penal e civil nas hipóteses relacionadas ao erro judiciário, tanto no que tange às decisões jurisdicionais manifestamente inconstitucionais ou ilegais quanto às decisões jurisdicionais injustificadas por erro grosseiro na apreciação dos respectivos pressupostos de fato.

A Constituição brasileira prevê a indenização para o condenado que cumprir pena superior a sua condenação (artigo 5º, LXXV). A prisão indevida representa toda e qualquer privação não justificável de liberdade, independe de ser anterior ou posterior ao trânsito em julgado da condenação penal, a exemplo da prisão cautelar, da prisão por tempo superior ao determinado na sentença e no caso da não observância do devido regime de cumprimento da pena, e não apenas a prisão decorrente de uma condenação injusta.

Com relação ao erro judiciário na esfera civil, se superarmos a divergência acerca da possibilidade da responsabilização estatal, devemos enfrentar algumas

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

questões importantes, com destaque para a obrigatoriedade ou não da desconstituição da sentença como requisito autorizador desta responsabilidade estatal.

O Código de Processo Civil brasileiro prevê, no artigo 966, as hipóteses em que a sentença civil pode ser desconstituída. Trata-se da ação rescisória, que se configura como uma ação autônoma com natureza jurídica de ação constitutiva negativa, objetivando desfazer os efeitos de sentença já transitada em julgado (coisa julgada material), tendo em vista a existência de injustiça extremamente grave ou solução ofensiva aos princípios que pautam o ordenamento jurídico brasileiro (THEODORO JUNIOR, 2000, p. 760). Aludida ação possui prazo de dois anos para o seu ajuizamento, contados a partir do trânsito em julgado da decisão que se pretende desconstituir. Findo esse prazo, a decisão se torna permanentemente imutável.

Observa-se, assim, que ao se admitir a ação rescisória nos termos acima, também se admite que tal decisão possa ter causado danos ao particular, devendo, com efeito, haver a responsabilização do Estado pelo prejuízo sofrido. Com efeito, a principal questão enfrentada pela doutrina brasileira relaciona-se com a possibilidade ou não do ajuizamento da ação de responsabilidade civil contra o Estado sem a prévia desconstituição da sentença por meio da ação rescisória.

A primeira corrente doutrinária, defendida por autores como Maria Sylvania Zanella Di Pietro (1994, p. 93), Ruy Rosado de Aguiar Junior (2007, p. 38), Clèmerson Merlin Clève e Ana Julia Franzoni (2012, p. 115), entende que não se pode ajuizar a ação de reparação de danos sem antes obter a desconstituição da sentença judicial por meio da ação rescisória. Ou seja, se a sentença não for desconstituída pela ação rescisória, não caberá a condenação do Estado por erro judiciário civil. Utilizam-se como principais argumentos a garantia da presunção de verdade da sentença transitada em

julgado (imutabilidade da decisão judicial) e a necessidade da segurança jurídica.

Em sentido diverso, outra corrente doutrinária, capitaneada por Edmir Netto de Araújo (1981, p. 109) e Zulmar Fachin (2001, p. 201), entende que a ação de reparação de danos contra o Estado pode ser ajuizada independente da sentença ter sido desconstituída ou não por meio da ação rescisória. Isso porque se estaria diante de duas relações jurídicas distintas: enquanto que na ação rescisória a relação jurídica se dá entre os particulares, na ação de reparação de danos, a relação jurídica se dá entre o particular lesado e o Estado, enquanto causador do dano. Ou seja, as duas ações envolvem partes, objetos e causa de pedir diversas entre si. Nesse sentido, Zulmar Fachin (2001, p. 201) defende ainda a possibilidade de que, decorrido o prazo de dois anos para a propositura da ação rescisória, o lesado pode pleitear a reparação de danos em virtude do erro judiciário cometido.

A título de comparação, que é o objetivo do presente trabalho, a redação do artigo 13º nº 2 da Lei portuguesa nº. 67/2007 estabelece, como pressuposto processual da ação indenizatória, a “prévia revogação da decisão danosa pela jurisdição competente”. Como se vê, a legislação portuguesa estabeleceu a necessidade do reconhecimento expresso do erro na decisão revogatória do ato judicial. E esta revogação pode ser obtida, no sistema processual português, não somente através do recurso ordinário, como também via recurso extraordinário de revisão, tanto na jurisdição processual civil (artigos 696º e seguintes do Código de Processo Civil), como jurisdição processual penal (artigos 449º e seguintes do Código de Processo Penal).

Assim, em Portugal, a prévia revogação da decisão danosa não deve ser objeto da ação de indenização dirigida contra o Estado. Ou seja, o reconhecimento do erro judiciário deve ser precedido de uma outra ação ou do competente

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

recurso de revisão da sentença em que o lesado aponte e demonstre claramente o erro danoso que pretende ver revogado. Somente após o reconhecimento do erro, por decisão transitada em julgado, é que o lesado poderá promover a ação indenizatória.

Como já foi mencionado, o Código de Processo Civil (artigo 143) e a Lei Orgânica da Magistratura brasileira (artigo 49), dispõem sobre a responsabilidade patrimonial do Magistrado quando este proceder com dolo ou fraude, ou quando omitir, recusar ou retardar sem justo motivo, providência que deveria ordenar de ofício ou a requerimento das partes.

Também já expusemos que responsabilidade objetiva do Estado relacionada aos atos jurisdicionais é admitida pela jurisprudência brasileira apenas nas seguintes hipóteses: a) erro judiciário em condenação penal (CF, artigo 5º, LXXV), com as ressalvas indicadas pela legislação ordinária (CPP, artigo 630) e b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF, artigo 5º, LXXV).

Afirmamos que os Tribunais brasileiros não admitem a responsabilidade do Estado nas hipóteses previstas em lei como autorizadas de responsabilidade pessoal, ou subjetiva, do juiz. Nem mesmo em caráter subsidiário. Esta visão jurisprudencial é bastante criticada por parte da doutrina, como já tivemos a oportunidade de analisar.

Ao aderirmos à doutrina majoritária, é forçoso admitir que o Estado deve responder objetivamente pelos prejuízos causados pelos seus agentes (Juiz) que, nessa qualidade, causem danos a terceiros. Neste caso, o Magistrado somente poderá responder civilmente pelos prejuízos sofridos por terceiros em virtude de atos jurisdicionais através de ação regressiva, ajuizada pelo Estado, devendo ser comprovado o dolo ou a culpa (responsabilidade subjetiva).

A respeito das hipóteses de dolo e culpa dos magistrados, imperioso registrar a lição que nos é trazida por Edmir Netto de Araújo (1981, p. 804), que defende que a sentença judicial que cause dano, fundamentada em falso conhecimento da questão em matéria de fato ou com relação à aplicação do direito, poderá levar, em geral, a responsabilidade civil do Estado de arcar com os ônus da indenização, cabendo ação regressiva contra o juiz em caso de dolo ou culpa, sem o prejuízo de, paralelamente, haver sanções penais e administrativas cabíveis. Porém, em virtude dos princípios da teoria do risco administrativo, consagrada no ordenamento jurídico brasileiro, devem ser ressaltadas as hipóteses de excludente dessa responsabilidade estatal, tais como a indução das partes ou de terceiros, que se utilizam de provas falsas e condições acidentais ou excepcionais. Ressalta-se que, nessas hipóteses, deve ficar claro a ausência denexo causal entre o prejuízo e a ação do funcionário no exercício das suas funções jurídicas.

O que é tormentoso no ordenamento jurídico brasileiro acaba sendo mais remansoso no congêneres português uma vez que o artigo 14º da Lei nº 67/2007 estabelece que os Magistrados apenas estão sujeitos ao exercício do direito de regresso por parte do Estado relativamente aos montantes indenizatórios que hajam sido pagos em reparação dos prejuízos causados pelos respectivos atos quando tenham agido com dolo ou culpa grave. O legislador português manteve, assim, o princípio geral de que não é possível responsabilizar diretamente os Magistrados pelos danos causados no exercício das suas funções, isto é, não estamos perante um regime de responsabilidade solidária.

3. Conclusão

A comparação de modelos diferentes possibilita ao intérprete uma percepção mais crítica a respeito da sua própria realidade jurídica. No caso da responsabilidade civil do Estado decorrente de atos tipicamente jurisdicionais que causem prejuízos a terceiros, o tratamento dado pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro é bastante diverso.

Procuramos apresentar as soluções encontradas pela legislação, doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira relativas à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais sob o aspecto do tempo razoável da prestação jurisdicional, do erro judiciário e do direito de regresso em face do Magistrado.

Enquanto em Portugal a opção foi regulamentar a matéria prevista na Constituição através da Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro, no Brasil o tema ficou quase que exclusivamente delimitado ao âmbito da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais.

Vimos que no modelo português, surge um novo regime de responsabilização do Estado com a Lei n.º 67/2007 que deu efetividade plena aos artigos 22.º e 216.º, n.º 2 da CRP e, no plano externo, foi ao encontro das exigências da jurisprudência comunitária no que toca à responsabilidade dos Estados-membros. O atual regime legal deu, finalmente, enquadramento às questões relacionadas ao tempo razoável da prestação jurisdicional, ao erro judiciário e àquelas relativas ao direito de regresso em face do Magistrado.

No Brasil, percebe-se uma certa reticência dos Tribunais no sentido de seguir a doutrina que defende a possibilidade do Estado ser responsabilizado objetivamente em virtude de atos jurisdicionais em determinados casos. Na ausência de previsão explícita e específica, tal como ocorre em

Portugal, a jurisprudência brasileira acaba privilegiando, em parte, a tese da irresponsabilidade do Estado, sem que se faça distinção quanto a danos decorrentes de comportamentos lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos do Estado-Juiz. Por este motivo, entendemos que a legislação portuguesa sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado poderia ser utilizada como um bom paradigma para o desenvolvimento de uma legislação específica no direito brasileiro.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. A Responsabilidade Civil do Estado pelo Exercício da Função Jurisdicional no Brasil. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 9, n.º 44, p. 4-48, ago. 2007.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira; CARVALHO, Jorge Morais. *Introdução ao Direito Comparado*. 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016.
- ARAÚJO, Edmir Netto. *Responsabilidade por Ato Jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. *Responsabilidade Civil do Estado*. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- CLÉVE, Clémerson Merlin; FRANZONI, Júlia Ávila. A Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte, Ano 12, n.º 47, p. 107-125, jan./mar. 2012.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Responsabilidade do estado por Atos Judiciais. *Revista de Direito Administrativo (RDA)*. São Paulo. n.º 99, p. 13-32, jan./mar. 1970.
- DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por Atos Judiciais*. São Paulo: RT, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Responsabilidade do Estado por Atos Jurisdicionais. *Revista de Direito Administrativo*.

Responsabilidade Civil por atos jurisdicionais: uma análise (...)

Rio de Janeiro: Renovar. Vol. 198, p.85-96, out./dez. 1994.

- _____. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- FACHIN, Zulmar. *Responsabilidade Patrimonial do Estado por ato jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FERNANDEZ, Elizabeth. Responsabilidade do Estado por erro judiciário: perplexidades e interrogações. *Cadernos de Justiça Administrativa*, Braga: Cejur. n° 88, p. 14-22, jul./ago. 2011.
- GALANTE, Fátima. *O Erro Judiciário: A Responsabilidade Civil por Danos Decorrentes do Exercício da Função Jurisdicional*. Lisboa: Universidade Autónoma de Lisboa. Tese de Doutorado em Direito em Ciências Jurídicas, 2013. 224 p.
- GAZOTO, Luís Wanderley. Responsabilidade estatal por atos jurisdicionais, *Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios*. v. 60: 45-64. Brasília, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- MODESTO, Paulo. Responsabilidade do Estado pela demora na Prestação Jurisdicional. *Revista Diálogo Jurídico*. n.º 1 (2001). Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-PAULO-MODESTO.pdf. Acesso em 29 jul. 2019
- PANTALEÃO, Juliana F.; MARCOCHI, Marcelo. Indenização: erro judiciário e prisão indevida. *Jus Navigandi*. Ano 8, n.º 416 (2004). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5642>>. Acesso em 25 jul. 2019
- QUADROS, Fausto de. *A Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado*. Coimbra: Almedina, 2006.

STOCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: RT, 1994.

_____. *Tratado de Responsabilidade Civil*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2004.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual Civil*. Volume 2. 34ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ADVOCACIA DE ESTADO EM ESPANHA E BRASIL: CONTEXTO, COMPETÊNCIAS E IDENTIFICAÇÃO DE FUNÇÕES. UMA ANÁLISE COMPARATIVA.

Sávia Maria Leite Rodrigues¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: 1. Breve contextualização da Advocacia-Geral da União e da Advocacia de Estado da Espanha. 2. Estrutura e competências comparadas entre a Advocacia-Geral da União e a Advocacia de Estado da Espanha. 3. Comparativo entre as funções consultivas na Advocacia-Geral da União e na Advocacia de Estado da Espanha: 3.1. Assessoramento. 3.2. Consultoria. 3.3. Representação extrajudicial. 3.4. Conciliação. 3.5. Edição normativa. 3.6. Curadoria da norma.

¹ Doutoranda e Mestre do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento, Sociedade e Cooperação Internacional (Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares - CEAM/UnB). Especialista em Direito Processual, pela Universidade Federal de Santa Catarina, e em (MBA) Gestão Pública, pela Fundação Getúlio Vargas. Advogada da União cedida ao Ministério da Economia.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade estabelecer análise comparativa entre a competência, estrutura e forma de atuação entre a Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado (Advocacia-Geral do Estado), da Espanha, e a Advocacia-Geral da União, do Brasil. A análise comparativa parte do pressuposto de que as funções institucionais guardam simetria e que esta avaliação pode significar algumas possibilidades de reflexões e aprendizado, para o aprimoramento das funções exercidas no âmbito da instituição brasileira.

1. Breve contextualização da Advocacia-Geral da União e da Advocacia de Estado da Espanha.

A Constituição da Espanha, de 29 de dezembro de 1978, define, nos arts. 97 a 107¹, a organização administrativa superior, prevendo a composição do Conselho de Estado, órgão encarregado de nomeação do Advogado-Geral do Estado, após a designação pelo Ministério da Justiça, a quem fica a instituição *Abogacía General del Estado – Dirección del Servicio Jurídico del Estado*.

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

A Advocacia Geral do Estado está regrada pela Lei nº 52, de 27 de novembro de 1997 e pelo Decreto Real nº 997, de 25 de julho de 2003. Tratando-se a Espanha de um Estado unitário e uma monarquia parlamentarista, tais aspectos são os primeiros pontos que ensejam atenção ao compará-la com a Advocacia-Geral da União.

A Advocacia-Geral da União (AGU) está prevista no art. 131 da Constituição Federal, que prevê não apenas esta, mas concebe a Advocacia Pública, neste contexto envolvendo os órgãos jurídicos dos Estados e do Distrito Federal (art. 132), consignação esta aliada às disposições sobre a Advocacia, em sentido amplo (art. 133) e a Defensoria Pública (arts. 134 e 135), Federal ou dos Estados, todas as instituições, em sentido amplo, definidas, pela Constituição mesma como funções essenciais à Justiça, tanto quanto o Ministério Público.

As funções previstas para a AGU estão definidas na Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, estando a sua estrutura administrativa definida pelo Decreto nº 7.392, de 10 de dezembro de 2010, havendo passado por algumas modificações desde então, decorrentes de reestruturação interna.

Diversamente da entidade comparada, a AGU não detém a função de órgão máximo da advocacia de Estado, como a Advocacia Geral do Estado da Espanha, considerada a sua conformação como estado unitário. E devido a esta característica, a Advocacia Geral do Estado pode prestar assistência jurídica às dezessete Comunidades Autônomasⁱⁱ e aos entes públicos empresariais, mediante convênio. No contexto de assistência jurídica de que se trata, envolvem-se, sob a mesma forma, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico, assim como a representação e defesa em juízo.

Excepciona-se da competência da Advocacia Geral do Estado a assistência jurídica à Seguridade Social, função desempenhada pelos membros do Corpo de Letrados de sua administração, de acordo com a Lei nº 52, de 1997.

No Brasil, a AGU é um órgão federal, com a competência para a representação judicial e extrajudicial da Administração Direta e Indiretaⁱⁱⁱ, mas que não atua em nome dos demais entes federados, no caso Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Eventualmente, pode a AGU atuar na representação judicial de empresas públicas e sociedades de economia mista, desde que^{iv} satisfeitas as condições importas

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

em normas específicas. Ademais, a AGU acumula tais atribuições jurídicas inclusive em matéria previdenciária, ou seja, atuando na consultoria e assessoramento jurídico e representação judicial e extrajudicial da entidade responsável pela Previdência Social, o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), em equivalência com a atuação do Corpo de Letrados em Espanha.

Na segunda parte da Exposição de Motivos da Lei nº 52, de 1997, consta o resumo do que trata a norma, síntese da missão institucional da Abogacía General del Estado:

La Ley aborda, en su capítulo I (artículos 1 a 4), el régimen de la asistencia jurídica, entendida como asesoramiento, representación y defensa al Estado.

Se parte del principio de la asunción por el Servicio Jurídico del Estado de la asistencia jurídica, del Estado y de los Organismos autónomos, sin perjuicio de las competencias consultivas que corresponden al Cuerpo Jurídico Militar en el ámbito del Ministerio de Defensa y a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores en materia de derecho internacional.

Tampoco existe interferencia alguna con las competencias que la legislación atribuye a Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, haciéndose expresa reserva de las mismas.

Respecto a los Organos Constitucionales, se encomienda al Servicio Jurídico del Estado sólo la tarea de representación y defensa en juicio, de conformidad con lo previsto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como regla general con la excepción de que las normas internas de los propios órganos constitucionales establezcan un régimen especial propio; régimen especial que encontraría su justificación en la autonomía institucional que la Constitución española pueda consagrar para estos Organos.

Siguiendo también lo dispuesto en el artículo 447 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se hace referencia a la asistencia jurídica de la Administración de la Seguridad Social, encomendada a su Cuerpo de Letrados.

Para que el Servicio Jurídico del Estado pueda prestar asistencia jurídica a las Comunidades

Autónomas, el régimen previsto se difiere a un posible desarrollo reglamentario.

En cuanto a los entes públicos empresariales, la fórmula adoptada es la del convenio con las excepciones que pueda contemplar la normativa de cada ente.

Por último, se recoge una breve regulación de la representación y defensa del Reino de España en el ámbito internacional.

Se prevé también la posibilidad de que se asuma por el Servicio Jurídico del Estado la representación y defensa de autoridades y empleados públicos, cualquiera que sea su posición procesal y en la forma más amplia posible, dejando al desarrollo reglamentario la concreción de los supuestos en los cuales pueda asumirse esta defensa.

A continuación, se caracteriza a la Dirección del Servicio Jurídico del Estado como Centro Superior Directivo de toda la asistencia jurídica al Estado e instituciones públicas, tanto en su aspecto consultivo como contencioso. Se hace, igualmente, una breve

referencia a los Abogados del Estado como soporte humano del Servicio Jurídico del Estado en su aspecto de Cuerpo de la Administración. Lógicamente son muchos los aspectos que en este orden se difieren a un ulterior desarrollo reglamentario imprescindible para que esta Ley pueda desplegar toda su eficacia.

Por sua vez a gênese da AGU esteve na Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, sucedendo um misto das funções cíveis desempenhadas pelo Ministério Público Federal e pela Consultoria-Geral da República, história já descrita em obras como de Saulo Ramos (2007, p. 225) ou "Nos Limites da História", editada para comemoração de quinze anos da AGU, por iniciativa da administração superior, em que se relatam as origens legislativas desta Instituição, a partir dos trabalhos na Assembleia Nacional Constituinte (2009, p.57).

A AGU sucedeu a Consultoria-Geral da República, na função consultiva, também exercida desde a primeira metade do século XIX, pelas Consultorias Jurídicas junto aos Ministérios; e, na função contenciosa, o Ministério Público Federal. A atividade extrajudicial de natureza consultiva, assim como a mais recente função de conciliação, repercutem

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

as diversas facetas da atividade consultiva, sobre o que se discorrerá posteriormente, neste texto.

Espanha e Brasil possuem normas gerais que disciplinam a profissão de advogado, a par dos regramentos específicos para as funções públicas, sendo, respectivamente, a Lei nº 34, de 30 de outubro de 2006, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994.

2. Estrutura e competências comparadas entre a Advocacia-Geral da União e a Advocacia de Estado da Espanha.

2.1. Organogramas das instituições

Quadro 1 – organograma da Advocacia Geral do Estado^v



Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

Quadro 2 – organograma da AGU^{vi}



2.2. Função de Advocacia Pública

As competências em prol da defesa do Estado no Brasil ou na Espanha são desempenhadas por instituição específica, com competência legal, dotada de corpo jurídico próprio, integrantes da estrutura do Estado e habilitados mediante concurso público em variadas fases e organizado visando ao atendimento das necessidades de assessoramento

jurídico e representação judicial e extrajudicial do Estado e agentes públicos, no exercício de suas funções.

Estão previstas igualmente estruturas administrativas e organização espacial que viabilize o atendimento das diversas funções e atuação perante as instâncias em que se faça necessário o trabalho jurídico.

No Brasil, por sua conformação federativa, em que pese haver sedes da AGU em todas as unidades da federação, com o exercício das atividades de consultoria e de contencioso, a atuação se vincula exclusivamente ao âmbito dos interesses da União, pessoa jurídica que representa o Estado federal, eis que os Estados, vinte e sete unidades federativas que integram o território nacional, estão dotados de órgãos jurídicos próprios.

A Constituição brasileira não tratou das atividades jurídicas dos Municípios, também reconhecidos como entes da federação. Mas, embora não haja a previsão, no ordenamento jurídico brasileiro, de Poder Judiciário em âmbito municipal, restam às municipalidades a necessidade de serem atendidas com o mesmo mister de Advocacia pública com que contam os

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

Estados e a União, seja para o cumprimento das atividades de assessoramento jurídico, seja para a sua representação judicial e extrajudicial, até porque necessitam estar providas do próprio serviço de dívida ativa, para a satisfação de seus créditos fiscais. Após a Constituição de 1988, não foram mais admitidas Cortes de Contas nos Municípios brasileiros, mas isto não significa que estes não atuem em procedimentos de contas perante dos Tribunais de Contas dos respectivos Estados ou perante o Tribunal de Contas da União (art. 71 da Constituição).

Na Espanha, o serviço jurídico do Estado possui uma característica peculiar que pode ser de significativo valor a uma reflexão ao cenário brasileiro. A Lei nº 52, de 1997, determina a uniformidade de atuação consultiva e contenciosa no País. Naturalmente, já houve a indicação neste texto acerca da conformação unitária do Estado espanhol, característica que viabiliza a inscrição normativa de que se cogita e que adiante se transcreve:

Artículo 3.

Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

1. La Dirección del Servicio Jurídico del Estado es el centro superior consultivo de la Administración del Estado, Organismos autónomos y entidades públicas dependientes, conforme a sus disposiciones reguladoras en el caso de estas últimas, y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y Secretarios generales técnicos, así como de las especiales funciones atribuidas al Consejo de Estado como supremo órgano consultivo del Gobierno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 de la Constitución y en su Ley Orgánica de desarrollo.

2. La Dirección del Servicio Jurídico del Estado es igualmente el centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que sea parte el Estado y sus Organismos autónomos, o las entidades públicas empresariales u Órganos Constitucionales cuando corresponda.

3. La Dirección del Servicio Jurídico del Estado y las unidades que la forman desempeñan sus funciones bajo la superior y única dirección del titular del Departamento ministerial en que se integra.

4. En la Administración periférica las Abogacías del Estado, por la singularidad de sus funciones, tendrán la consideración de servicios no integrados.

5. Las distintas Abogacías del Estado, cualquiera que sea su ubicación, dependerán jerárquica y funcionalmente de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado.

6. Las Abogacías del Estado tendrán en los distintos Ministerios el carácter de servicios comunes y, por tanto, bajo las competencias de dirección, organización y funcionamiento que respecto a estos servicios otorga la legislación a los Subsecretarios.

3. Comparativo entre as funções consultivas na Advocacia-Geral da União e na Advocacia de Estado da Espanha:

As atividades exercidas pelos Gabinetes do Advogado Geral do Estado em Espanha e do Advogado-Geral da União

são equivalentes, mas as atividades da Secretaria Geral da Advocacia Geral do Estado espanhola são desempenhadas por algumas unidades diferentes da AGU: Conselho Superior da AGU, Adjuntos do Advogado-Geral, Departamento de Gestão Estratégica e Secretaria-Geral de Administração.

Na AGU há um substituto do dirigente com designação permanente (Advogado-Geral Substituto, que exerce a função de Secretário-Geral de Consultoria), enquanto na Espanha a indicação ocorre diante do impedimento.

Na Espanha, o Conselho de Advogados do Estado constitui um órgão colegiado de apoio ao Advogado Geral do Estado – Diretor do Serviço Jurídico do Estado e tem a sua função e organização previstas nos arts. 22 a 27 da Lei nº 30, de 26 de novembro de 1992.

Da mesma forma, para a competência de natureza administrativa, especial o suporte às questões de informática, ambas instituições contam as suas estrutura burocráticas para tal relevante desempenho.

3.1. Curadoria da Norma – Atuação Constitucional.

Assim como na Espanha, no Brasil a competência para a atuação em todas as matérias em que se configura o

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

interesse do Estado, inclusive na matéria constitucional, em que ambos órgãos contam com uma estrutura administrativa especializada. Na Espanha, a Advocacia do Estado perante o Tribunal Supremo (criada pelo Decreto Real nº 1.425, de 11 de julho de 1980) e, no Brasil, a Secretaria-Geral de Contencioso, que atua perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

A atuação de curador das leis, perante a Corte Constitucional em cada nação é um misto de atuação contenciosa e consultiva, à medida em que esta função norteia a forma interpretativa do texto constitucional, tanto que, no Brasil, em certa medida já despontou a preocupação sobre em que medida a exclusiva defesa da norma atrai impactos como “exaurimento indobrável das defesas processuais”, na expressão do Procurador da Fazenda Nacional Igor Aragão Brilhante, em artigo publicado na Revista da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (2014, p. 67).

3.2. Consultoria e Assessoramento Jurídico

A Subdireção Geral de Serviços Consultivos desenvolve atividades equivalentes com a Consultoria-Geral da União, para a Administração Direta, enquanto a Procuradoria-Geral Federal o executa em relação aos entes da

Administração Indireta, composta de autarquias e fundações públicas federais, mediante a coordenação e orientação das atividades consultivas. Naturalmente a observação quanto à equivalência merece tempero, eis que a posição hierárquica da Subdireção Geral dos Serviços Consultivos, na hierarquia do órgão espanhol possui maior abrangência de atuação e força vinculante, enquanto as atividades da Consultoria-Geral da União e da Procuradoria-Geral Federal, na orientação da atividade consultiva são passíveis de revisão, por deliberação do Advogado-Geral da União.

Na Espanha, o assessoramento jurídico, assim como a atividade contenciosa para os assuntos militares, está prevista na Lei nº 17, de 18 de maio de 1999, que trata do regime de pessoal das Forças Armadas, excetuando a função em relação à Advocacia Geral do Estado.

Um destaque deve ser realizado com relação à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, especialmente após o advento da Lei nº 13.844, de 18 de junho de 2019, resultado da conversão da Medida Provisória nº 870, de 1º de janeiro de 2019. Antes desta alteração normativa e com fundamento na Lei Complementar nº 73, de 1993, poder-se-ia explicitar que a competência da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

estava na consultoria e assessoria jurídica do Ministério da Fazenda e na representação judicial e extrajudicial quanto à matéria fiscal. Nada obstante, com a reforma administrativa e também ministerial havida com a admissão da nova Administração federal superior, mediante eleição presidencial, temos que o Ministério da Economia assumiu funções antes desempenhadas pelos Ministérios da Fazenda; do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão; Indústria, Comércio Exterior e Serviços; e (parcialmente) do Trabalho e Emprego.

Assim, as funções de consultoria e assessoramento jurídico aglutinadas passaram à coordenação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, em primeiro momento, para a posterior completa assunção de seus encargos. As atividades antes desenvolvidas por cada Consultoria Jurídica das nominadas áreas (Ministérios) cambiaram a sua vinculação e, especialmente, a sua orientação consultiva, na aprovação dos trabalhos jurídicos produzidos, atividade ainda em fase de transição, pela recenticidade.

Tal alteração traz muito significativas repercussões na atividade consultiva, como na vertente contenciosa, diante da necessidade de orientação de novos parâmetros quanto ao

fluxo de atendimento das solicitações de subsídios para a atuação em juízo, perante as mais diversas Cortes e instâncias no cenário nacional brasileiro.

As atividades desenvolvidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, sob outras denominações, remontam ao reinado, como a origem do trabalho de Advocacia pública no País, com os encargos de amparo jurídico à função fiscal e fundamento da estrutura estatal.

A consultoria e o assessoramento jurídico prestado aos Ministérios pela Advocacia Geral do Estado é desenvolvido da mesma forma pelos integrantes da AGU, nos Ministérios; aliás, a atividade mais antiga desenvolvida pela Advocacia pública no Brasil em seu período republicano, remontando ao Real Decreto nº 967, de 1903, eis que a atividade contenciosa variou de acordo com a existência ou não da Justiça Federal, instituída em 1890, extinta em 1937 e recriada em 30 de maio de 1966, pela Lei nº 5.010, de 1967.

3.3. Contencioso Judicial

A Subdireção Geral de Serviços Contenciosos, por sua vez, desempenha as funções de coordenação dos trabalhos de representação judicial em relação à Administração espanhola,

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

com atribuições desenvolvida, no Brasil, pela Procuradoria-Geral da União, no tocante à Administração Direta, pela Procuradoria-Geral Federal, no que diz respeito à defesa da autarquias e fundações (Administração Indireta), bem assim a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que seguem com as funções, também, de representação judicial e extrajudicial dos assuntos fiscais.

Na segregação de funções de Advocacia Pública no Brasil, como já deve estar claro, mesclam-se os critérios de competência em razão da matéria e em razão da função, em decorrência de preservação mínima de construções administrativas precedentes às necessidades de adequação de modelos gerenciais, no curso do tempo.

Na Espanha, assim como no Brasil, a especialidade tributária conta com regras específicas, como na disposição adicional quarta do Decreto Real nº 1.474, de 4 de agosto de 2000.

O desempenho das atividades contenciosas na Espanha, como no Brasil, guarda estreita vinculação com a conformação dos órgãos do Poder Judiciário, como não poderia ser de outra maneira, visando a dotar o Estado de meios a

fazer face à sua defesa juntos aos foros em que sejam demandado.

Tanto assim é que a Advocacia Geral do Estado conta com a Advocacia do Estado perante a Audiência Nacional, órgão jurisdicional que no Brasil mais equivaleria às funções do Superior Tribunal de Justiça, mas vinculada à matéria penal e de contencioso administrativo, enquanto no Brasil a mencionada Corte possui a função de uniformização da jurisprudência nacional. Mais uma vez é importante a recordação de que no modelo espanhol de trata um estado unitário, sem a repartição de competência federais e estaduais, configurada no Brasil, o que gera um espelhamento de estruturas do Poder Judiciário: Justiça nos Estados e Justiça Federal, esta com a competência para as causas em que é parte a União e suas entidades federais da Administração Indireta. A competência da Audiência Nacional em Espanha, como descrição de sua norma instituidora, atua na matéria penal, quando os delitos excedam os limites das províncias, seja pelo âmbito de atuação de seus autores, seja pela difusão de seus efeitos, e no contencioso administrativo, para a revisão dos atos das autoridades administrativas com competência por sobre todo o território nacional.

3.4. Atuação Internacional

Ainda em nível de atuação superior na comparação dos órgãos jurídicos da Espanha e do Brasil, cabe referir que as atividades de representação judicial internacional da Advocacia Geral do Estado e a AGU difere relativamente, ao se considerar a integração da União Europeia e a necessidade de a Espanha se fazer representar com mais frequência perante as instâncias internacionais. Isto é razão para que a sua organização administrativa faça contar com uma Subdireção Geral de Assuntos da União Europeia, com competência especialmente para a atuação perante o Tribunal de Justiça da União Europeia, e outra Subdireção Geral de Constitucional e Direitos Humanos, que dará suporte para a atuação em face da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Na AGU, as atividades jurídicas para a representação do Estado brasileiro no exterior são de responsabilidade do Departamento Internacional da Procuradoria-Geral da União, embora as suas funções nem sempre tenham apenas o conteúdo contencioso e, portanto, há quem proponha que não integre uma área específica da estrutura, posto que deveria ser transversal à instituição. Com ressaltado, parte do trabalho de defesa do Estado brasileiro é promovido por essa área da

Procuradoria-Geral da União, considerando que a atuação internacional se empreende mediante a atuação do Ministério das Relações Exteriores.

Assim como na Espanha, em que a indicação dos advogados públicos responsáveis pela atuação internacional depende de prévia e específica indicação pelo Ministério das Relações Exteriores, no Brasil, a AGU necessita estabelecer, ainda que sem hierarquia, uma coordenação comum com as áreas competentes no Ministério das Relações Exteriores, visando à adequada atuação internacional da Nação.

3.5. Controladoria jurídica: Corregedoria e auditoria. Capacitação

A Subdireção Geral de Coordenação, Auditoria e Gestão do Conhecimento em parte corresponde às competências previstas para a Corregedoria-Geral da Advocacia da União, quanto à aferição da efetividade e da regularidade dos serviços jurídicos prestados pelos membros da AGU, e outra parte das funções institucionais da Escola da AGU, no que respeita à gestão do conhecimento, naturalmente neste compreendido o conhecimento produzido na instituição, a fim de que não fique retido na configuração pessoal do membro, como na possibilidade de capacitação de seus

integrantes, a fim de que se eleve a qualidade dos serviços jurídicos que a instituição entrega ao Estado brasileiro.

3.6. Atividade Extrajudicial

Assim como a AGU, a Advocacia Geral do Estado em Espanha possui, guardadas as devidas proporções, um órgão especializado para a atuação junto ao Tribunal de Contas. Em Espanha, a Advocacia do Estado perante do Tribunal de Contas; no Brasil, o Departamento de Assuntos Extrajudiciais da Consultoria-Geral da União, responsável pela coordenação da atuação dos órgãos assessorados em matéria de contencioso administrativo de interesse da União, nas suas configurações de Administração Direta e Indireta (art. 16 do Anexo I do Decreto nº 7.392, de 2010).

Recente Portaria Conjunta nº 4, de 9 de agosto de 2019, que define “os procedimentos para negociação, celebração e acompanhamento dos acordos de leniência de que trata a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, no âmbito da Controladoria-Geral da União e dispõe sobre a participação da Advocacia-Geral da União”, fixando, em seu art. 3º, que a atuação nos processos de leniência serão coordenados pela Procuradoria-Geral da União.

3.7. Coordenação do Serviço Jurídico

Diante da competência de organização central do como Direção do Serviço Jurídico que cabe à Advocacia Geral do Estado na Espanha, integram as suas funções as competências quanto à Advocacia do Estado na Administração Periférica do Estado e a Advocacia do Estado nos diferentes organismos e entes públicos.

A uniformização de entendimentos jurídicos na Espanha pressupõe todas as funções, não apenas na sua vertente consultiva, mas em todas as funções. Além das previsões contidas na Lei n° 52, de 1997, e Decreto Real n° 997, de 2003, regulamentam esta atuação os arts. 2 e 3 da Lei n° 50, de 27 de novembro de 1997.

Como já apontado, no Brasil, seja pela configuração federativa, seja pelas dimensões territoriais, a dimensão dos órgãos jurídicos de Advocacia Pública implica maior complexidade. Cada um dos Órgãos finalísticos de Direção Superior da Advocacia-Geral da União (Procuradoria-Geral da União, Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, Consultoria-geral da União, Procuradoria-Geral Federal, Procuradoria-Geral do Banco Central) possui instâncias e procedimentos próprios, em geral colegiados também, para a análise dos

procedimentos que ensejem a uniformidade de entendimentos jurídicos, a fim de orientação interna de seus integrantes.

Eventuais questões que ultrapassem os limites existentes para a uniformização de entendimentos tem o potencial em ser convertido em procedimento de conciliação, sob a competência da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, que, embora não implique uma instância superior, detém o procedimento necessário para o alcance de soluções consensuais entre os órgãos e entidade da Administração Federal e entre estes e Estados e/ou Municípios, como previsão contida no art. 18 do Anexo I do Decreto n° 7.392, de 2010.

3.8. Representação de agentes públicos.

A representação de agentes públicos, no exercício regular de suas funções administrativas é, por fim, mais uma competência exercida de forma simétrica pela Advocacia Geral do Estado e pela AGU.

Na Espanha, a previsão quanto à representação e defesa de agentes públicos está anunciada no art. 2° da Lei n° 52, de 1997. No Brasil, a disciplina está expressa no art. 22 da Lei n° 9.028, de 12 de abril de 1995.

CONCLUSÕES

O estudo comparado entre instituições estimula a reflexão sobre as atividades desenvolvidas e propicia a observação sobre a oportunidade de aprimoramento de determinadas formas de atuação, ao aferir obstáculos e êxitos, quanto ao que se detecta de diferenciado, mas ratifica posições e procedimentos.

O modelo de Advocacia de Estado espanhol embora não expressamente previsto na Constituição, guarda pertinência com o desenho de Estado por esta delineado e concebe uma estrutura voltada para o ganho de eficiência, pautada na convergência da atuação de seus órgãos, sendo este o principal ponto de destaque na modalidade aprendizado.

A possibilidade de ordenar os entendimentos jurídicos, mediante uma estrutura voltada para a uniformidade dos trabalhos viabiliza ganhos em rendimento e na entrega dos resultados. Favorecida pela configuração como estado unitário, a também tendência a unicidade do trabalho de Advocacia Pública tem relevo, em cinquenta províncias, organizadas em dezessete cidades autônomas.

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

o Brasil, com múltiplos órgãos e diante da necessidade de observância ao princípio federativo, não há possibilidade de que a AGU assuma o papel de unidade central de Advocacia Pública, mas nada impede que, pela sua contextualização federal e nacional, pela sua capilaridade, que possa vir a contribuir na superação de um grande desafio de edificação de pilares do trabalho jurídico nacional, especialmente como parâmetro consultivo, quanto aos entes subnacionais, otimizando e fortalecendo o trabalho de seus membros, em rol das finalidades públicas.

Os percalços do trabalho jurídico do Estado poder ser exemplificados com as recentes inovações oportunizadas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, ao inovar, com os arts. 20 e seguintes, o Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o fito de estabelecer disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

A uniformidade de tratamento do direito público teria o condão de firmar segurança não apenas ao trabalho jurídico do Estado, mas eficácia e efetividade aos destinatários do mister estatal, dado que a sociedade remunera o serviço jurídico dos entes públicos.

As Procuradorias dos Estados estão previstas na Constituição Federal, pareadas com a Advocacia Pública Federal e a Advocacia Privada, bem assim a Defensoria Pública, mas não consta no texto constitucional a previsão quanto à atividade jurídica para os Municípios, a menor fração federativa da República brasileira, embora, assim como as demais, mereça o exercício da função de Estado.

O Brasil conta com 5.570 Municípios, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), não havendo previsão de órgão jurídico em considerável maioria os serviços jurídicos podem ser executados por pessoas físicas contratadas para provimento de cargos em comissão, para formação de seus departamentos jurídicos, ou mediante contratação de pessoas jurídicas, para prestação de serviços jurídicos, também em caráter eventual.

Não adentrando no mérito sobre se seria recomendável a instituição de unidade jurídica em cada municipalidade, não restam dúvidas de que o trabalho jurídico nesse âmbito federativo queda sem uniformização ou gestão de conhecimento e pode ensejar judicialização em algumas circunstâncias prejudicial aos fins públicos.

Perceba-se que não se trata de violar o princípio federativo que se manifesta inclusive na possibilidade de os entes políticos apresentarem demandas em face uns dos outros. Cuida-se de proposta de desenvolvimento de mecanismo em que as convergências jurídicas possam ser estabelecidas, especialmente quanto à atuação consultiva, para o incremento de produtividade, proveito de precedentes, saneamento de questões que poderiam desencadear controvérsias de longo prazo, especialmente questionamentos em perspectiva de controle interno ou externo dos atos administrativos, mediante otimização de trabalho jurídico, prevenção e orientação, produto de medidas coordenadas por instâncias colegiadas de operadores jurídicos de entes públicos federados.

REFERÊNCIAS:

- BRASIL. Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967.
Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7596.htm#art1ii. Acesso em 11 de junho de 2019.
- _____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.
Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em 28 de maio de 2019.

- _____. Lei nº 5.010 de 30 de maio de 1966. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5010.htm. Acesso em 11 de junho de 2019.
- _____. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1. Acesso em 29 de maio de 2019.
- _____. Municípios do Brasil. Disponível em <https://cidades.ibge.gov.br/>. Acesso em 22 de junho de 2019.
- _____. Portaria Conjunta AGU-CGU nº 4 de 9 de agosto de 2019. Disponível em <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-4-de-9-de-agosto-de-2019-210276111>. Acesso em 28 de maio de 2019.
- _____. A Constituição Federal. Disponível em <http://www2.planalto.gov.br/conheca-a-presidencia/acervo/constituicao-federal>. Acesso em 24 de maio de 2019.
- Debates em Direito Público. Revista de Direito dos Advogados da União, ano 13, nº 13, Brasília: Anauni, 2014.
- ESPANHA. Abogacía General del Estado. Disponível em <https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/ministerio/organigrama/abogacia-general-estado/normativa>. Acesso em 4 de junho de 2019.
- _____. Constituição de 1978. Disponível em <https://web.archive.org/web/20091215043926/http://www.boe.es/boe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>. Acesso em 7 de maio de 2019.

Advocacia de Estado em Espanha e Brasil: contexto, (...)

- _____. Graduados sociais.
http://www.graduadosocial.org/acuerdos_adm.htm.
Acesso em 8 de julho de 2019.
- _____. Lei 52 de 27 de novembro de 1997. Disponível em
<https://www.boe.es/boe/dias/2003/08/07/pdfs/A30525-30546.pdf>. Acesso em 3 de agosto de 2019.
- _____. Lei nº 34, de 30 de outubro de 2006 (atividades de advogados e procuradores junto a tribunais). Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2006-18870>. Acesso em 19 de junho de 2019.
- _____. Profissões jurídicas na Espanha. Disponível em https://e-justice.europa.eu/content_legal_professions-29-es-maximizeMS-pt.do?member=1. Acesso em 3 de julho de 2019.
- _____. Real Decreto 977 de 25 de julho de 2003. Disponível em
<https://www.boe.es/boe/dias/2003/08/07/pdfs/A30525-30546.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2019.
- _____. Real Decreto-lei 1 de 4 de janeiro de 1977. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1977-166>. Acesso em 12 de agosto de 2019.
- GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. Domesticando o Leviatã. Litigância Intragovernamental e presidencialismo de articulação institucional. São Paulo, 2012.
- NOS LIMITES DA HISTÓRIA: a construção da Advocacia-Geral da União: livro comemorativo aos 15 anos. Coordenação Jefferson Carús Guedes e Mauro Luciano Hauschild. Brasília: UNIP, 2009.
- RAMOS, Saulo. Código da Vida. São Paulo: Editora Planeta do Brasil, 2007.

REVISTA DA PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL,
vol. 4, n. 2 (jul/dez 2014). Brasília: PGFN, 2014.

ⁱ “Título IV – Del Gobierno y de la Administración

Artículo 97.

El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

(...)

Artículo 103.

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

ⁱⁱ A Espanha é composta de cinquenta províncias, organizadas em dezessete comunidades autônomas, mais duas no norte de África.

ⁱⁱⁱ “Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

Art. 4º A Administração Federal compreende:

I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios.

II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria:

a) Autarquias;

b) Empresas Públicas;

c) Sociedades de Economia Mista.

d) fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)
Parágrafo único. As entidades compreendidas na Administração Indireta vinculam-se ao Ministério em cuja área de competência estiver enquadrada sua principal atividade. (Renumerado pela Lei nº 7.596, de 1987)

Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se:

I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 900, de 1969)

IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)

§ 1º No caso do inciso III, quando a atividade for submetida a regime de monopólio estatal, a maioria acionária caberá apenas à União, em caráter permanente.

§ 2º O Poder Executivo enquadrará as entidades da Administração Indireta existentes nas categorias constantes deste artigo.

§ 3º As entidades de que trata o inciso IV deste artigo adquirem personalidade jurídica com a inscrição da escritura pública de sua constituição no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, não se lhes aplicando as demais disposições do Código Civil concernentes às fundações. (Incluído pela Lei nº 7.596, de 1987)”

^{iv} “Lei 9.469, de 10 de julho de 1997:

Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais.

Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes.”

^vhttps://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428883853?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DOrga+nigrama_del_Ministerio_de_Justicia.PDF

^{vi} <http://www.agu.gov.br/estrutura>

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA E A VIABILIDADE DE CONVÊNIOS PARA ASSISTÊNCIA JURÍDICA PRESTADA PELA ADVOCACIA DE ESTADO – CASO ESPANHOL

Rosa Maria Pellegrini Baptista Dias¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 2 – Assistência Jurídica do Estado – Realidade Espanhola; 3 – A experiência brasileira; 4 – Municípios e Procuradorias; 5 – Conclusão. Referências.

RESUMO: – A Advocacia de Estado presta serviço de extrema qualidade e indispensável à defesa dos interesses públicos. Entretanto, em um país de dimensões continentais, composto de Municípios de tamanhos e características variados, é preciso buscar soluções criativas, que permitam a todos os entes da federação disporem de uma assistência jurídica de

¹ R. Advogada da União lotada na Consultoria Jurídica da União em São Paulo. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP.

qualidade e eficiente, com respeito aos princípios constitucionais. Em tempos de crise e de escassez de recursos, o Administrador Público precisa resguardar o interesse público, sem com isso criar despesa que irá afetar as já combatidas contas públicas. A existência de novas tecnologias, especialmente o processo eletrônico, traz a possibilidade de se resolver problemas antigos, de forma inovadora. A solução existente na Espanha traz luz ao debate a respeito da indispensabilidade de criação de Procuradorias do Município em cada um destes entes. Se aplicada de forma parcimoniosa e inteligente, poderá se transformar em um instrumento valioso para os pequenos Municípios, em respeito aos princípios da legalidade e da eficiência.

INTRODUÇÃO

O protocolo firmado entre a Escola da AGU e o Centro de Estudos de Seguridade (CESEG) da Universidade de Santiago de Compostela, possibilitou a realização do seminário, "A Força Institucional da Advocacia Pública no Contexto Europeu", realizado no período de 22 a 27 de abril, na cidade de Santiago de Compostela (Espanha), promovido pela *Universidade de Santiago de Compostela* em parceria

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

com a Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal.

A iniciativa teve como finalidade aproximar as Advocacias Públicas de ambos os continentes, especialmente a Advocacia Pública Espanhola e Brasileira, e discutir seu papel, promovendo a troca de experiências entre os advogados públicos dos países envolvidos.

Foi assim, que, a partir do seminário “*El Sistema Español de Asistencia Jurídica al Estado*”, proferido pelo emérito Professor Doutor Juan Vásquez-Portomeñe Seijas, Advogado do Estado da Espanha, tomou-se conhecimento da forma de atuação daquele órgão e identificou-se um *modus operandi*, que, guardadas as devidas proporções e tomadas as devidas cautelas, pode, eventualmente, ser adaptado ao nosso sistema federativo, trazendo imensos benefícios à sociedade brasileira, vez que prima pela aplicação dos princípios da eficiência, economia e atendimento ao interesse público.

Trata-se da possibilidade de que a Advocacia do Estado Espanhol, preste assistência jurídica a outros entes e comunidades autônomas, mediante a assinatura de convênio com esta finalidade, com contraprestação e observado o disposto no Real Decreto 997/2003 de 25 de julho, que regulamenta a matéria.

Sendo assim, passa-se a analisar a realidade espanhola, comparando-a com nosso sistema e verificando a possibilidade de que tal modelo seja reproduzido em nossa Pátria.

2 – ASSISTÊNCIA JURÍDICA AO ESTADO – REALIDADE ESPANHOLA

A *Abogacia del Estado*, na Espanha, a correspondente mais próxima da nossa Advocacia-Geral da União, rege-se pela Ley 52 de 27 de novembro de 1997, conhecida como *Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas* e regulamenta-se pelo Real Decreto 997/2003 de 25 de julho, que trata do *Reglamento del Servicio Jurídico del Estado*.

O artigos 1º da Ley 52, traz a definição e a competência da *Abogacia del Estado*, dispondo que a Assistência jurídica, constituída por assessoramento, representação e defesa no julgamento do Estado e de seus órgãos autônomos, bem como a representação dos órgãos constitucionais, cujas normas internas não estabeleçam regime especial próprio, serão de competência dos Procuradores do Estado, integrados no Serviço Jurídico do Estado, cujo Diretor depende de suas unidades, chamados Advocacia do Estado.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

Ainda sobre o tema, referido artigo deixa claro que a assessoria jurídica no campo do Ministério da Defesa e dos órgãos autônomos a ele vinculados corresponderá aos membros do Corpo Militar de Assuntos Jurídicos, de acordo com o disposto na Lei n. 17/1989, de 19 de julho, que regulamenta o Regime de pessoal Militares Profissionais e demais disposições legais aplicáveis.

Além disto, esclarece-se que esta representação se dá sem prejuízo dos poderes atribuídos pela legislação aos Subsecretários e Secretários Técnicos Gerais, bem como às funções atribuídas por seus regulamentos ao Conselho Jurídico Internacional dos Ministérios das Relações Exteriores que atua como um órgão consultivo em direito internacional.²

² Artículo 1. Régimen de asistencia jurídica.

1. La asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, así como la representación y defensa de los Órganos Constitucionales, cuyas normas internas no establezcan un régimen especial propio, corresponderá a los Abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado, de cuyo director dependen sus unidades, denominadas Abogacías del Estado.

No obstante, el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los Organismos autónomos adscritos al mismo corresponderá a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, conforme a lo establecido en la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, y demás disposiciones legales de aplicación.

Da leitura do artigo primeiro da Ley 52, pode-se averiguar que a competência da Abogacia del Estado tanto é de *asesoramiento* (consultoria), quanto de *representación* (contencioso).

Interessante notar que no caso da *Abogacia del Estado*, sua competência primária para representar, está adstrita aos seguintes entes: i) Estado e seus órgãos autônomos; ii) Órgãos constitucionais, cujas normas internas não estabeleçam regime especial próprio.

Os organismos autônomos, para os quais também é prestada a assistência jurídica, podem ser entendidos como órgãos públicos vinculados à Administração do Estado. Melhor esclarecendo, são órgãos vinculados a algum ministério, e gozam de personalidade jurídica própria e autonomia de gestão.

Além disto, os organismos constitucionais, entendidos aqueles como sendo os entes com previsão constitucional, também serão defendidos e assessorados pela *Abogacia del*

Todo ello sin perjuicio de las competencias atribuidas por la legislación a los Subsecretarios y secretarios generales técnicos, así como de las funciones atribuidas por su normativa a la Asesoría Jurídica Internacional del Ministerio de Asuntos Exteriores como órgano asesor en materia de Derecho internacional.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

Estado, desde que não tenham normas internas que estabeleçam um regime próprio. Cite-se como exemplos de órgãos constitucionais na Espanha, o Tribunal Constitucional, o Conselho Geral do Poder Judicial, o Tribunal de Contas e o Defensor do Povo.

Portanto, em um primeiro momento, a defesa do Estado Espanhol e de seus órgãos seria a área de competência para a atuação da *Abogacia del Estado*.

Ocorre que, a referida Ley 52 vai mais além ao estabelecer no item 3 do artigo 1º , que os Procuradores do Estado podem representar, defender e aconselhar as Comunidades Autónomas, nos termos em que seja estabelecido por regulamento e através de acordos de colaboração apropriados celebrados entre o Governo da Nação e os órgãos de governo das Comunidades Autónomas.³

Como se pode inferir, de forma simples, permitiu-se à *Abogacia del Estado*, prestar assistência jurídica a alguns entes que integram aquele Estado, desde que haja a regulamentação pertinente e uma vez que, a Comunidade

³ 3. Los Abogados del Estado podrán representar, defender y asesorar a las Comunidades Autónomas en los términos que, en su caso, se establezcan reglamentariamente y a través de los oportunos convenios de colaboración celebrados entre el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas. (...)

Autônoma, por meio da assinatura de um acordo, requeira a prestação da referida assistência.

Da mesma forma, o artigo 1º do Real Decreto 997/2003 de 25 de julio, também definiu o serviço jurídico do Estado, conceituando-o como o conjunto de órgãos administrativos que desenvolvem a função de assistência jurídica, constituída por assessoria e representação e defesa em juízo, do Estado, seus órgãos autônomos, órgãos constitucionais e, quando for o caso, das demais Organizações e entidades públicas, sociedades mercantis estatais e fundações com participação do Estado, bem como comunidades autônomas e empresas locais, nos termos previstos na Lei 52/1997, de 27 de novembro, no próprio regulamento e em normas complementares.⁴

⁴ Artículo 1. Concepto, organización y funciones del Servicio Jurídico del Estado.

1. Constituye el Servicio Jurídico del Estado el conjunto de órganos administrativos que desarrollan la función de asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio, del Estado, sus organismos autónomos, los órganos constitucionales y, en su caso, de los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal, así como de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales, en los términos contenidos en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

De se esclarecer que o Estado Espanhol é um Estado Soberano e, diferentemente do Brasil, se organiza como uma monarquia parlamentarista, sendo composto por Municípios, Partidos Judiciais, Províncias, Comunidades Autónomas e Cidades Autónomas. Assim, as soluções aplicáveis aquele Estado não podem ser imediatamente reproduzidas no Estado Brasileiro, servindo, entretanto, como subsídio para o estudo aqui proposto.

Em que pese não se tenha correspondência para as comunidades autónomas no sistema federativo adotado pelo Brasil, elas podem ser definidas como regiões territoriais, que nos termos do artigo 2º da Constituição Espanhola de 1978, são dotados de autonomia legislativa e competências executivas, bem como detém a capacidade de se administrar mediante representantes próprios.⁵

Ao regulamentar a Ley 52/1997, o Real Decreto 997/2003, trouxe em sua exposição de motivos, os

Instituciones Públicas, en este reglamento y en su normativa complementaria.

⁵ *Artículo 2* La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas.

fundamentos para a possibilidade de extensão do assessoramento jurídico a outros entes, esclarecendo a essencialidade de que o processo de modernização pretendido com a nova legislação, adquira um profundo escopo qualitativo, de tal forma que o Serviço Jurídico do Estado seja constituído na assessoria jurídica integral do setor público estadual, e por outro lado, se possibilitou, em todo o território nacional, a assistência jurídica às Comunidades Autônomas, e às empresas locais, mediante a assinatura dos convênios apropriados.⁶

No ponto que nos interessa, trata-se de regra que visa a dar eficiência e simplificar a defesa dos interesses das Comunidades Autônomas, e conseqüentemente do Estado Espanhol, visto que aquelas são parte integrante deste.

Assim, uma vez que o contribuinte espanhol é o beneficiado ou prejudicado final, tanto no caso de ausência de

⁶ Finalmente, se considera imprescindible que el proceso modernizador adquiera un profundo alcance cualitativo, por lo que se constituye el Servicio Jurídico del Estado en la asesoría jurídica integral del sector público estatal y se posibilita, en una posición de vertebración nacional, la asistencia jurídica a las comunidades autónomas y a las corporaciones locales mediante la suscripción de los oportunos convenios.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

uma defesa eficaz ou ainda no caso de se arcar com custo desta defesa, faz todo sentido permitir-se às Comunidades que entendam não ser conveniente deter representação jurídica própria, utilizar-se da estrutura jurídica já existentes e instalada nas diferentes regiões.

No que tange às despesas advindas da prestação da referida assistência, o Real Decreto prevê o pagamento dos serviços, inserindo a obrigação de que o convênio a ser firmado preveja que a contraprestação econômica seja paga pela comunidade autônoma ao Estado, o que pode gerar crédito nas rubricas orçamentais do Gabinete Geral de Advocacia do Estado do Serviço Jurídico do Estado.⁷

Ou seja, o trabalho da Advocacia do Estado é exercido mediante contraprestação, o que se traduz em respeito aos demais contribuintes do país, que de forma indireta,

⁷ Art. 15 En el convenio deberá preverse la contraprestación económica a satisfacer por la comunidad autónoma al Estado, que podrá generar crédito en las partidas presupuestarias de la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado. A tal efecto, y una vez acreditado el ingreso en el Tesoro Público del importe de la referida compensación económica, el Ministerio de Hacienda tramitará el oportuno expediente de modificación presupuestaria por tal concepto.

sustentam a prestação deste serviço jurídico, mediante o recolhimento dos impostos.

Por outro lado, o dinheiro arrecadado também é direcionado à conta da própria Advocacia do Estado e pode ser usado para melhorias dos serviços, treinamento e em suas instalações.

Para o caso em que se verifique conflito de interesses entre o Estado e a Comunidade Autônoma, em virtude de litígios em que ambos atuem em polos opostos, será prontamente informada a comunidade autônoma e se buscará expressamente esclarecer qual é o critério em que ela se apoia. Se a contraposição de interesses persistir, o contrato de colaboração não será aplicável e não será prestada assistência jurídica a este último, que poderá designar livremente para este caso a assistência jurídica, defesa e representação que julgar apropriada. Esta regra de solução da contraposição de interesses será expressamente declarada nos acordos de colaboração correspondentes.⁸

⁸ 4. En el caso de que la Abogacía General del Estado Dirección del Servicio Jurídico del Estado estimara la existencia de un supuesto de contraposición de intereses entre la comunidad autónoma y el Estado, sus organismos autónomos, los restantes organismos y entidades públicos, sociedades mercantiles estatales, fundaciones con participación estatal u órganos constitucionales, lo hará saber así a la

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

Portanto, parece-nos que de forma simples e inteligente, o Estado Espanhol buscou garantir que as Comunidades Autônomas disponham de uma assistência jurídica de elevado valor profissional, com o menor custo possível, vez que, neste caso, não haverá a necessidade de se criar e manter uma estrutura própria de procuradoria.

3 - A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

No Brasil, assim como na Espanha, o Estado Brasileiro dispõe de uma Advocacia Pública que o representa tanto ativa como passivamente, além de lhe prestar assessoramento jurídico nas mais variadas questões. Mas, diferentemente do Estado Espanhol, a Advocacia Pública no Brasil é dividida de acordo com o ente da federação que será representado.

A Advocacia Pública foi elevada a categoria de carreira de Estado e se encontra constitucionalmente prevista nos

comunidad autónoma y recabará expresamente cuál es el criterio que ésta sostiene al respecto. Haya o no manifestado este criterio, de seguir apreciándose la contraposición de intereses no resultará de aplicación el convenio de colaboración y no se prestará la asistencia jurídica a aquélla, quien podrá libremente designar para este caso la asistencia, defensa y representación jurídicas que estime convenientes. Esta norma de solución de la contraposición de intereses se hará constar expresamente en los convenios de colaboración correspondientes.

artigos 131 e 132 da CF/88⁹. Este serviço é prestado por um corpo de Advogados Concursados e organizados em carreira.

No âmbito da federação Brasileira, tratando dos interesses dos seus entes, temos hoje as seguintes

⁹ Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

composições: i) Advocacia-Geral da União (que diretamente ou através de seus órgãos vinculados - Procuradoria-Geral Federal e Procuradoria do Banco Central do Brasil], faz a defesa da União); ii) Procuradoria Geral do Distrito Federal (que trata da defesa do Distrito Federal); iii) Procuradorias Estaduais (que tratam da defesa dos diversos Estados que compõem o Estado Brasileiro).

Ocorre que no Brasil, a Federação é composta também pelos Municípios, que foram elevados a esta categoria pela Constituição Federal, que no artigo 1º dispôs que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito.

Pois bem, relativamente à Advocacia Pública, no que toca aos Municípios, não houve referência no texto constitucional.

Apesar disto, inúmeros Municípios, especialmente os de maior expressividade, organizaram suas Procuradorias.

De se apontar que a ausência de previsão constitucional relativa às Procuradorias do Município tem gerado inúmeros e calorosos debates sobre o tema, uma vez que muitos Municípios, seja por ausência de recursos, seja

pela baixa incidência de conflitos jurídicos, contratam advogados privados para defender seus interesses.

4 - MUNICÍPIOS E PROCURADORIAS

O debate acalorado entre os favoráveis a inserção dos municípios no artigo 132 da Constituição ganhou corpo e já existe projeto de emenda constitucional com esta finalidade, capitaneado pela Associação Nacional de Procuradores dos Municípios.

A Proposta de Emenda à Constituição - PEC 17 de 2012 altera a redação do art. 132 da Constituição Federal para estender aos Municípios a obrigatoriedade de organizar carreira de procurador (para fins de representação judicial e assessoria jurídica), com ingresso por concurso público com a participação da OAB em todas as suas fases, garantida a estabilidade dos procuradores após 3 anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho.

Em que pese esta seja uma medida moralizadora e que tem como finalidade evitar desvios e favorecimentos de candidatos na indicação de procuradores, cabe avaliar se sua imposição, de forma geral e irrestrita a todos os municípios, não trará a própria inviabilidade de execução da medida.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

Isto porque, com a Constituição Federal de 1988, foram criados inúmeros municípios que não dispõem de condições mínimas para se manter, e que dependem quase que exclusivamente de repasses de verbas federais e estaduais.¹⁰

Segundo dados obtidos no sítio do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o Brasil dispõe de 5570 Municípios espalhados em diversas regiões do território nacional.¹¹

Dentre esses milhares de Municípios, temos situações tão díspares, que só um país de natureza continental como o Brasil é capaz de produzir.

Veja-se por exemplo o último levantamento do Censo Brasileiro, disponível na página oficial do IBGE, e que estressa a enorme diferença existente entre estes diversos municípios. Consta ali que o município de São Paulo continua sendo o mais populoso do país, com 12,2 milhões de habitantes, seguido pelo Rio de Janeiro (6,7 milhões de habitantes), Brasília e

¹⁰ Segundo reportagem do jornal Folha de São Paulo, datada de 07/02/2019, Cerca de 70% dos municípios brasileiros dependem hoje em mais de 80% de verbas que vêm de fontes externas à sua arrecadação. (<http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml> acesso em 19/08/2019)

¹¹ <https://cidades.ibge.gov.br/pesquisa> realizada em 18/08/2019

Salvador (cerca de 3,0 milhões de habitantes cada). Outra informação relevante aponta que dezessete municípios brasileiros têm população superior a 1 milhão de pessoas e, juntos, eles somam 45,7 milhões de habitantes ou 21,9% da população do Brasil. Serra da Saudade (MG) é o município brasileiro de menor população, 786 habitantes, seguido de Borá (SP), com 836 habitantes, e Araguainha (MT), com 956 habitantes.¹²

Sem adentrarmos na discussão relativa à conveniência e a própria justificativa para a existência de Municípios de tão pequena expressividade, o que nos parece uma anomalia, a comparação entre os maiores e menores nos leva a conclusão de que uma mesma medida não pode ser aplicada a todos indistintamente. É preciso respeitar as diferenças, a capacidade, e mesmo a necessidade de cada um destes municípios.

Para os pequenos municípios, a obrigatoriedade de criação de uma procuradoria se consubstanciará em mais uma despesa, para a qual, em muitos casos, não existe

¹²<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018>, no dia 18/08/2019.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

arrecadação suficiente e sequer existe volume que a justifique, em claro desfavor do interesse público local e nacional.

Neste sentido torna-se imperioso pensar outras formas de se fazer cumprir os preceitos constitucionais, sem, contudo, inviabilizar as Administrações Municipais, permitindo-lhes buscar caminhos criativos, que preservem o interesse público e a legalidade.

O difícil momento econômico que atravessa o país, evidenciado pelas inúmeras portarias de contingenciamento editadas pelo Ministério da Economia, sendo a mais recente a Portaria n. 179 de 22 de abril de 2019, requer do Gestor um apego genuíno à eficiência, princípio constitucional que rege a Administração Pública (artigo 37 da Constituição Federal).

Como eficiência, deve-se entender a obtenção dos melhores resultados, de forma menos custosa e mais rápida, sempre observando o princípio da legalidade, do qual o Administrador não se pode distanciar.¹³

¹³ Com efeito Para Maria Sylvia di Pietro, o princípio da eficiência pode ser descrito em duas vertentes: "pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a administração pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público." (DI PIETRO, 2003, P. 83)

E neste sentido, a experiência espanhola traz um pouco de luz e racionalidade ao debate.

Seria possível, no Brasil, vislumbrar solução similar? Ou seja, ao se propor a alteração da Constituição Federal, para inclusão das Procuradorias Municipais no artigo 132, não seria o caso de se alterar também o artigo 131 de forma a se permitir que, para Municípios de pequeno porte, fosse franqueada a possibilidade de representação judicial mediante convênio firmado com a Advocacia-Geral da União? Ou mesmo com as Procuradorias do Estado?

No que tange à Advocacia-Geral da União, ela dispõe de representação em todos os Estados da Nação e em inúmeros municípios, parecendo lógico que possa, uma vez

Ronny Charles Lopes de Torres, aponta que "conforme Celso Antônio B. de Mello, tal princípio não pode ser concebido senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência pode justificar a arbitrariedade. O autor lembra que ele se apresenta como uma faceta de um princípio mais amplo, tratado no Direito Italiano: "o princípio da boa administração".

Seguindo, o ilustre autor esclarece que "nesse raciocínio, o agente público deve sempre buscar a melhor e mais adequada solução para os problemas administrativos, tendo como parâmetro o interesse público e a legalidade. (...) O princípio da eficiência exige o melhor exercício possível pelo agente incumbido de desenvolver a atividade administrativa. As questões jurídicas devem ser resolvidas, não pelo menosprezo da lei, mas pela valorização dos seus elementos finalísticos." (TORRES, 2018, p 84/85)

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

adequado o texto constitucional, por meio de convênio/acordo, prestar assistência jurídica a pequenos municípios.¹⁴

Ademais, de se sublinhar que a tecnologia vem se apresentando como elemento chave da desburocratização e estímulo ao trabalho virtual. Hoje é possível prestar assessoramento jurídico e mesmo peticionar e recorrer de forma virtual, sem a necessidade da presença física do advogado no local. Exceção para as audiências que ainda são feitas de forma presencial, mas que em alguns casos, já se utiliza dos recursos tecnológicos de conferência virtual, o que nos faz imaginar que, em um futuro próximo, será a regra.

Além da alteração constitucional, no caso da AGU, seria também necessário alterar-se a Lei Complementar 73/93, Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União, para inserir a possibilidade, bem como criar um regulamento próprio que

¹⁴ O parágrafo primeiro do artigo 1º do Decreto 6.170/2007 o define como o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação

trate dos referidos convênios, prevendo os requisitos básicos, duração, casos em que deixaria de ser aplicável, bem como a forma de reembolso, dentre outros.

De extrema importância seria fixar cláusula que remetesse eventuais conflitos de interesses entre a União e o Município representado, a um procedimento de conciliação, utilizando-se a estrutura já existente na própria AGU, que mantém Câmaras de Conciliação.

Em que pese a nosso desenho constitucional, hoje não permita tal digressão, em tudo e por tudo nos parece que esta seria uma situação de ganha-ganha: ganharia o Município que seria atendido por Procuradores concursados, especializados em Direito Administrativo e de Estado, sem ter que incorrer nos custos de implantação e manutenção de uma procuradoria própria; ganharia o contribuinte por não ter o peso de custeio da máquina pública; ganharia a Administração da justiça e consequentemente todo o país, uma vez que os litígios entre União e os Municípios atendidos teriam mais possibilidade de ser resolvidos por conciliação; ganharia a Advocacia-Geral da União que poderia receber diretamente da União, os valores devidos a título de assistência jurídica, podendo aplicá-los diretamente na melhoria de suas instalações e formação de seus membros.

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

5 - CONCLUSÃO

Se por um lado, o gestor necessita ser criativo, inovador e ousado para realizar uma Administração, de forma lícita, legal, eficiente e econômica, também o legislador precisa estar atento à realidade nacional e às mudanças que a revolução tecnológica, dia a dia nos impõe.

Os recursos econômicos cada vez mais escassos demandam responsabilidade na sua aplicação. Nesse sentido, uma solução que demanda alocação considerável de recursos, não deve ser aplicada de forma genérica a todo e qualquer Município integrante do Estado Brasileiro.

A necessidade de repensar o Brasil é premente e permanente, dados os avanços tecnológicos e a escassez de recursos econômicos.

Neste panorama, a lição espanhola merece um estudo mais aprofundado, a fim de se avaliar e quem sabe, futuramente implantar, a possibilidade de se franquear aos pequenos Municípios Brasileiros, assistência jurídica prestada pela Advocacia-Geral da União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

- Disponível em
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 19 de agosto de 2019.
- ESPANHA. Constituição Espanhola de 1978. Sancionada em 27 de dezembro de 1978. Disponível em
<https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf> Acesso em 19 de agosto de 2019.
- ESPANHA. Ley 52 de 27 de novembro de 1997. Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Disponível em <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1997-25338> Acesso em 19 de agosto de 2019.
- ESPANHA. Real Decreto 997/2003 de 25 de julho. Reglamento Del Servicio Jurídico Del Estado
<https://www.boe.es/eli/es/rd/2003/07/25/997/con>
Acesso em 19 de agosto de 2019.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p.83
- TORRES, Ronny Charles Lopes. *Lei de Licitações Públicas Comentada*. São Paulo: Editora Podium, 2018. p. 84/85.
- PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. Convênios e outros instrumentos de “administração consensual” na Gestão Pública do século XXI: restrições em ano eleitoral. Belo Horizonte: Fórum, 2015.
- BRASIL. IBGE. Censo 2018. <https://cidades.ibge.gov.br/pesquisa> realizada em 18/08/2019
- BRASIL. IBGE. <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de->

O princípio da eficiência e a viabilidade de convênios para (...)

noticias/releases/22374-ibge-divulga-as-estimativas-de-populacao-dos-municipios-para-2018, no dia 18/08/2019.

OLIVEIRA, Julio Marcelo. Por que não repensar os municípios e ter uma administração mais eficiente? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-mai-08/nao-repensar-estrutura-municipios-brasileiros> Acesso em 19 de agosto de 2019.

SOUZA, Guilherme Carvalho e. Nem todo município suporta uma procuradoria. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2017-dez-12/guilherme-carvalho-nem-todo-municipio-suporta-procuradoria2> Acesso em 19 de agosto de 2019.

CANZIAN, Fernando. Folha de São Paulo. Cerca de 70% dos municípios brasileiros dependem hoje em mais de 80% de verbas que vêm de fontes externas à sua arrecadação.

(<http://temas.folha.uol.com.br/remf/ranking-de-eficiencia-dos-municipios-folha/70-dos-municipios-dependem-em-mais-de-80-de-verbas-externas.shtml> acesso em 19/08/2019)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

Roberto Renato Strauhs da Costa¹

AGU – Advocacia-Geral da União

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de tribunal constitucional; 2.1 Tribunal Constitucional Espanhol; 2.2 História Política da Espanha; 2.3 Constituição Espanhola; 2.4 Lei Orgânica do Tribunal Constitucional Espanhol; 4 Conclusão; Referências.

RESUMO: As garantias constitucionais da jurisdição fornecem dados essenciais para compreender os sistemas constitucionais e processuais da Espanha, como elementos necessários à configuração da jurisdição constitucional e garantia efetiva dos direitos inscritos nos sistemas jurídico-constitucionais espanhóis. O Tribunal Constitucional Espanhol concorre com a objetividade da jurisdição (arts 164, CE; 86 e ss. Lei Orgânica do Tribunal Constitucional - LOTC). É um

¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Ensino Superior do Paraná - FESP.

Tribunal Constitucional espanhol

órgão institucionalmente dotado de independência, no qual se observa, considerado frente aos demais órgãos constitucionais (art. 1, 1º, LOTC) como no Estatuto Interno de seus magistrados, que são inamovíveis em seu mandato (art. 159, 5º, CE), encontrando-se apenas submetidos a Constituição e a Lei Orgânica (art. 1, 1º, LOTC). Esse estudo tem como objetivo analisar o Tribunal Constitucional Espanhol, à luz da Constituição Espanhola e da Lei Orgânica n. 2/1979, do Tribunal Constitucional Espanhol. Utilizou-se como método a consulta em plataformas físicas e virtuais. Os estudos coletados permitiram atingir os resultados pretendidos.

INTRODUÇÃO

Na Espanha, o rei é o chefe de Estado, símbolo de unidade e permanência, arbitra e modera o funcionamento regular das instituições democráticas, assume a mais alta representação do Estado Espanhol, nas relações internacionais, especialmente, com nações de sua comunidade histórica e exerce as funções que lhe atribuem expressamente a Constituição e as Leis.

A política da Espanha reúne um conjunto de condições administrativas que as Leis ditam para o funcionamento que os órgãos legislativos consideram apta para o país. De acordo

com a classificação de sistemas de governo no mundo, a Espanha possui a forma de monarquia parlamentarista, seu poder legislativo (representado na figura das Cortes Gerais) exerce a maior parte da responsabilidade legislativa e de governo.

O sistema político da Espanha é um sistema multipartidário, mas desde a década de 1990 dois partidos predominaram na política espanhola, o Partido Socialista Operário Espanhol (PSOE) e o Partido Conservador Popular (PCP). Os partidos regionais, principalmente, o Partido Nacionalista Basco (EAJ-PNV), do País Basco, a Convergência e União (CiU) e a Esquerda Republicana da Catalunha (ERC), da Catalunha, também desempenham papéis-chave na política espanhola.

Em 1986, Espanha passou a formar parte da União Europeia (UE). Em março de 1996, o Partido Popular (PP) de José María Aznar foi o mais votado, conseguindo quase a metade das cadeiras no Congresso, conferindo destaque à ideia de que posicionamentos que pretendam modificar as bases da ordem constitucional espanhola tem espaço dentro do ordenamento democrático, desde que feitas de acordo com os procedimentos previstos pela Constituição.

Esse estudo tem como objetivo analisar o Tribunal Constitucional Espanhol, à luz da Constituição Espanhola e da Lei Orgânica n. 2/1979, do Tribunal Constitucional Espanhol.

2 CONCEITO DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Os Tribunais Constitucionais, segundo Tremps (1985), atuam em todos os casos que impliquem aplicar a Constituição, de acordo com os fundamentos teóricos da ideia unitarista, a totalidade das funções (fundamentais) a eles atribuíveis está alicerçada em duas premissas basilares: colocação da Constituição como *lex superior*, pois, em não havendo supremacia da Constituição não haverá lugar para os Tribunais Constitucionais e a; necessidade que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda.

Na conjugação desses fatores se sustenta o conjunto de funções do Tribunal Constitucional, o qual, é o órgão máximo de garantia da supremacia da Constituição e seu surgimento encontra-se atrelado ao surgimento e evolução do Estado Constitucional de Direito. Todas as funções do Tribunal Constitucional são responsáveis por incrementar e expandir a ampla e reconhecida força normativa da Constituição (CARRILLO, 1994). De acordo com o ex-Presidente da Corte

de Constitucionalidade da Guatemala: “a justiça constitucional adquire especial importância no Estado moderno porque constitui o meio pelo qual se logra a plena vigência das normas contidas nas Leis fundamentais” (PINTO ACEVEDO, 1997).

De acordo com Tavares (2019), na medida em que o Direito constitucional se desenvolveu no mundo e assim assumiu proeminente lugar no cenário jurídico moderno, os Tribunais Constitucionais a ele atrelados também foram impulsionados, lentamente, nesse processo de reconhecimento e reforço das constituições. Sua presença é considerada imprescindível e suas funções gradualmente alargadas. O Tribunal Constitucional é, concomitantemente, partícipe e garante do governo, da normatividade do Estado de Direito, da governabilidade e da constitucionalidade, entre outras funções que já se podem indicar.

A função do Tribunal Constitucional é complexa, mas a existência de funções que vão além de mero controle da constitucionalidade das Leis não chega ser, no estágio atual, uma premissa doutrinariamente reconhecida. Do ponto de vista do Direito Positivo, trata-se de verdade reconhecida, não como teoria das funções, mas como diversidade de atribuições conferidas a determinados tribunais constitucionais, muitas das quais sem qualquer relação com as categorias

fundamentais (estruturais) da teoria da Justiça Constitucional (TAVARES, 2019).

Um amplo rol de funções próprias do Tribunal Constitucional tem sido determinado aos diversos Tribunais Constitucionais (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 157) e nesse elenco de funções há exacerbação (consciente ou não). Trata-se de uma realidade inafastável, carecendo de sistematização e análise mais acurada das necessidades que além do controle das leis, derivam imediatamente de uma Constituição, para garantir sua supremacia. A Teoria sustenta-se na ideia de função unitária como ponto de partida para seu próprio desmembramento e elucidação. Uma das razões básicas para o não reconhecimento, empírico ou doutrinário, de uma Teoria das funções da Justiça Constitucional, consiste na intensa preocupação doutrinária com o tema do controle de constitucionalidade das Leis.

Dessa preocupação decorrem impropriedades e confusões, que se resumem na tendência a considerar única essa função de controle (única), a função de cumprimento e defesa da Constituição, obscurecendo necessária ampliação dos horizontes da Teoria da Justiça Constitucional (TAVARES, 2019). O fundamento de qualquer função do Tribunal Constitucional é aplicar a supremacia constitucional. Conforme

Schwartz (1996, p. 26), para manter supremacia na prática, se faz necessário: “[...] recusar a confirmação de atos do Legislativo ou Executivo que entrem em conflito com os dispositivos constitucionais”.

Uma vez ampliada a específica função de controle da constitucionalidade, nem por isso deve ser considerada a função-matriz, a partir da qual se desenham as funções estruturantes, conforme pretendido por Black Jr. (1960, p. 223), a: “*judicial review* tem duas funções primárias – aquela de marcar a atuação governamental com a chancela da legitimidade e aquela de checar os ramos políticos do governo quando ultrapassam campos proibidos a eles pela Constituição tal como interpretada pela Corte”.

Algumas das funções do Tribunal Constitucional surgem porque há, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, receio ou desconfiança da Constituição, dessa forma, ela própria (em parte) submetida ao jogo eventual das maiorias parlamentares. Desde o momento em que a classe política percebeu que para manipular o sistema era necessário manipular não apenas as Leis, mas também a Constituição, esta perde em boa parte seu sustentáculo teórico de Lei imutável (ou raramente mutável), passando a sofrer constantes “ataques” ou “reformas”. Viabilizou-se a imposição

de valores de certo grupo aos demais por força de alteração da Constituição, ocasionando fenômeno idêntico àquele no qual se assistiu ao abuso praticado por meio das Leis (TAVARES, 2019).

Nesse momento surgem dois redutos de defesa do constitucionalismo e da democracia (constitucional): as chamadas cláusulas pétreas e as cláusulas abertas. As primeiras restam imunizadas quanto às vontades político-partidárias eventuais. As segundas permitem que mesmo o campo de atuação dessa atividade partidária possa ser fiscalizado com maior intensidade e rigor, porque o Tribunal Constitucional poderá manipular modificações constitucionais de cláusulas abertas, jogando sua interpretação como adequada no contexto constitucional geral (TAVARES, 2019). Mesmo as emendas à Constituição passam a sofrer o controle do Tribunal Constitucional e esse controle é realizado com maior rigor do que o próprio controle da constitucionalidade das leis (função inaugural).

Na prática constitucional de cada Estado verifica-se um conjunto de atividades incongruentes com a natureza atribuível ao Tribunal Constitucional. Na realidade histórica verifica-se que existem funções muito distintas atribuídas aos diversos tribunais constitucionais existentes (CARRILLO,

1994, p. 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137). Os constituintes devem evitar arrolar essas funções estranhas ao Tribunal Constitucional, funções que não envolvem a supremacia da Constituição (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137), salvo, pela circunstância (formal irrelevante) de também serem funções contidas na Constituição.

A decisão legislativa do Tribunal Constitucional posiciona-se no patamar das Leis. A decisão interpretativa, por sua vez, ocupa posição superior à das leis em geral (PEREZ ROYO, 1998, p. 55), podendo chegar a reconhecer status constitucional, havendo quem fale de um “valor especial” (MONCADA, 2001, p. 499). Para fins de maior detalhamento e elucidação da atividade interpretativa, a cargo do Tribunal Constitucional, essa atividade pode ser dividida em três segmentos: (i) interpretação principiológica; (ii) interpretação evolutiva; (iii) interpretação desenvolvimentista das liberdades públicas (TAVARES, 2019).

De acordo com Gomes (2019), em alguns aspectos, o Tribunal Constitucional pode ser provocador ou criador de novos focos de tensões, numa relação conflituosa entre jurisdição ordinária e constitucional. Por exemplo, o Tribunal Constitucional espanhol acaba por gerar desgastes das relações de poderes, quando é chamado a manifestar-se sobre

Tribunal Constitucional espanhol

possíveis violações do princípio da igualdade pelo Tribunal Supremo, exigindo-se desse último coerência na adoção dos critérios interpretativos (GOMES, 2019).

2.1 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

De acordo com a Constituição Espanhola, em seu TÍTULO IX, Do Tribunal Constitucional, art. 159, o Tribunal Constitucional é composto por doze membros nomeados pelo Rei; dos quais, quatro sob proposta do Congresso por maioria de três quintos dos seus membros; quatro sob proposta do Senado, com idêntica maioria; dois sob proposta do Governo, e dois sob proposta do Conselho Geral do Poder Judicial. Os membros do Tribunal Constitucional deverão ser nomeados entre Magistrados e Membros do Ministério Público, Professores de Universidade, funcionários públicos e Advogados, todos juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos de exercício profissional.

Os membros do Tribunal Constitucional serão designados por um período de nove anos e serão renovados por terças partes cada três. A condição de membro do Tribunal Constitucional é incompatível com todo mandato representativo; com os cargos políticos ou administrativos; com o desempenho de funções diretivas num partido político

ou num sindicato e com qualquer emprego ao serviço dos mesmos; com o exercício das carreiras judicial e do Ministério Público, e com qualquer atividade profissional ou comercial. No demais os membros do Tribunal Constitucional terão as incompatibilidades próprias dos membros do poder judicial. Os membros do Tribunal Constitucional serão independentes e inamovíveis no exercício do seu mandato.

Em seu art. 160 estabelece que o Presidente do Tribunal Constitucional será nomeado entre os seus membros pelo Rei, sob proposta do mesmo Tribunal reunido em plenário, por um período de três anos. Em seu art. 161 estabelece que o Tribunal Constitucional tem jurisdição em todo o território espanhol e é competente para conhecer:

- a) Do recurso de inconstitucionalidade contra leis e disposições normativas com força de lei. A declaração de inconstitucionalidade duma norma jurídica com categoria de lei, interpretada pela jurisprudência, afectará a esta, se bem que a sentença o sentenças recorridas não perderão o valor de caso julgado.
- b) Do recurso de amparo por violação dos direitos

Tribunal Constitucional espanhol

e liberdades referidos no artigo 53, 2, de esta Constituição, nos casos e formas que a lei estabeleça.

- c) Dos conflitos de competência entre o Estado e as Comunidades Autónomas ou de dos destas entre si.
- d) Das demais matérias que lhe atribuem a Constituição ou as leis orgânicas.

O Governo poderá impugnar ante o Tribunal Constitucional as disposições e resoluções adoptadas pelos órgãos das Comunidades Autónomas, produzindo suspensão da disposição ou resolução recorrida, mas o Tribunal, se for caso, deverá ratificá-la ou levantá-la num prazo não superior a cinco meses. De acordo com o art. 162, estão legitimados para interpor recurso de inconstitucionalidade, o Presidente do Governo, o Defensor do Povo, 50 Deputados, 50 Senadores, os órgãos colegiais executivos das Comunidades Autónomas e, se for caso, as Assembleias das mesmas. Já para interpor o recurso de amparo, toda a pessoa individual ou coletiva que invoque um interesse legítimo, assim como o Defensor do Povo e o Ministério Público. Nos demais casos, a lei orgânica determinará as pessoas e órgãos legitimados.

Já segundo o art. 163, quando um órgão judicial considere, em algum processo, que uma norma com categoria de lei, aplicável ao caso, de cuja validade dependa a sentença, possa ser contrária à Constituição, colocará a questão ante o Tribunal Constitucional nos casos, na forma e com os efeitos que estabeleça a Lei, que em nenhum caso serão suspensivos. Já conforme o art. 164, as sentenças do Tribunal Constitucional serão publicadas no Boletim Oficial do Estado com votos particulares, se houver. Têm o valor de caso julgado a partir do dia seguinte de sua publicação e não cabe recurso algum contra elas. As que declararem inconstitucionalidade de uma lei ou de uma norma com força de lei e todas as que não se limitem à apreciação subjetiva de um direito, têm plenos efeitos frente a todos, salvo no que a sentença se disponha outra coisa, subsistirá a vigência da lei na parte não afetada pela inconstitucionalidade. Segundo o art. 165, uma lei orgânica regulará o funcionamento do Tribunal Constitucional, o Estatuto dos seus membros, o processo ante o mesmo e as condições para o exercício das ações.

2.2 HISTÓRIA POLÍTICA DA ESPANHA

De acordo com Antunes (2017), a forma política do Estado espanhol é a monarquia constitucional hereditária, com um regime de democracia parlamentar, regido pela Constituição de 1978.

De acordo com a Constituição Espanhola, o Rei é o Chefe de Estado e o Capitão Geral dos três Exércitos, como comandante supremo das Forças Armadas. Entre suas funções conferidas pela Constituição estão a de propor o candidato a Presidente do Governo e nomeá-lo, uma vez que tenha obtido a confiança das Cortes, nomear os outros membros do Governo propostos pelo Presidente e sancionar as leis aprovadas nas Cortes. A pessoa do Rei é inviolável e não está sujeita a explicações (ANTUNES, 2017).

A monarquia é uma das influências mais importantes na vida da Espanha. É considerada uma imagem da permanência e unidade do Estado e contribuiu para modernizar o país. Através de sua atividade, a Coroa se dedicou a colocar o Estado em relação às pessoas e contribuiu para integrar a variedade das terras da Espanha em uma única nação (ANTUNES, 2017).

O Poder Legislativo recai sobre as chamadas "*Cortes Generales*" (Parlamento espanhol), compostos pelo Congresso

dos Deputados e pelo Senado. Seus membros são eleitos a cada quatro anos por sufrágio universal. Essas eleições são chamadas “eleições gerais” e só podem votar e serem votados os cidadãos com nacionalidade espanhola (ANTUNES, 2017).

É função das Cortes aprovar os orçamentos do Estado e supervisionar a ação do Governo, além de eleger o presidente do governo, a cada quatro anos, uma vez que as eleições gerais sejam realizadas. A função legislativa é compartilhada pelas *Cortes Generales* com os parlamentos das “Comunidades Autónomas”, que também têm a capacidade de aprovar as leis. O Poder Executivo da nação é exercido pelo Presidente do Governo, eleito por um período de quatro anos e é assistido por um Conselho de Ministros. O governo dirige a política interna e externa, a administração civil e militar e a defesa do Estado (ANTUNES, 2017).

2.3 CONSTITUIÇÃO ESPANHOLA

Em termos políticos, a Constituição Espanhola encontra-se organizada em 169 artigos, que tratam dos seguintes pontos: Prólogo, Preâmbulo, Título Preliminar, TÍTULO I (Dos Direitos e Deveres Fundamentais); TÍTULO II (Da Coroa); TÍTULO III (Das Cortes Gerais; TÍTULO IV (Do Governo e da Administração); TITULO V (Das Rrelações entre

Tribunal Constitucional espanhol

o Governo e as Cortes Gerais); TÍTULO VI (Do Poder Judicial); TÍTULO VII (Economia e Finanças); TÍTULO VIII (Da Organização Territorial do Estado); TÍTULO IX (Do Tribunal Constitucional); TÍTULO X (Da revisão constitucional); Disposições Adicionais, Disposições Transitórias e; Disposições Derrogatórias.

De acordo com o art. 1., a Espanha se constitui em um Estado social e democrático de Direito, que propugna como valores superiores da sua ordem jurídica a liberdade, a justiça, a igualdade e o pluralismo político. A soberania nacional reside no povo espanhol, do qual emanam os poderes do Estado. A forma política do Estado espanhol é a Monarquia parlamentar. Em seu art. 2. estabelece que a Constituição se fundamenta na indissolúvel unidade da Nação espanhola, pátria comum e indivisível de todos os espanhóis, reconhece e garante o direito à autonomia das nacionalidades e regiões que a integram e a solidariedade entre todas elas. O castelhano é a língua espanhola oficial do Estado. Todos os espanhóis têm o dever de a conhecer e o direito a usá-la (art. 3). A capital do Estado é a vila de Madrid (art. 5º.). Os partidos políticos expressam o pluralismo político, concorrem para a formação e manifestação da vontade popular e são um instrumento fundamental para a participação política. A sua criação e o

exercício da sua atividade são livres dentro do respeito à Constituição e à Lei. A sua estrutura interna e funcionamento deverão ser democráticos (art. 6).

2.4 LEI ORGÂNICA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPANHOL

De acordo com a Lei Orgânica n. 2/1979, do Tribunal Constitucional, TÍTULO I, Do Tribunal Constitucional, CAPÍTULO I, Do Tribunal Constitucional, em relação à sua organização e atribuições, preconiza o art. 1º., que o Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos restantes órgãos constitucionais e está sujeito apenas à Constituição e à presente Lei Orgânica. É único na sua ordem e estende a sua jurisdição a todo o território nacional.

Estabelece em seu art. 2º., que o Tribunal Constitucional conhecerá, nos casos e na forma que esta Lei determina o recurso e a questão de inconstitucionalidade interpostos contra leis, disposições normativas e atos com força de Lei; o recurso de amparo por violação dos direitos e liberdades públicos enumerados no artigo cinquenta e três, dois, da Constituição; dos conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as comunidades autónomas ou

destas entre si; da declaração sobre a inconstitucionalidade dos Tratados Internacionais; do controlo prévio de inconstitucionalidade no caso previsto no art. 79 da presente Lei; Das impugnações previstas no número dois do art. 170 d Constituição; da verificação das nomeações dos magistrados do Tribunal Constitucional, para julgar os mesmos reúnem os requisitos exigidos pela Constituição e pela presente Lei; das restantes matérias que lhe são atribuídas pela Constituição e pelas Leis Orgânicas.

O Tribunal Constitucional poderá promulgar regulamentos sobre o seu próprio funcionamento e organização, assim como sobre o regime do seu pessoal e serviços, no âmbito da presente lei. Estes regulamentos, que deverão ser aprovados pelo Tribunal em sessão plenária, serão publicados no Boletín Oficial del Estado, autorizados pelo seu presidente.

A competência do Tribunal Constitucional estende-se ao conhecimento e decisão das questões prejudiciais e incidentais não pertencentes à ordem constitucional, diretamente ligadas à matéria de que conhece, apenas para efeitos do processo constitucional desta (art. 3º.). Em nenhum caso poderá ser colocada questão de jurisdição ou competência ao Tribunal Constitucional, o qual delimitará o

âmbito da sua jurisdição e adotará todas as medidas necessárias para preservar, incluindo a declaração de nulidade dos atos ou decisões que a prejudiquem; poderá, igualmente, apreciar, oficiosamente ou a pedido de uma das partes, sua competência ou incompetência.

As decisões do Tribunal Constitucional não poderão ser julgadas por nenhum órgão jurisdicional do Estado. Quando o Tribunal Constitucional anular um ato ou uma decisão que transgrida o disposto nos dois números anteriores, deverá fazê-lo fundamentadamente e após audiência perante o Ministério Público e o órgão autor do ato ou decisão (art. 4º.). O Tribunal Constitucional é composto por doze membros, com o título de magistrados do Tribunal Constitucional (art. 5º.). O Tribunal Constitucional funciona em sessões plenárias, por salas ou por secções. A sessão plenária é constituída por todos os magistrados do Tribunal. É presidida pelo presidente do Tribunal e, na falta deste, pelo vice-presidente e, na falta de ambos, pelo magistrado mais antigo no cargo e, em caso de igual antiguidade, pelo mais idoso (art. 6º.).

O Tribunal Constitucional dispõe de duas salas. Cada sala é composta por seis magistrados nomeados pelo Tribunal em sessão plenária. O presidente do Tribunal também é

Tribunal Constitucional espanhol

presidente da primeira sala, que será presidida, na sua ausência, pelo magistrado mais antigo e, no caso de igual antiguidade, pelo mais idoso. A segunda sala será presidida pelo vice-presidente do Tribunal e, na falta deste, pelo magistrado mais antigo e, em caso de igual antiguidade, pelo mais idoso (art. 7º.).

Para despacho ordinário e para a decisão ou proposta, conforme o caso, sobre a admissibilidade ou inadmissibilidade de processos constitucionais, o plenário e as salas constituirão seções compostas pelo respetivo presidente ou quem o substituir, e por dois magistrados. O plenário será informado das propostas de admissão ou inadmissão de assuntos da sua competência. No caso de admissão, o plenário poderá remeter à respetiva sala o conhecimento do assunto em causa, nos termos previsto nesta lei. Poderá ser também da competência das secções o conhecimento e a decisão das questões de amparo que a sala correspondente lhes remeter nos termos previstos nesta Lei (art. 8º.).

O Tribunal em sessão plenária elegerá, entre seus membros, por votação secreta, seu presidente, propondo ao Rei sua nomeação. Na primeira votação, será necessária maioria absoluta. No caso de esta não se alcançar, será efetuada uma segunda votação, na qual será considerado

eleito o candidato que obtiver um maior número de votos. Em caso de empate, terá lugar uma última votação e, se o empate se repetir, será proposto o candidato mais antigo no cargo e, em caso de igualdade, vigora o mais idoso. O nome do candidato eleito será remetido ao Rei para sua nomeação, por um período de três anos, expirado o qual poderá ser reeleito apenas mais uma vez. O Tribunal, reunido em sessão plenária, elegerá entre seus membros, através do procedimento referido no número 2 do art. 9º. e pelo mesmo período de três anos, um vice-presidente, a quem incumbe substituir o presidente, em caso de vaga, ausência ou outro motivo legal, e presidir à segunda sala (art. 9º.).

O Tribunal em sessão plenária conhece dos seguintes assuntos: Da constitucionalidade ou inconstitucionalidade dos tratados internacionais; dos recursos de inconstitucionalidade contra as leis e demais disposições com valor de lei, exceto os de mera aplicação de doutrina, cujo conhecimento poderá ser atribuído às salas no trâmite de admissão. Ao atribuir à sala o conhecimento do recurso, o plenário deverá assinalar a doutrina constitucional aplicável; das questões de constitucionalidade que reservar para si; as restantes deverão ser remetidas às salas de acordo com um turno objetivo; dos conflitos constitucionais de competência entre o Estado e as

Tribunal Constitucional espanhol

Comunidades Autónomas ou os destas entre si; Dos recursos prévios de inconstitucionalidade contra projetos de estatutos de autonomia e contra propostas de reforma dos estatutos de autonomia; Das impugnações previstas no nº 2 do artigo 161. da Constituição; Dos conflitos na defesa da autonomia local; dos conflitos entre os órgãos constitucionais do Estado; das anulações na defesa da jurisdição do Tribunal previstas no artigo 4.º, nº 3; da verificação do cumprimento dos requisitos exigidos para a nomeação de magistrado do Tribunal Constitucional; da nomeação dos magistrados que irão integrar cada uma das salas; da recusa dos magistrados do Tribunal Constitucional; da cessação de funções dos magistrados do Tribunal Constitucional nos casos previstos no artigo 23; Da aprovação e alteração dos regulamentos do Tribunal; de qualquer outro assunto que seja da competência do Tribunal, mas que exija o Plenário, por proposta do presidente ou de três magistrados, assim como dos restantes assuntos que lhe possam ser atribuídos expressamente por uma lei orgânica. Por outro lado, nos casos previstos nas alíneas d), e) e f) do número anterior, no trâmite de admissão, a decisão de fundo poderá ser atribuída à sala a que corresponder pelo turno objetivo, o que será comunicado às partes. O Tribunal em sessão plenária, no exercício de sua

autonomia, como órgão constitucional, elabora seu orçamento, integrado como seção independente nos Orçamentos Gerais do Estado (art. 10).

As salas do Tribunal Constitucional conhecerão os assuntos que, atribuídos à justiça constitucional, não forem de competência da sessão plenária. As salas conhecerão também questões que, tendo sido atribuídas ao conhecimento das seções, entenderem que, pela sua importância, devam ser resolvidas pela própria sala (art. 11). A distribuição de assuntos entre as salas do Tribunal será efetuada de acordo com um turno estabelecido pelo Plenário, por proposta do seu presidente (art. 12). Quando uma sala considerar necessário afastar-se, em qualquer ponto, da doutrina constitucional precedente estabelecida pelo Tribunal, a questão será submetida à decisão do Plenário (art. 13).

O Tribunal em sessão plenária pode adotar acordos quando estiverem presentes, pelo menos, dois terços dos membros que a componham em cada momento. Os acordos das salas exigirão, igualmente, a presença de dois terços dos membros que as componham em cada momento. Nas seções será exigida a presença de dois membros, salvo se houver discrepância, caso em que será então requerida a presença dos seus três membros (art. 14).

Tribunal Constitucional espanhol

O presidente do Tribunal Constitucional exerce a representação do Tribunal, convoca e preside em sessão plenária e convoca as salas; adota as medidas necessárias para o funcionamento do Tribunal, das salas e das seções; comunica às Câmaras, ao Governo ou ao Conselho Geral do Poder Judicial, em cada caso, as vagas; nomeia os advogados, convoca os concursos para preencher as vagas de funcionários e os postos de pessoal contratado, e exerce os poderes administrativos sobre o pessoal do Tribunal (art. 15).

CONCLUSÃO

Em 16 de outubro foi promulgada a *Ley orgánica* 15/2015, que, alterando a *Ley Orgánica* 2/1979, do Tribunal Constitucional, acrescentou-lhe ferramentas especiais para a execução de suas sentenças, passando o TC espanhol contar com instrumentos dos quais outras cortes já dispõem.

No Estado social e democrático embasado na Constituição Espanhola de 1978 não cabe contrapor legitimidade democrática e legalidade constitucional em detrimento: a legitimidade de uma atuação ou de uma política do poder público consiste basicamente em sua conformidade com a Constituição e com o ordenamento jurídico. Sem conformidade com a Constituição não pode pregar-se

legitimidade alguma. Em uma concepção democrática do poder não há maior legitimidade que a fundamentada na própria Constituição.

Aos titulares de cargos públicos recai um “qualificado dever de acatar a norma constitucional, o que não significa necessária adesão ideológica ao seu conteúdo integral, mas sim compromisso de realizar suas funções de acordo com ela e em respeito a todo ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Daiane. **O sistema político na Espanha**. 2017. Disponível em <<https://www.brasileiraspelomundo.com/o-sistema-politico-na-espanha-050972860>>. Acesso em 19 ago 2019.
- BLACK JR., Charles L. **The people and the court: judicial review in a democracy**. New York: The Macmillan Company, 1960.
- CARRILLO, Marc. Prólogo. In: FAVOREU, Louis. **Los tribunales constitucionales**. Trad. Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.
- ESPAÑA. **Lei Orgánica 2/1979**, de 3 de outubro, do Tribunal Constitucional.

ESPAÑA. **Constituição espanhola**. Junta de Castilla y León. 1978.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1983.

GOMES, Rodrigo Carneiro. **O tribunal constitucional: elementos e estrutura da separação dos poderes**. 2019.

HORBACH, Beatriz Bastide. **Tribunal Constitucional protagoniza papel por uma Espanha unida**. 2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2015-dez-05/observatorio-constitucional-tribunal-constitucional-protagoniza-papel-espanha-unida>>. Acesso em 19 ago 2019.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **Estudos de direito público**. Coimbra: Coimbra, 2001.

SCHWARTZ, Bernard. **Direito constitucional americano**. Trad. Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

TAVARES, André Ramos. **Justiça constitucional e suas fundamentais funções**. 2019.

PEREZ ROYO, Javier. **Las fuentes del derecho**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998. (Temas Clave de la Constitución Española).

PÉREZ TREMPES, Pablo. **Tribunal constitucional y poder judicial**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Colección Estudios Constitucionales).

PINTO ACEVEDO, Mynor. **La competencia y la corte de constitucionalidad**: documentação e direito comparado. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 71-72, 1997.

PRINCÍPIOS JURÍDICO-FUNDAMENTAIS NO ESTADO DE DIREITO: SUA FUNÇÃO E RELEVÂNCIA JURÍDICA¹

António Francisco de Sousa²

Universidade do Porto

SUMÁRIO: 1. Princípios como valores culturais fundamentais da sociedade. 2. Princípios como valores jurídico-fundamentais: direito com valores. 3. Princípios como normas jurídicas. 4. Texto e norma. 5. Princípios como *maximae*, como repositório de valores necessitados de densificação. 6. Os direitos fundamentais como princípios jurídico-fundamentais. 7. Princípios jurídicos como exigência de otimização. 8. Ponderação da força normativa dos direitos fundamentais. 9. Juridificação progressiva pela densificação da lei e do controlo jurisdicional dos princípios jurídicos. 10. Controlo jurisdicional da ponderação: vinculação da teoria dos princípios à teoria da argumentação. 11. Hierarquia dos princípios jurídicos. 12. Função conformadora dos princípios jurídicos. 13. Princípios gerais de direito como património cultural comum da humanidade. 14. Princípios gerais de direito administrativo na realização do Estado de direito. 15. Estado de direito como Estado de justiça material. 16. Princípios jurídico-

¹ Comunicação apresentada na faculdade de direito da Universidade de Santiago de Compostela, no âmbito do Curso Internacional “A força da advocacia pública”, realizado em 24 a 29 de abril de 2019.

² Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Portugal.

fundamentais e aperfeiçoamento do direito. 17. Função de interconexão dos princípios jurídico-fundamentais. 18. Princípios jurídico-fundamentais no direito da União Europeia. 19. Princípios da integridade na função e da fidelidade à Constituição e ao direito. 20. Conclusão.

1. Princípios como valores culturais fundamentais da sociedade

Toda a sociedade tem a sua cultura e os seus valores culturais fundamentais, entre os quais estão a paz, a harmonia, a boa ordem, a segurança e tranquilidade, a justiça social. Estes valores são produto cultural³, na medida em que são práticas em larga medida herdadas do passado que se consideram essenciais para o ser humano e para a comunidade e que, por isso, devem ser também transmitidos às gerações vindouras. **Os valores sociais são cultura praticada**, cultura que se realiza no campo de tensão entre estabilidade e mudança, entre conquista e aperfeiçoamento, entre ser e dever ser. Por um lado, defende-se a cultura, por

³ H. HELLER é a figura pioneira do entendimento da ciência política como ciência cultural (*Staatslehre*, 1934, pág. 32 e segs.). Com SMEND e HELLER começou a desenvolver-se um entendimento *científico-cultural* de Constituição, que depois foi aprofundado por D. SCHINDLER, R. BÄUMLIN, U. SCHEUNER, H. EHMKE, K. HESSE e P. HÄBERLE.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

outro lado, questiona-se a cultura⁴, busca-se o aperfeiçoamento, a otimização, o ser humano tão próximo da perfeição quanto possível. Toda a sociedade constitui-se, consolida-se, fortalece-se nos seus valores essenciais, que considera indispensáveis à sua sobrevivência, ao seu aperfeiçoamento e progresso, ao respeito pela herança cultural e, assim, pelos antepassados (teimosamente ‘vivos’), à garantia de uma sociedade futura mais perfeita, mais coesa, mais humana e humanizada.

⁴ O caso, que veio a público em 2019, de endogamia (ligações familiares) no Governo de Portugal é disto um bom exemplo: durante muito tempo, a sociedade portuguesa tolerou acriticamente a endogamia em sucessivos governos. De súbito, acordou do letargo e repudiou fortemente esses laços familiares, com consequências práticas na demissão de alguns membros do governo e até com uma “iniciativa legislativa” do Presidente da República, que na primeira fase considerou ser normal essas relações familiares no Governo. Lembre-se que o primeiro Governo de António Costa teve, para além das muitas relações familiares biológicas, também muitas relações familiares partidárias: dos 62 membros do Governo, 36 são militantes do PS (endogamia partidária). Sobre as relações familiares no Governo, declarou Marcelo: “já naquela ocasião, havia dois ministros que, pelo mérito próprio, sendo embora cônjuges, tinham assento no Conselho de Ministros [Eduardo Cabrita e Ana Paula Vitorino], e já havia um ministro e uma secretária de Estado que, pelo mérito próprio, eram pai e filha com assento em Conselho de Ministros [José António Vieira da Silva e Mariana Vieira da Silva, que agora passou a ministra]” (*in*: *JN* de 21.2.2019). Mas é claro que o que está em causa não é um eventual “mérito próprio”.

A forma que as sociedades encontraram para garantir a sobrevivência e o respeito pelos seus valores culturais essenciais foi a sua **juridificação pela positivação normativa ou transformação em princípios jurídico-fundamentais, muitas vezes transformados em cláusulas pétreas. Transformados em direito, os valores essenciais da comunidade impõem-se autoritariamente, ganham garantia de eficácia. O direito absorve, pois, os valores essenciais da sociedade, dá-lhes vinculatividade, molda-se a eles, orienta-se por eles, altera-se à medida que eles evoluem** como resultado do seu debate aberto e franco de todos com todos. Aceita-se ou reprime-se o aborto, admite-se a prisão perpétua, mas repudia-se a pena de morte, preserva-se o ambiente e o património cultural, tolera-se ou não políticos corruptos e incompetentes, tolera-se o consumo de certas drogas, mas não de outras, repudia-se a pedofilia e a violência doméstica, etc. Como cantou Camões,

“Mudam-se os tempos, mudam-se as
vontades,

Muda-se o ser, muda-se a confiança:

Todo o mundo é composto de mudança,
Tomando sempre novas qualidades.”⁵

2. Princípios como valores jurídico-fundamentais: direito com valores

Para os positivistas, com os seus expoentes máximos Hans KELSEN⁶ e Adolf MERKL⁷, o direito correspondia apenas ao direito escrito, às normas positivas, as quais não deveriam ser “desnaturadas” com elementos estranhos ao direito. Esta foi a ideia fundamental da *Teoria Pura do Direito (Reine Rechtslehre)*⁸, na qual o autor defendeu um direito que deve surgir e manter-se imune a influências externas provindas de outras áreas científicas e de valores sociais, éticos, morais, estéticos. A justiça é simplesmente o que determina a lei

⁵ Luís Vaz de CAMÕES, in: “Sonetos”.

⁶ Após o declínio do positivismo jurídico, subsiste com interesse primordial na teoria de KELSEN a sua “estruturação da ordem jurídica em diferentes níveis”, com o, universalmente aceite, “primado da Constituição”. Cf. H. KELSEN, “Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit”, *VVDStRL* 5 (1929), pág. 30 e segs.

⁷ In: Adolf MERKL, “Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues”, in: *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift für Hans Kelsen zum 50 Festschrift für Hans Kelsen*, Viena 1931, p. 252 a 294.

⁸ KELSEN, Hans: *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*. Deuticke, Leipzig/Viena d'Áustria, 1934.

positiva, sem mais questionações; se a lei está mal, mude-se a lei; mas enquanto vigorar é ela que estabelece vinculativamente o que é justo (ainda que seja materialmente injusto).

Contra o positivismo jurídico insurgiu-se exemplarmente RUDOLF VON SMEND⁹, contemporâneo de KELSEN, que desferiu um sábio, veemente e clarividente ataque ao positivismo jurídico e, em contraponto, se empenhou denodadamente na defesa de um “direito com valores”, acolhidos sob a forma de princípios¹⁰, pelo seu *conteúdo valorativo* (CANARIS), pela sua *referência à ideia de direito* (LARENZ), pelo seu *caráter de lei suprema* (WOLFF), enquanto

⁹ Rudolf VON SMEND, Hans KELSEN, Carl SCHMITT e Hermann HELLER são conhecidos como os “gigantes de *Weimar*”, pelos seus determinantes contributos para a teoria da Constituição.

¹⁰ Foi historicamente pioneiro e determinante o contributo de H. HELLER sobre os princípios jurídicos (in: *Staatslehre*, 1934, pág. 191 e seg., 222 e segs., 255 e segs.). Assim, a escola pós-positiva inicia-se ainda no tempo de H. KELSEN e surge logo como reação à *Teoria Pura do Direito*, por intermédio de R. von SMEND. O positivismo, no entanto, sobreviveu até aos nossos dias, embora tenha sido sempre acompanhado de forte crítica, especialmente movida por importantes autores como DWORKIN, ALEXY, PERELMAN e HABERMAS. Nos nossos dias, o positivismo deve ser considerado teoria do passado, após os reconhecimentos das últimas décadas, não só da doutrina, como também da mais alta jurisprudência constitucional e administrativa, em geral por toda a Europa.

fundamento das normas positivas (ESSER¹¹), ou pelo seu *caráter de normas de argumentação* (GROSS). A afirmação de que o direito nada tem a ver com a moral¹² e com a ética¹³ tem, pois, de ser recusada. Tornou-se insustentável o entendimento de que o direito nada tem a ver com comportamentos imorais e não éticos. Afirmações como: “é

¹¹ J. ESSER, *Grundsatz und Norm*, de 1956.

¹² A **moral** não se confunde com o direito. Enquanto **o direito regula a conduta externa do indivíduo** (por exemplo o código de estrada), já **a moral diz respeito à consciência das pessoas (“supremo tribunal da consciência humana”, numa linguagem kantiana)**. Frequentemente **o direito sobrepõe-se à moral, quando regula questões da moral**. As regras da moral (que dizem o que é “bem”) podem ser assumidas na lei, passando a ser direito. A moral diz-nos o que é bem e o que é mal. O **direito determina vinculativamente** o que é permitido e o que é proibido e punido. Por exemplo, para muitas pessoas **o aborto não é imoral ou é sempre imoral**; mas para o direito **é permitido e não punível se for feito até às doze semanas**.

¹³ **Ética** como **reflexão filosófica dos princípios de conduta vigentes na sociedade**. É seu propósito proporcionar **fundamentos e critérios de valor para as ideias morais existentes**. Daqui resultam apreciações como **bom e correto**. A **moral social dominante** na sociedade tem de se medir pelos quadros valorativos da ética. Diferentemente, por **bons costumes e moral social**, entendemos as **convicções partilhadas pela atual maioria da população** de conduta como **boa** (correta) ou **má** (errada). A moral também pode ser vista como valor vinculativo de convicção religiosa que é dado por uma instituição igualmente moral. Diferentemente, a ética não é constituída por normas limitadas no tempo e no espaço da condução correta da vida. A ética procura encontrar **critérios de validade geral** sobre a atuação boa e correta e sobre os fundamentos da vinculatividade de princípios de atuação.

legal, mas não é ético”, ou: “é legal, mas é imoral”¹⁴ exprimem sobretudo um falso entendimento, melhor, um desconhecimento do que é o direito e qual a função dos princípios jurídico-fundamentais no direito. Hoje reconhece-se que o direito acolhe valores morais e éticos, valores que estão

¹⁴ Este tipo de afirmações ainda são ensinadas nas Faculdades de direito e são usadas por juristas de grande responsabilidade, nomeadamente em comentários televisivos de grande audiência. É interessante o facto de em certos sistemas jurídicos de fora da Europa se reconhecer formalmente como princípio jurídico o **princípio da moralidade administrativa**. Assim, no Brasil, escreve MORAES: “Pelo **princípio da moralidade** administrativa, não bastará ao administrador o cumprimento da estrita legalidade, ele deverá respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato administrativo praticado” (MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2005, pág. 296). E, na mesma linha, MARINELLA sustenta: “O texto constitucional ao apontar os princípios que devem ser observados pelo administrador público no exercício de sua função, inseriu entre eles o **princípio da moralidade**. Isso significa que em sua atuação o administrador público deve atender aos ditames da **conduta ética, honesta**, exigindo a **observância de padrões éticos**, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública” (MARINELLA, Fernanda. *Direito Administrativo*, 1.ª ed. Salvador, Juspodivm, 2005, pág. 37). E F. SOBRINHO questiona: “Por que somente a proteção da legalidade e não da moralidade também? A resposta negativa só pode interessar aos administradores ímprobos. Não à Administração, nem à ordem jurídica. O contrário seria negar aquele **mínimo ético** mesmo para os atos juridicamente lícitos. Ou negar a exação no cumprimento do dever funcional.” (F. SOBRINHO, Manoel de Oliveira, *O princípio constitucional da moralidade administrativa*, 2 ed. Curitiba, Gênese, 1993. pág. 157).

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

muito presentes nos direitos fundamentais e, em geral, assumem a forma de princípios jurídico-fundamentais. Todo o direito é banhado por valores sociais considerados indispensáveis ao ser humano individualmente considerado e em coletividade¹⁵. E, para além disso, o direito pode e deve conter leis sobre probidade, integridade, moral pública¹⁶. Acabou a separação proposta pelo positivismo entre direito e moral¹⁷. Sobretudo a partir da Lei Fundamental de Bona, a positivação nas Constituições de uma lista de direitos

¹⁵ A própria noção de **ordem pública** (que compreende nomeadamente valores de moralidade pública) representa em si o acolhimento de valores sociais, muitas vezes agregados sob a fórmula de “bons costumes”.

¹⁶ A **moral pública** é objeto de uma lei própria no Brasil. O **princípio da moralidade** é constitucionalmente imposto à Administração pública brasileira (art.º 37.º da Constituição Federal). Neste país, vigora ainda a **Lei da (Im)probidade Administrativa** (Lei n.º 8.429, de junho de 1992). Também em Angola a **Lei da Probidade** é essencialmente uma lei de moralidade pública. Na Europa e em Portugal, a moral pública continua a ser um importante bem de proteção, embora seja defendida cada vez mais sob a cláusula da ordem pública.

¹⁷ Posição claramente assumida por ALEXY, 1997, pág. 15. O positivismo jurídico sobreviveu, no entanto, com grande expressão, maioritária em muitos casos, até um passado recente. Em Portugal, ainda sobrevive e no Brasil será ainda, talvez, o entendimento maioritário. Para o positivismo jurídico, o que é determinante é o que diz a norma jurídica positiva; **os princípios jurídicos são relegados para um papel secundário de meras “recomendações” (e não “imposições”) éticas ou morais.**

fundamentais significa uma clara **abertura do direito aos valores essenciais da sociedade e a recusa de um direito “puro” completamente imune aos valores, os quais devem, contudo, ser operados por procedimentos argumentativos racionais**, pela “pressão, sem violência, do melhor argumento”¹⁸, de forma a se excluir o subjetivismo e o arbítrio¹⁹. A orientação traçada por SMEND teve desde o início importantes adeptos, como G. RADBRUCH, e continua a marcar o caminho certo e seguro para o entendimento e o desenvolvimento do direito nos dias de hoje, rumo a um mais efetivo Estado de direito.

A retoma da ideia de um **direito com valores**²⁰ empenhou-se na defesa e promoção da dignidade humana e dos direitos fundamentais. Nos anos cinquenta e sessenta do século XX, sucessivas exigências de introdução de valores sociais, éticos e morais no direito deram origem ao

¹⁸ HABERMAS, in: HABERMAS/LUHMANN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, 1971, pág. 101.

¹⁹ Este é o caminho do futuro. A informatização das leis e do direito permitirá seguramente uma mais justa aplicação do direito, um nível bem mais profundo de efetivação do Estado de direito, tudo por força da **redução do subjetivismo e do arbítrio**.

²⁰ Esta ideia ganhou expressão na Alemanha com a Lei Fundamental de Bona (*Grundgesetz*), de 1949, como forma de repulsa pelos excessos do nazismo e de edificação de um Estado e de uma sociedade centrados na pessoa humana.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

aparecimento e aprofundamento de diversos princípios jurídico-fundamentais que foram reconduzidos à própria ideia de Estado de direito²¹ democrático e social²². Chegou-se a tentar cortar o cordão umbilical com o direito natural²³, mas logo se arrepiou caminho por não se poder intercalar a relação forte e íntima entre o direito atual e as suas bases culturais históricas, o que seria um erro grave. Princípios como a igualdade, a imparcialidade, a proporcionalidade, a integridade, a probidade, a objetividade e determinação da lei, a transparência, entre muitos outros que continuam a surgir, desenvolvem-se na dogmática e na jurisprudência também como exigência imposta pelas necessidades reais de introduzir valores na vida pública e na governação²⁴ da Administração

²¹ Os paladinos científicos da ideia de **Estado de direito** foram, ainda no séc. XIX, F. J. STAHL e R. v. MOHL. O *princípio do Estado de direito* toma o Estado de direito como modelo. Do ponto de vista filosófico, o princípio do Estado de direito remonta, pelo menos, a I. KANT. Mas o seu desenvolvimento jurídico foi protagonizado por F. J. STAHL e por R. v. MOHL. Cf. K. STERN, *Staatsrecht* I, 2.^a ed. 1984, pág. 882.

²² A dimensão social do Estado de direito foi divulgada, numa primeira fase, por H. HELLER.

²³ Cf. especialmente HÄBERLE, Peter, "Constituição sem direito natural", in: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/2657>.

²⁴ Vejam-se as muito propaladas relações familiares no seio do primeiro governo de António Costa, já apelidada de "ceia de Natal em família" (aliás, revivida com o episódio do "pasteleiro de Gaia",

pública, cada vez mais confrontada com graves atos de corrupção praticados individualmente, mas sobretudo em organização²⁵.

Foi neste contexto que nos anos oitenta do séc. XX a filosofia do direito decidiu refletir a importância e o papel dos princípios quando confrontados com as normas jurídico-positivas. Não há aqui pioneirismo, mas apenas um esforço para compreender e justificar o novo fenómeno de proliferação de princípios aos quais os ainda maioritários positivistas reconduziam à secundária e inoperante posição de meras “recomendações morais ou éticas”.

Esta nova linha filosófico-jurídica foi encabeçada por DWORKIN, no Reino Unido, e por Robert ALEXY, na Alemanha. No sistema anglo-saxónico, DWORKIN criticou, em 1977, o positivismo jurídico, empenhadamente sustentado pelo seu

assessor de um Sec. de Estado). O problema não se fica pelo Governo central, mas alarga-se aos governos regionais e às câmaras municipais. Até nas universidades públicas mais tradicionais se assiste a uma velha tradição de arranjar um “lugar para os filhotes”, sem dúvida de “competência insuspeita”.

²⁵ É aqui paradigmático o caso das Universidades Públicas portuguesas que nos últimos anos evoluíram, sob a capa de democraticidade interna, para sistemas organizacionais que proporcionam que um pequeno grupo (concentrado no Conselho de Representantes) tome o poder e, uma vez nele, administre a instituição em função dos seus interesses (problema de imparcialidade institucional).

antecessor de Oxford, Herbert HART. Para DWORKIN, o positivismo não consegue resolver casos complexos, quando falta uma norma jurídica aplicável. Mas, tendo de decidir, o juiz vê-se na necessidade de, na sua “discricionariedade judicial”, criar a regra jurídica aplicável, criar um **direito judiciário**²⁶. Por isso, é necessário **desenvolver princípios jurídicos**, sempre aplicáveis, quando se verifique falta de norma positiva aplicável. Tal como acontece com as normas positivas (“regras”) da lei, também os princípios jurídicos podem ter valor hierárquico diferente entre si, isto é, peso e relevância diferente no caso concreto²⁷. Entre normas positivas e princípios há uma diferença qualitativa e não meramente de grau. Os princípios, que orientam o intérprete da lei positiva, convivem entre si, sendo que no caso concreto há um que prevalece sobre os demais, pelo seu peso ou relevância no caso concreto.

Também para ALEXY, a distinção entre normas jurídicas positivas e princípios jurídicos é qualitativa e não de grau. O principal contributo de ALEXY, indo para além de DWORKIN, consistiu na ideia de que os princípios jurídicos são comandos ou **imperativos de otimização** (*Optimierungsgebot*). Isto é,

²⁶ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, pág. 17 e pág. 31.

²⁷ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, pág. 43.

os princípios jurídicos são normas jurídicas²⁸ que impõem um dever de otimização²⁹, de realização na maior medida possível, tendo em consideração as circunstâncias materiais e jurídicas (de facto e de direito) do caso concreto³⁰. Se as circunstâncias, de facto e de direito, do caso concreto forem favoráveis, **o princípio pode ser otimizado, no sentido de materializado na sua plenitude**. Assim, o princípio da igualdade entre ricos e pobres apenas pode ser otimizado no caso concreto. Da mesma forma, no caso concreto, a igualdade entre candidatos a um concurso público tem de ser plenamente garantida. ALEXY, contudo, como DWORKIN, parece aceitar que **os princípios têm o papel de indicar o caminho, a direção certa** (na interpretação e aplicação da norma), **mas não decidem, não tomam decisões, não criam direitos subjetivos**, ideia que, a confirmar-se³¹,

²⁸ O carácter normativo dos princípios não é hoje questionado, depois dos contributos determinantes de BACHOF, FORSTHOFF e LARENZ. As **normas** têm uma **função de substituição** (substituem para a falta de vinculação à moral das pessoas) e **de orientação** (orientam a estruturação da vida na comunidade), uma **função de libertação** (libertam as pessoas da reflexão permanente sobre o “bom” e o “mau”) e uma **função de integração** (integram a conduta individual na comunidade social).

²⁹ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1984, pág. 75.

³⁰ ALEXY, 2002, pág. 99.

³¹ ALEXY afirma: “Os princípios em si mesmos nunca são razões definitivas” (2002, pág. 103). Já as normas positivas são

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

claramente não seguimos e que não é sufragada pela maioria da doutrina e da jurisprudência atuais. Contudo, o reconhecimento de princípios constitui uma base eficaz e sólida para atacar o positivismo e a sua separação entre “direito e moral”³².

Tal como as normas jurídicas positivas³³ podem colidir entre si, também os princípios jurídicos podem colidir entre si. Em caso de colisão, é necessário proceder à ponderação³⁴, para os harmonizar entre si, dos princípios (ideia próxima da

“imperativos definitivos” que obrigam a cumprir precisamente o que eles exigem.

³² ALEXY, 1997, p. 15.

³³ Segundo MICHAEL/MORLOCK, “As regras são sempre aplicadas quando se verificarem os pressupostos que nelas são definidos normativamente (“se ... então”). Se uma *regra* colidir com uma regra contrária, então atuam regras próprias que decidem este conflito, as chamadas regras de colisão” (*op. cit.*, n. m. 22).

³⁴ ALEXY: 2007, p. 64. ALEXY, baseando-se na jurisprudência do Tribunal Administrativo Federal, admite um **procedimento de ponderação em três fases**: 1.^a fase - investigação e identificação dos princípios (valores, direitos, interesses) em conflito, sendo que a correção do resultado final da ponderação depende da consideração de todos os elementos relevantes; 2.^a fase - atribuição do peso ou importância a cada elemento a ponderar no caso concreto; 3.^a fase – tomada de decisão sobre a prevalência de um princípio sobre outro (ou sobre outros). Sobre o desenvolvimento desta teoria pelo Tribunal Administrativo Federal, cf. SOUSA, António Francisco de, *A estrutura jurídica...*, 1987, p. 31 e segs. G. CANOTILHO faz uma distinção entre o “balanceamento dos bens” e a “ponderação que visa elaborar critérios de ordenação” (1999, p. 1162).

“concordância prática” proposta por Konrad HESSE³⁵, para a harmonização dos direitos fundamentais entre si), tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto. Assim, o princípio da liberdade artística pode colidir com o princípio do respeito pela dignidade da pessoa humana. Mas há uma categoria de princípios jurídico-fundamentais na ordem jurídica, encabeçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, os quais têm categoria constitucional e, por isso, primam sobre outros princípios jurídicos de grau hierárquico inferior. A prevalência de um princípio sobre outro depende da ponderação³⁶ ou avaliação das circunstâncias do caso concreto³⁷, por oposição ao conflito entre normas, que é resolvido por subsunção. Contudo, a ponderação não é exclusiva dos princípios, mas é frequentemente exigida na

³⁵ Cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995, n. m. 72. Sobre a distinção entre “concordância prática” e “proporcionalidade em sentido estrito”, cf. MICHAEL/MORLOCK, *op. cit.*, n. m. 733 e segs.

³⁶ ALEXY desenvolve uma estrutura da ponderação baseada na ideia de proporcionalidade, onde distingue a aptidão ou adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. No entanto, talvez tivesse a ganhar se se tivesse apoiado na jurisprudência do ac. B-42, do Tribunal Administrativo Federal. Sobre este acórdão, e apreciando e criticando o “comando de justa ponderação” dos interesses em conflito, cf. SOUSA, António Francisco de, *A estrutura jurídica ...*, Lisboa 1987.

³⁷ Esta ideia é secundada por SANCHÍS, 1992, p. 54 e por ÁVILA, 2004, p. 44.

interpretação e aplicação de normas jurídico-positivas, embora os métodos clássicos de resolução de litígios entre normas passem pela precedência da lei hierarquicamente superior, pela primazia da lei posterior e pela prevalência da lei especial sobre a lei geral.

Os princípios constituem normas jurídicas que, conseqüentemente, estabelecem diretamente deveres e direitos para os particulares, e poderes e obrigações para a Administração. Para ALEXY, **enquanto as normas jurídicas positivas estabelecem direitos e deveres definidos, já no caso dos princípios jurídicos os direitos e deveres não são definidos**³⁸, pelo que o seu grau de realização é variável no caso concreto. Este entendimento, contudo, entra em colisão com o dever de otimização no caso concreto. **A igualdade, a proporcionalidade, a imparcialidade, a transparência, etc. têm de ser sempre otimizadas no**

³⁸ ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, p. 76. Alerta-se para o facto de proliferarem interpretações incorretas do pensamento de ALEXY, como por exemplo o de que, para o autor, não se deveria falar em princípio da igualdade, da proporcionalidade, mas em regra da igualdade e em regra da proporcionalidade, pois os princípios são regras. Seguramente que os princípios são regras ou normas, mas não deixam de ser princípios com as suas características específicas. Segundo Humberto ÁVILA, a diferença entre regras e princípios está no grau de abstração, sendo os segundos mais abstratos do que as primeiras (*in*: "A distinção entre princípios e regras", pág. 167).

caso concreto, no sentido da sua máxima garantia de eficácia. Tal como o princípio pode vigorar sem estar expressamente previsto, mesmo na Constituição, também o facto de um princípio passar a ser positivado na lei não lhe retira a qualidade de princípio. Quando os princípios são positivados³⁹, não perdem com isso a sua qualidade e função de princípios. A distinção entre norma jurídico-positiva e princípio não está, pois, na estrutura, mas no conteúdo, na regulação em si mesma (“igualdade, imparcialidade, etc.).

3. Princípios como normas jurídicas

Tal como a norma jurídica positiva, também os princípios jurídico-fundamentais são regra jurídica⁴⁰. Mas, diferentemente da norma jurídica, os princípios jurídico-

³⁹ Neste sentido, conclui Jesus GONZALES PEREZ “el hecho de su consagración en una norma legal no supone que con anterioridad no existiera, ni que por tal consagración legislativa haya perdido tal carácter” (in: *El principio de buena fé em el derecho administrativo*. Madrid, 1983. p. 15).

⁴⁰ Fazemos a distinção entre *principios* e *normas* (positivas), aceitando que tanto os princípios jurídicos como as normas positivas são *normas jurídicas*. Alerta-se para o facto de alguns autores fazerem a distinção entre dois tipos de normas jurídicas: as regras jurídicas e os princípios jurídicos. Seguimos, assim, a díade proposta por Josef ESSER, na sua obra *Grundsatz und Norm*, 1956.

fundamentais⁴¹ determinam as normas, orientam a sua interpretação e aplicação, integram as suas lacunas, e podem mesmo afastá-las da ordem jurídica, se forem contrárias ao direito e aos seus princípios jurídico-fundamentais. **As normas jurídico-positivas regulam as situações, ações e omissões de acordo com as necessidades e conveniências, enquanto os princípios são normas superiores⁴² que incorporam os valores fundamentais do sistema jurídico e que orientam a criação, alteração, interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas, sendo eles mesmos também regras jurídicas que podem determinar a validade jurídica na norma positiva.** A sede própria dos princípios jurídico-fundamentais

⁴¹ Na ordem jurídica portuguesa e comparada em geral, a expressão “princípios jurídicos” é geralmente entendida como “norma fundamental”, comando jurídico nuclear, regra jurídica fundamental do sistema jurídico. Princípios jurídicos são as normas jurídicas fundamentais, geralmente não escritas, do sistema jurídico. Neste sentido, cf., para o Brasil, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, *Curso de direito administrativo*, pág. 408.

⁴² O facto de princípios e normas positivas serem normas, levou GÜNTER a concluir que **não há princípios, mas apenas normas**. Para ALEXY, todo o princípio é norma, mas nem toda a norma é princípio. Há normas que só são normas e normas que são simultaneamente princípios. Mas com isto perde-se a especificidade das normas constituídas pelos princípios, especificidade que merece ser considerada. Já para HABERMAS, sendo os princípios valores, eles não podem ser reduzidos a normas.

é acima da Constituição e antes da Constituição, alguns, ou na própria Constituição. Em qualquer dos casos, os princípios jurídico-fundamentais têm categoria constitucional, pelo que conformam a Constituição e o direito constitucional e condicionam determinadamente toda a ordem jurídica. Os princípios jurídico-fundamentais podem ser **gerais**⁴³ ou **setoriais** (especiais), consoante tenham aplicação geral ou específica de determinado setor (especial). Certo é que, para além dos princípios jurídico-fundamentais, de categoria hierárquica constitucional, há outros princípios jurídicos de categoria infraconstitucional, os quais, no entanto, porque subordinados aos princípios fundamentais, são secundários ou mantêm o mesmo conteúdo dos princípios constitucionais, caso em que não se diferenciam deles. Por exemplo, no caso português, os princípios da igualdade, da proporcionalidade, da boa fé, da transparência, etc. estão previstos na Constituição e, por isso, são princípios jurídico-fundamentais, mas também estão previstos na lei ordinária do Código do Procedimento Administrativo, devendo ser interpretados e

⁴³ Norberto BOBBIO, considera que os princípios são normas generalíssimas (2003, pág. 81).

aplicados como princípios fundamentais, sem que para eles resulte um conteúdo próprio do CPA⁴⁴.

4. Texto e norma

Em direito, o texto (da lei positiva) ou enunciado não se confunde com a norma, a regra jurídica, sendo esta o produto da interpretação e integração do texto da lei (escrita) e sua confrontação com as normas e os princípios jurídico-fundamentais. Por exemplo, o princípio da igualdade proíbe toda a desigualdade de tratamento, mas admite (e impõe) a discriminação positiva no caso de deficientes. O texto da lei pode variar, podem ser abertas exceções para se atingir a norma no caso concreto: igualdade material. Outro exemplo: o presidente da câmara “pode” ordenar o despejo sumário do prédio em caso de perigo de ruína iminente. Numa **interpretação literal** do texto, o presidente da câmara teria um poder discricionário de ordenar, ou não, o despejo sumário do prédio; mas a norma jurídica que resulta de uma interpretação correta da regulação contida no texto é a de que

⁴⁴ No Brasil, a Lei da **(Im)probidade Administrativa** (Lei 8.429, de junho de 1992) enumera e define diversos atos de **(im)probidade administrativa**, merecendo particular destaque o art.º 11.º, que qualifica como **ato de improbidade** administrativa “qualquer ação ou omissão que **viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições**”.

o presidente da câmara não tem um poder discricionário, antes o seu poder é vinculado (redução da discricionariedade a zero), razão por que ele “terá de” ordenar o despejo sumário do prédio se os peritos concluíram que o prédio ameaça ruína iminente, com perigo para as pessoas que nele habitam. Alguns autores⁴⁵ sustentam que a norma não é apenas o produto da interpretação do texto, mas vai muito para além disso. Considerando este conceito de norma (contida no princípio), diferente do texto ou enunciado, cabe perguntar se os princípios jurídico-fundamentais ainda se distinguem das normas jurídico-fundamentais. Não estaremos perante dois tipos de normas? Certo é que não estamos perante dois tipos de texto; mais seguro é que estamos perante dois tipos de normas, ainda que com características distintas. Em ambos os casos, exige-se a interpretação, mas **os princípios necessitam de densificação, de concretização**. Tal como as normas, também os princípios exigem o prévio

⁴⁵ É o caso, por exemplo, de Friedrich MÜLLER (*in: Juristische Methodik*, pág. 272 e segs.), para quem **a interpretação do texto é o início de um processo bem mais complexo**. O autor faz a distinção entre programa da norma e âmbito da norma, como forma de superar a concepção positivista (*op. cit.* p. 268). Do mesmo autor, cf. também *Strukturierende Rechtslehre*, onde admite a ponderação como “método irracional” (pág. 209), ideia que não seguimos manifestamente.

estabelecimento da concordância prática⁴⁶ com outros princípios⁴⁷. A determinação da norma, tal como a determinação do alcance conteudal do princípio, pode exigir ponderação de prós e contras, de aspetos positivos e negativos⁴⁸. É juridicamente infundado o entendimento de que **só os princípios exigem ponderação ou de que as normas positivas não exigem ponderação⁴⁹.** Quanto às normas positivas, a sua interpretação e aplicação pode, ou não, exigir ponderação, tudo dependendo da norma e das circunstâncias concretas da sua interpretação e aplicação ao

⁴⁶ A **teoria da concordância prática** entre os direitos fundamentais foi desenvolvida por Konrad HESSE (*Grundzüge ...*, 1995, n. m. 72). Trata-se de uma teoria que propõe a harmonização dos direitos fundamentais de forma a evitar que uns sejam, no seu núcleo essencial, sacrificados em detrimento dos outros. Sobre a concordância prática, cf. também CANOTILHO, 1999, p. 1152. Pela concordância prática de direitos fundamentais é estabelecida uma prevalência de um ou mais sobre os outros, mas no respeito pelo núcleo essencial dos outros.

⁴⁷ Este entendimento é pacífico na doutrina jurídico-pública em geral, destacando-se a teoria da concordância prática de K. HESSE (*Grundzüge ...*, 1995, n. m. 72), que tem inúmeros seguidores na Alemanha e em todo o mundo. Apesar disso, há também quem recuse a possibilidade de colisão entre princípios jurídicos.

⁴⁸ Parte da doutrina inclina-se para excluir a ponderação das normas, reservando-a apenas para os princípios.

⁴⁹ Este entendimento é sustentado, por exemplo, por SILVA, Virgílio Afonso: "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, I (2003) pág. 617.

caso concreto. Por exemplo, a norma que diga: “em caso de perigo iminente para a segurança dos moradores, o presidente da câmara ordenará o despejo sumário do edifício”. Esta norma, no seu texto, não é princípio, mas a sua interpretação e aplicação exigirá sempre uma ponderação do intérprete e aplicador da lei.

Como ensina K. HESSE, **na concordância prática entre direitos fundamentais, que podem ser tomados como princípios** (veja-se o caso da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)⁵⁰, **a colisão verifica-se na fase anterior à aplicação dos direitos fundamentais** (princípios), quando se suscita a questão de saber qual dos direitos fundamentais (princípios) prevalece no caso concreto e será aplicado e que relação os direitos fundamentais (princípios) pertinentes no caso concreto mantêm entre si. Mas, uma vez resolvida a colisão, ela dissipa-se, revelando-se

⁵⁰ Na doutrina, cf. Martin BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*. No entanto, o Tribunal Constitucional Federal alemão lembra que os direitos fundamentais são “em primeiro lugar direitos individuais, direitos do homem e do cidadão, que têm por objeto a proteção de domínios concretos, especialmente domínios em perigo da liberdade humana”. Aquele Tribunal adverte para a necessidade de se “separar a função dos direitos fundamentais como princípios objetivos ... da verdadeira essência e de fazer dela um sistema independente de normas objetivas, nas quais o sentido original e subsistente dos direitos fundamentais passe para segundo plano” (E 50, 290/337).

que **afinal não havia colisão real** (mas meramente aparente)⁵¹ e que o princípio aplicável é **o princípio prevalecente no caso concreto**⁵², embora na sua relação com outros, respeitando-os no seu núcleo essencial⁵³. O

⁵¹ Neste sentido aponta também o entendimento de Humberto B. ÁVILA, *in*: “A distinção entre princípios e regras”, pág. 163.

⁵² A prevalência de um princípio sobre outro no caso concreto não significa que o princípio prevalecente exclua da ordem jurídica o princípio prevalecido, mas apenas que no caso concreto a prioridade se orienta num dado sentido.

⁵³ O “núcleo essencial” de um direito fundamental tem sido definido de forma vaga, usando-se conceitos como “núcleo dos direitos fundamentais”, “substância fundamental”, “conteúdo mínimo”, “posição mínima”, para além da expressão mais frequentemente usada “núcleo essencial”. Até ao presente, não se conseguiu precisar com maior exatidão o que no direito fundamental deve permanecer intocado. As atenções têm-se centrado naquilo que inevitavelmente tem de ser protegido por um direito fundamental, em situações concretas em que as ingerências no direito fundamental são tão intensas que há o risco do seu próprio desaparecimento. O TCF alemão tem questionado (*E 2, 266/285*) se o art.º 19.º, n.º 2, da LF proíbe a “**supressão completa**” do núcleo de um direito fundamental ou se ele apenas proíbe que “**seja atingido o núcleo essencial**” do direito fundamental. O entendimento do TCF resulta claro do seguinte exemplo: O **tiro policial que visa causar a morte** retira, de forma irreversível, a vida ao atingido. No entanto, este tiro, quando disparado nos limites da Constituição como garantia geral, não atinge, por esse facto, o direito à vida (art.º 2.º, n.º 2, frase 1, da LF). Outro exemplo: o art.º 2.º, n.º 1, da LF, garante o “**livre desenvolvimento da personalidade**”. Este direito está sujeito a três limites: limite imposto pelos **direitos de outrem**; limite imposto pela **ordem constitucional**; limite imposto pelos **bons costumes** (ordem pública). O âmbito de proteção do direito fundamental “livre desenvolvimento da personalidade” foi,

princípio da liberdade de expressão deve ser otimizado, mas deve ser ponderado no caso concreto face ao princípio do respeito pelo bom nome, pela reputação e pela honra, princípio que também tem de ser otimizado no caso concreto. Um não afasta o outro, nem o dever de otimização de um afasta o dever de otimização do outro. Qual deles deve prevalecer no caso concreto, com respeito pelo núcleo essencial do outro, é uma questão a ser decidida tendo em consideração (ponderando) as circunstâncias do caso concreto.

Tem-se também tentado explicar a diferença entre norma positiva e princípio alocando a este a característica da “indeterminação dos efeitos” e da “multiplicidade de meios para os atingir”⁵⁴. No entanto, esta distinção, para além de juridicamente infundada, complica mais que descomplica. Não deve, pois, ser seguida.

primeiramente, entendido pela teoria do núcleo da personalidade como um “âmbito vital limitado”, âmbito que é “determinado e reportado a uma zona nuclear da dimensão pessoal”. Cf. PETERS, *Das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in der höchstrichterlichen Rechtsprechung*, 1963, pág. 49. Sobre o „tiro que visa causar a morte” ou „tiro salvífico”, cf. SOUSA, António Francisco de, *Manual de Direito Policial*, Porto, 2016, pág. 771 e segs.

⁵⁴ Ana P. BARCELLOS, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, pág. 52 e segs.

Outra tentativa de explicar a **diferença entre normas positivas e princípios** consiste em sustentar que as normas positivas estabelecem “deveres definitivos” (melhor, deveres prevaletentes), enquanto os princípios estabelecem simples deveres⁵⁵. Mas este entendimento não se confirma, pelo que terá de ser recusado. Por exemplo, as forças policiais têm por função a prevenção de perigos para a ordem e segurança públicas. Da segurança pública faz parte a defesa da vida de seres humanos e de animais. Portanto, compete às forças policiais prevenir perigos para a vida de seres humanos e de animais. Há aqui dois tipos de deveres de grau hierárquico bem distinto. Se no caso concreto a polícia recebe um pedido para socorrer um gato que corre perigo de vida e logo depois recebe um pedido para socorrer uma pessoa que corre perigo de vida, **à partida há uma colisão de deveres, mas juridicamente essa colisão não existe verdadeiramente ou é meramente aparente, uma vez que ela está resolvida juridicamente pela obrigação de a polícia ter de socorrer a vida humana que corre perigo, enquanto**

⁵⁵ Neste sentido, SILVA, Virgílio Afonso: “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, I (2003) pág. 619. Em sentido idêntico, cf. J.-R. SIECKMANN, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, pág. 79.

bem jurídico de valor claramente superior. O princípio resolveu a (aparente) colisão de normas positivas que obrigam a polícia a salvar animais e seres humanos: tem de dar prioridade à defesa do bem jurídico mais relevante, a vida humana.

5. Princípios como *maximae*, como repositório de valores necessitados de densificação

Independentemente de os princípios serem normas ou regras, eles contêm imperativos jurídico-fundamentais necessitados de densificação. Orientemos, pois, a nossa atenção para a densificação do imperativo jurídico-fundamental (de Estado de direito e constitucional) da igualdade, da imparcialidade, da transparência, da boa fé, etc. Que conteúdo e alcance jurídico e prático tem de ter, por imposição do Estado de direito e da Constituição, cada um dos princípios jurídico-fundamentais? Esta é a questão fundamental, a mais importante e a mais difícil, sendo que a resposta tem de ser sempre “atualizada” no tempo e no espaço.

6. Os direitos fundamentais como princípios

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

Uma parte da doutrina vê os direitos fundamentais associados a uma função jurídica fundamental e ou de política social. Nesta perspetiva, os conteúdos de proteção dos direitos fundamentais são interpretados de forma ampla e dinâmica, mas sempre subordinada a uma **ponderação**. Em caso de colisão entre si, os direitos fundamentais são, enquanto princípios⁵⁶, relativizados com a finalidade de se otimizar globalmente o nível de aplicação dos direitos fundamentais⁵⁷. Nesta perspetiva, o conteúdo essencial⁵⁸ dos direitos

⁵⁶ ALEXY, *Theorie der Grundrechte* (1985), 2.^a ed., 1994; BOROWSKI, *Grundrechte als Prinzipien*, 2.^a ed., 2007.

⁵⁷ Na UE, o TJUE tem desenvolvido os direitos humanos como “princípios gerais”, os quais foram posteriormente positivados no Tratado de Maastricht (1992), no Tratado de Amesterdão (1997 - art.º 6.º, n.º 2), no Tratado de Lisboa (2007 - art.º 6.º do TFUE) e muito especialmente na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2009), que, não sendo tratado, tem a mesma posição hierárquica.

⁵⁸ A **teoria da garantia do conteúdo essencial** dos direitos fundamentais, “protegido mesmo contra o legislador”, foi desenvolvida em 1928 pelo alemão C. SCHMITT (*Verfassungslehre*, 1928, pág. 105 e seg., 177 e seg.). A **garantia de conteúdo essencial** dos direitos fundamentais pode ser considerada hoje como uma garantia universal. No plano legislativo, ela surgiu primeiramente na Lei Fundamental de Bona (art.º 19.º, n.º 2 e art.º 79.º, n.º 3), mas rapidamente passou para muitas outras Constituições, como a portuguesa (art.º 18.º, n.º 3), a espanhola (art.º 53.º, n.º 1, frase 3, da Constituição de 1978) e muitas outras em todo o mundo. A nível europeu, ela foi acolhida na Carta de Direitos Fundamentais da UE. A jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e do TJUE aplica a **teoria do conteúdo**

fundamentais não é entendido em termos absolutos, mas relativos, uma vez que os direitos fundamentais são entendidos, na sua essência, como *princípios de ponderação*. Porém, nem a ponderação, nem o seu resultado são **abandonados à arbitrariedade subjetiva**. Inversamente, o resultado da ponderação é determinado pela intensidade da ingerência concreta nos direitos fundamentais. Do entendimento dos direitos fundamentais como **princípios de otimização (de condução, de orientação ou de guia)** resulta como consequência, por um lado, um **dever de ponderação**, em proporcionalidade, dos direitos de defesa, dos deveres de proteção, e, por outro lado, um efeito de irradiação para o direito privado dos direitos fundamentais.

As vantagens deste entendimento dogmático radicam na ponderação de todos os bens relevantes e na otimização. A proporcionalidade, enquanto ponderação justificada e racional, permite o seu controlo externo, administrativo,

essencial há décadas. Na doutrina, cf. especialmente P. HÄBERLE, *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19. 0, n. 0 2 GG*, 1.^a ed. 1962, 3.^a ed., 1983, pág. 264 e segs.; R. WIEDERKEHR, *Die Kerngehaltsgarantie am Beispiel kantonaler Grundrechte*, 2000; M. SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, 2001.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

jurisdicional e social⁵⁹. O inconveniente é a relativização que daqui decorre para conteúdos essenciais, insuscetíveis de ingerência, como a dignidade humana, embora as ponderações devam ser racionalmente justificadas.

Entendidos como princípios, os direitos fundamentais são **suscetíveis e necessitados de ponderação**. Contudo, há pelo menos três conteúdos jurídico-fundamentais que estão estritamente subtraídos à ponderação: a dignidade humana, o acesso à justiça, a retirada da nacionalidade a um cidadão. Nestes casos, entende-se que a ponderação destes bens está excluída, no todo ou em parte.

No centro das atenções estão casos problemáticos da ponderação. Frequentemente, a prática é criticada por dissimular ponderações e estabelecer premissas que não mantém (p. ex. em relação à dignidade humana). Por exemplo, a invocação de um conteúdo essencial absoluto, mais não é, muitas vezes, do que o resultado de uma ponderação. Neste sentido, o Tribunal Constitucional Federal alemão entendeu que os “diários pessoais” se situam na **“esfera essencial absoluta do direito de personalidade –**

⁵⁹ Cf. V. ARNAULD, *Die Freiheitsrechte und ihre Schranken*, 1999, pág. 258 e segs.

mas apenas na medida em que o seu conteúdo não afete, em virtude do seu 'género e intensidade' (...) a esfera de outras pessoas ou os interesses da comunidade"⁶⁰.

7. Princípios jurídicos como exigência de otimização

Sendo certo que a norma jurídica positiva exige **realização concreta na sua plenitude**, o princípio jurídico-fundamental exige a **otimização possível**⁶¹ no caso concreto: otimização da justiça material no caso concreto⁶², da boa administração, da eficiência, da economicidade, da desburocratização. **Nem toda a norma jurídica é direito: só o será se for materialmente justa**. O princípio da otimização exige **o máximo possível** no caso concreto e rejeita mínimos. O órgão ou agente da Administração deve ser diligente, responsável, eficiente, íntegro, tudo na maior

⁶⁰ *BVerfGE* 80, 367, 374 – *Tagebuch*; na jurisprudência do TEDH, cf. o *TJCE*, Rs. C-234/85 (caso *Keller*), *Colect.* 1986, 2897, n. m. 8.

⁶¹ Em sentido negatário deste entendimento, cf. Humberto B. ÁVILA, "A distinção entre princípios e regras", pág. 163.

⁶² Já I. KANT exigiu uma "Constituição civil inteiramente justa" que reconheça e atinja "no mais elevado grau possível, a liberdade sob leis externas", exigência que jamais foi concretizada (*in: Idee zu einer allgemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht, Werke XI* (edição de Weischedel), 1977, pág. 39).

medida possível e tendo em consideração a lei e o direito por um lado, e as circunstâncias do caso concreto, por outro lado.

A otimização é em si mesma um princípio, um comando, um imperativo imposto pelo Estado de direito democrático e social. A otimização exige, por natureza, a ponderação das circunstâncias concretas, de direito e de facto⁶³. O **princípio da otimização** já nasce, pela sua natureza intrínseca, com o seu destino traçado: **ser realizado na máxima medida**, tendo em consideração as circunstâncias jurídicas e materiais do caso concreto.

8. Ponderação como fator de enfraquecimento da força normativa dos direitos fundamentais

Segundo HABERMAS, a “**ponderação**” enfraquece a força normativa dos **direitos fundamentais**, levando-os a perder o carácter de imperativo jurídico, reconduzindo-os a **valores**, “àquilo que é atingível no plano dos desejos, face às

⁶³ Isto não exclui que a interpretação e aplicação de certas normas positivas não tenha exigido igualmente ponderação, como acontece, por exemplo, nas normas de expropriação. A própria subsunção pode exigir ponderação. **Também para as normas vigora o mandato de otimização.** Só que este mandato faz parte, quanto aos princípios, da sua natureza intrínseca.

circunstâncias do caso concreto”⁶⁴. Ao serem valores, os direitos fundamentais podem ser realizados em **graus diferentes**, o que resulta no seu **enfraquecimento**. Também a teoria da **concordância prática** dos direitos fundamentais admite a **necessidade e possibilidade de limitação** (sempre no respeito pelo núcleo essencial) dos direitos fundamentais. Esta é uma consequência da vida em sociedade e da igualdade entre os cidadãos. **Quanto maior for o grau de ingerência num direito fundamental (princípio) e quanto mais relevante for o bem jurídico atingido (vida humana, direito de personalidade, etc.), tanto mais intenso deve ser o controlo jurisdicional e a exigência de objetividade da fundamentação, na perspetiva da plausibilidade da sua indispensabilidade para a salvaguarda de um bem jurídico de grande relevância para o interesse coletivo**⁶⁵. O núcleo essencial dos direitos

⁶⁴ HABERMAS, 1997, pág. 321. Esta teoria, contudo, carece de fundamento.

⁶⁵ O **interesse coletivo** corresponde supostamente à vontade da maioria. Mas devemos ter cuidado com o **princípio da maioria**. É que as grandes massas se deixam facilmente, manipular, conduzir e seduzir (fenómeno bem conhecido e melhor ainda praticado por políticos populistas – ainda que formalmente “rejeitem o populismo”, como convém – que nada mais fazem nos seus mandatos do que procurar agradar a maioria, para assegurar a sua reeleição). A própria ideia de maioria e de orientação pela maioria é em si mesma

fundamentais marca o limite da sua suscetibilidade de restrição e a base da sua harmonização em concordância prática⁶⁶. Esta **harmonização, por** ponderação, é a única

questionável. Sobre isto escreveu GOETHE: **“Nada é mais repugnante que a maioria:** é que ela é constituída por poucos líderes fortes, por plebeus que se acomodam, por fracos que se adaptam e pelas massas que vão atrás sem sequer minimamente saberem o que querem” (*in: Werke VIII*, pág. 307). E, após o exemplo de ROBESPIERRE, ficou provado que a **“vontade comum”** invocada num Estado pode servir para **impor uma tirania** que despreza os seres humanos. O Estado de direito exige um **“aperfeiçoamento”** do **princípio da maioria**, exigindo-se desde logo o desenvolvimento, através de procedimentos internos e externos, de **possibilidades de encontrar consensos**. O princípio da maioria democrática assenta na ideia de que os seres humanos **são iguais em dignidade** e são, em igual medida, **instâncias morais** que todos devem respeitar (KANT). Por isso, as decisões tomadas por maioria não podem negar esta premissa fundamental do Estado de direito. As decisões tomadas por maioria têm de respeitar a **igual dignidade humana** e a individualidade de cada um como um todo e, assim, **o intocável direito de participação e a igualdade de direitos de todos**. Neste âmbito, HABERMAS faz assentar o **consenso social** no **diálogo de todos com todos** (HABERMAS, 1976, 164). Só valem como opinião ou vontade da maioria as normas relativamente às quais **todos se puseram de acordo, sem qualquer forma de constrangimento** (HABERMAS 1973, 125, 148 e seg., 153). Com razão exigiu KANT que as leis fossem elaboradas como se brotassem da vontade unida de todo o povo (KANT 1793, Secção. II). No mesmo sentido, preocupado com a resolução consensual de problemas jurídicos, Chaim PERELMAN propôs o recurso à **lógica argumentativa** para obter o consenso do “vasto auditório”.

⁶⁶ MICHAEL/MORLOK formulam a este respeito algumas questões fundamentais. Segundo os autores, “os princípios constitucionais da legitimação democrática e jurídico-fundamentais têm de ser

forma de não eliminar alguns direitos fundamentais em detrimento de outros.

Por fim, quanto à ponderação do tribunal, não tem fundamento a ideia de que a ponderação permite aos juízes imporem os seus pontos de vista políticos e ideológicos, usurpando dessa forma o poder legislativo. **É próprio da função de julgar a resolução de casos concretos com recurso à aplicação de princípios divergentes. Entre legislar e julgar, tal como entre administrar e julgar, verifica-se uma necessária interlocução com vista à melhoria da realidade social existente. Pela argumentação da fundamentação, os tribunais**

conciliados. Até hoje, as questões dos direitos fundamentais são, por isso, muitíssimo discutíveis, não só no pormenor, mas também no princípio, inclusive os objetivos e as fontes de validade dos direitos fundamentais: até que ponto terá por exemplo o Estado de garantir e proteger a liberdade face a limitações por ação de privados? Estarão os conteúdos e os limites dos direitos fundamentais previamente fixados pela Constituição ou serão determinados no processo político? Que critérios jurídico-fundamentais de diferentes níveis (Constituição de Estado federado, Lei Fundamental, Tratados da UE, CEDH) serão determinantes e que tribunais alemães ou europeus terão a última palavra? Como devem ser avaliadas as modernas necessidades de liberdade (por exemplo a proteção de dados) e as modernas possibilidades e exigências de restrição da liberdade (por exemplo, medidas de segurança por razões de ameaça terrorista? *Direitos Fundamentais*, 4.^a edição (versão alemã 2014), Editora Saraiva, S. Paulo Brasil, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2018, tradução de A. FRANCISCO DE SOUSA e ANTÓNIO FRANCO).

conferem racionalidade e legitimidade às sentenças. A criatividade do tribunal na aplicação de princípios é muito maior do que na aplicação de normas positivas da lei. Ali há mais espaço para a criação e desenvolvimento de um direito jurisdicional.

Enquanto a **legitimação e o controlo do parlamento** decorrem da via eleitoral⁶⁷, a **legitimação do controlo jurisdicional decorre do modo como ele exerce a sua função**, o que implica o **controlo pela crítica** da sua atuação. A fundamentação racional das sentenças é o lastro da legitimação da função jurisdicional.

No Estado de direito democrático e social, a **legitimidade do parlamento** decorre da sua eleição livre e periódica; a **legitimidade da jurisdição** decorre da sua

⁶⁷ A representação do povo não está necessariamente ligada à eleição popular. Por outro lado, uma **“representação” pelo modo como se exerce a função** (sem eleição) pode ser mais substancial que uma **representação baseada em eleição**. A democracia não pode ser apenas um procedimento de decisão legitimado em eleições. É necessário **incluir a argumentação na democracia**, para que ela não seja apenas decisão deliberativa. A democracia exige uma **união substancial/material entre povo, legislativo, executivo e judicial**, uma **união determinada por decisões, mas também por argumentos** (fundamentos, especialmente em tribunal), sendo que **os bons argumentos desalojam os maus argumentos**, avaliação que deve considerar **o que o povo quer e entende como bom**.

compreensão e aceitação como “representação do direito”, no quadro de um sistema de justiça efetiva. Mais do que usurpador de funções legislativas, **o tribunal é interlocutor qualificado do legislador** (e da administração, **na medida em que se envolve na função de bem administrar**). O tribunal, ao julgar conflitos entre direitos fundamentais (incluindo como princípios), não julga arbitrariamente⁶⁸, **mas deve agir racionalmente**, orientando-se pelos princípios jurídico-fundamentais, enquanto normas jurídicas⁶⁹. À **exigência de racionalização**, de **fundamentação argumentativa racional**, associa-se uma **exigência de correção do raciocínio jurídico**.

9. Juridificação progressiva pela densificação da lei e do controlo jurisdicional através dos princípios jurídicos

⁶⁸ Durante muito tempo, os representantes do positivismo defenderam a falta de univocidade dos princípios, do que resultava a **natureza arbitrária do seu controlo jurisdicional**.

⁶⁹ Diferentemente da orientação proposta pelo positivismo de KELSEN e sua escola, como HART, segundo a qual os casos de difícil harmonização de direitos fundamentais seriam julgados pelo arbítrio ou discricionariedade do julgador.

Um dos aspetos mais relevantes dos princípios jurídico-fundamentais para a efetivação do Estado de direito reside na sua exigência **de justiça material e de otimização**, isto é, de exigência de máximos na interpretação e aplicação da lei e do seu controlo jurisdicional. **Os princípios são normas ou *maximae* de otimização que, com o tempo, permitem o desenvolvimento progressivo de critérios de determinação, clarificação e objetivação do poder e, assim, a redução da margem de decisão e da margem de controlo jurisdicional**⁷⁰. Isto é bem demonstrado com o desenvolvimento e aprofundamento de princípios como os da proporcionalidade e da imparcialidade. Por exemplo, o reconhecimento de que a Administração pública deve não só **ser séria**, mas também tem de **parecer séria**, constitui um critério de otimização importantíssimo de juridificação que reduziu substancialmente a margem de avaliação e decisão da Administração, e a margem de controlo jurisdicional. Também o **"imperativo de justa ponderação"** exigido pelo Tribunal Administrativo Federal alemão no ac. B-42⁷¹, e de então para

⁷⁰ Neste sentido, cf. K. LARENZ, 1997, p. 587.

⁷¹ Ac. de 14.2.1975 (E 48, 56 e segs.), no qual foi desenvolvido o **princípio da justa ponderação**. Sobre este acórdão, cf. SOUSA, António Francisco de, *A estruturação jurídica das normas de planificação administrativa*, Lisboa 1987.

cá, é uma exigência de otimização racional que configura fundamentalmente um **procedimento racional**, uma forma de **objetivação** e **racionalização** do exercício do poder, pela **objetivação da ponderação ou avaliação**, que assim se torna compreensível (especialmente na fase da “reunião do material a ser ponderado”) e controlável, ainda que não na sua plenitude⁷². Não é um critério perfeito, mas seguramente um passo na direção certa que valerá até que seja encontrado um critério melhor, capaz de o desalojar, hipótese que se mantém em aberto precisamente pela **abertura que os princípios proporcionam ao aperfeiçoamento e desenvolvimento do direito**⁷³ a partir de uma base argumentativa lógica e compreensível.

⁷² Neste sentido da necessidade de restringir a margem de liberdade e de discricionariedade da Administração e do controlo jurisdicional como exigência de efetivação do Estado de direito, se pronunciaram também Friedrich MÜLLER (Friedrich MÜLLER 1999, p. 36). e J. HABERMAS, para quem a ponderação é uma operação irracional, arbitrária e irrefletida ((J. HABERMAS 1997, p. 321 e segs.). Deve-se a HÄBERLE, a fórmula da “**Constituição como processo público**” (in: “Öffentlichkeit und Verfassung”, *ZfP* 1969, pág. 273 e segs.).

⁷³ A abertura da Constituição e da lei à sociedade enquanto força viva reconduz-se à filosofia do “espírito aberto” de Karl POPPER e ao seu “*process of trial and error*”, abertura que tem sido reconhecida pelo Tribunal Constitucional Alemão, nomeadamente in: *BVerfGE* 5, 85, 135.

10. Controlo jurisdicional da ponderação: vinculação da “teoria dos princípios” à “teoria da argumentação”

Para R. ALEXY, não é correto afirmar, como faz HABERMAS⁷⁴, que a ponderação não é um procedimento irracional. Para ALEXY, **a decisão do juiz só seria irracional se se limitasse a seguir uma preferência pré-estabelecida na lei** (norma de colisão), preferência que poderia ter sido pré-estabelecida numa **perspetiva meramente subjetiva**⁷⁵. Para **objetivar o procedimento de ponderação** e, assim, **permitir o seu controlo jurisdicional**, ALEXY faz uma distinção entre o

⁷⁴ Segundo Jürgen HABERMAS, a ponderação dos juízes é irracional (“irracional, arbitrária e irrefletida”) na medida em que decidem arbitrariamente sobre o equilíbrio entre bens e entre valores no caso concreto. Mas logo depois o autor reconhece que, afinal, não é assim tão arbitrária, pois os juízes decidem segundo precedências e critérios consuetudinários (HABERMAS, 1997, pág. 321 e segs.).

⁷⁵ Segundo ALEXY, o **subjetivismo da ponderação** pode ser minorado se à partida for estabelecida uma hierarquia entre os princípios ou valores (e direitos fundamentais) da qual se possa dizer que goza de um **reconhecimento geral - regra suscetível de universalização** - e que pode ser aplicada quando as circunstâncias do caso concreto são idênticas. O autor recusa que possa ser tomada *prima facie* uma decisão obrigatória para todos os casos. No entanto, pode ser estabelecida uma “ordem não rígida” de valores, estabelecida por preferências *prima facie* de uns valores ou princípios, ou por decisões concretas de preferência (ALEXY, 1988, pág. 146 e seg.).

estabelecimento *a priori*, como processo abstrato, de uma **preferência *prima facie***, uma preferência *a priori*, desligada da realidade, e a **fundamentação** da qual deve resultar a **racionalidade da ponderação** através de uma **fundamentação racional e objetiva**. No estabelecimento da preferência *prima facie* (enunciado de preferência geral), podem ser usados critérios jurídicos gerais. Mas estes critérios não estão relacionados com a ponderação em concreto. Critérios ou argumentos específicos da ponderação podem ser extraídos da casuística da mais alta jurisprudência alemã, que desenvolveu o “comando de justa ponderação” (*Abwägungsgebot*), que configura uma exigência de otimização por excelência. É certo que o “comando de justa ponderação” não estabelece critérios para medir a intensidade da ingerência⁷⁶ e a relevância do cumprimento dos princípios.

⁷⁶ No seu artigo “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático”, in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.º 127, pág. 55 e segs., jul./set. 1999, ALEXY conclui (igualmente na linha da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal): **“quanto mais intensiva for uma ingerência num direito fundamental, tanto mais graves devem ser as razões que a justificam”**. ALEXY distingue três fases no procedimento de ponderação: 1.ª – determinação da intensidade da ingerência; 2.ª - relevância das razões que justificam a ingerência; 3.ª - ponderação em sentido estrito” (ou resultado da ponderação). Esta é uma adaptação da teoria desenvolvida pelo ac. B-42 para o

No entanto, o “comando de justa ponderação” exige uma fundamentação adequada que se traduz numa argumentação correta, lógica, sólida, clara e objetiva que seja capaz de justificar a preferência de um princípio sobre o outro, como resultado da ponderação⁷⁷. Isto pressupõe que não há princípios absolutos, mas relativos, que todos convivem em concordância prática, de acordo com as necessidades de otimização no caso concreto. Contudo, alguma doutrina abre uma exceção para a dignidade humana, mas também esta é limitável até à fronteira do seu núcleo essencial, pelo que não estamos perante uma verdadeira exceção. Assim, é também possível e exigível que, no seu controlo, os juízes elaborem **sentenças racionais** sobre o **grau de intensidade da ingerência** e o seu **grau de relevância nos direitos fundamentais**. ALEXY dá o exemplo de **objetividade** resultante do ac. do Tribunal Constitucional Federal alemão adotado no **caso *Titanic***, no qual foi ponderado o **direito de personalidade** de um oficial hemiplégico do exército alemão e a **liberdade de opinião** da revista *Titanic* que o apelidou de **coxo**, qualificação que o Tribunal considerou ser “**humilhante**”

procedimento de ponderação (no âmbito da planificação administrativa).

⁷⁷ R. ALEXY: 2002, pág.164.

e **depreciativa**⁷⁸. Segundo ALEXY, este acórdão seguiu o modelo da ponderação e revela que pode ser estabelecida uma escala em três níveis - leve, médio e grave - de **intensidade de ingerência** e de **grau de relevância** do cumprimento do princípio oposto (ou contrário). Não é arbitrária a afirmação do tribunal que, após a análise das circunstâncias do caso concreto, conclui que **“a expressão coxo é humilhante e depreciativa”**, constituindo assim uma **ingerência grave e relevante no direito de personalidade do atingido**⁷⁹. O que **exclui o carácter arbitrário da sentença** é precisamente a **argumentação objetiva** do tribunal face ao caso concreto, pois **os argumentos são expressão pública da reflexão** (racional). Deste modo, ALEXY **vincula a “teoria dos princípios” à “teoria da argumentação”**. A decisão jurídica racional, deve observar os parâmetros fundamentais da argumentação. A **ponderação** exige uma ligação da racionalidade à teoria da argumentação, de modo que as premissas argumentativas usadas pelos juízes nas sentenças

⁷⁸ R. ALEXY, 2007, pág. 114. Um caso recente da jurisprudência portuguesa é o da afirmação de Ana Gomes de que **Isabel dos Santos se endivida muito “porque, ao liquidar as dívidas, “lava” que se farta!”**. O tribunal ponderou esta liberdade de expressão crítica e concluiu que ela se sobrepunha em concreto aos direitos de personalidade da pessoa visada.

⁷⁹ R. ALEXY: 2007, pág. 114.

possam ser objetivamente compreendidas, criticadas e aceites, ou não, como válidas (controlo externo). Esta exigência de fundamentação racional da base argumentativa é aplicável também à fundamentação administrativa.

11. Hierarquia dos princípios jurídicos

Tal como as normas positivas da lei, também os princípios jurídicos podem ter diferente grau hierárquico, sendo que aqui trataremos apenas dos princípios jurídico-fundamentais, isto é, daqueles princípios supremos no Estado de direito democrático e social que têm categoria constitucional, ou mesmo supraconstitucional, por serem anteriores à Constituição e a condicionam determinantemente no momento da sua elaboração ou revisão. São exemplos todos os princípios estruturantes do Estado de direito democrático e social, como a dignidade humana, a equidade ou justiça material, a igualdade entre os cidadãos, a proporcionalidade, a imparcialidade, a boa fé⁸⁰ dos órgãos e

⁸⁰ No caso português, o princípio da boa fé está consagrado, antes de mais, no art.º 266.º, n.º 2, da CRP, no art.º 762.º do Código Civil, no art.º 10.º do CPA e no art.º 126.º do CT. A boa fé faz uma exigência objetiva e outra subjetiva. A **exigência objetiva** refere-se

agentes da Administração ou a segurança e ordem públicas. Os princípios jurídico-fundamentais convivem numa concordância prática (K. HESSE) que assegura a sua validade e eficácia no caso concreto.

12. Função conformadora dos princípios jurídicos

Os princípios jurídico-fundamentais estabelecem normas que conformam o direito, orientam as normas positivas na sua conceção, interpretação, aplicação e integração. Os princípios jurídico-fundamentais fazem do direito um todo ilacunar (Gustav RADBRUCH) e asseguram o império da justiça

ao respeito por regras de conduta e a observância dos valores (princípios) jurídicos essenciais. A **exigência subjetiva** reporta-se ao estado do sujeito, numa dimensão psicológica e numa dimensão ética. A **boa fé psicológica** reporta-se à convicção de licitude (da conduta, do ato, da situação), caso em que o desconhecimento origina boa fé (psicológica). A **boa fé ética** não se satisfaz com o desconhecimento, mas exige um desconhecimento **não culposo**. Na ordem jurídica portuguesa, incluindo na ordem jurídico-administrativa, **a boa fé é sempre ética**, pelo que **quando há culpa nunca há boa fé**. Assim, **o funcionário não diligente, que não cumpre os seus deveres funcionais de cuidado, nunca pode estar de boa fé ética**. Inversamente, o funcionário diligente está de boa fé ética. Assim, para que se verifique boa fé, não é suficiente a boa fé psicológica. Como refere Menezes CORDEIRO, a insuficiência da boa fé psicológica “prende-se com problemas de prova, por ser praticamente impossível demonstrar que certa pessoa conhecia ou não certo facto” (CORDEIRO, António Menezes (2000), *Tratado de Direito Civil Português*, I (Parte Geral), tomo I (Introdução. Doutrina Geral. Negócio Jurídico), Coimbra, Almedina, pág. 229).

material no caso concreto. Desta forma, o Estado de direito democrático e social torna-se em Estado de direito efetivo⁸¹, em Estado de justiça material. Toda a norma positiva, mesmo da Constituição, que não realize justiça material é **anti direito**, não vale como **direito**. Assim, podemos questionar, por exemplo, se as normas criadas pelo Parlamento português em claro proveito próprio dos deputados e criando para eles uma manifesta **discriminação positiva injustificada**, uma **clara desigualdade vantajosa** face aos restantes cidadãos portugueses de se poderem reformar ao fim de 8 anos, primeiro, e de 12 anos, depois, não configuram **anti direito**, sendo, por isso, **nulas**, por violarem, na sua essência, os princípios estruturantes do Estado de direito da igualdade e da justiça material. E, se o Tribunal Constitucional reconheceu que este benefício era **inconstitucional** e que, por isso, **deveria ser extinto para o futuro**, como se poderá aceitar que se tenha reconhecido **direitos adquiridos** para o passado com base numa **lei injusta**, numa **lei anti direito**, numa **lei nula**, não revogando tais reformas também para o passado?

⁸¹ Deve-se sobretudo a H. HELLER o entendimento da teoria política como “ciência da realidade concreta” (*loc. cit.*, pág. 37 e segs.). Nesta base, o legislador do Estado de direito não se satisfaz com a normatividade “ideal” da teoria política, mas exige normatividade social real, Constituição efetiva, tonada realidade.

13. Princípios gerais de direito como património cultural comum da humanidade

Do direito internacional público geral ou comum fazem parte os “princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas” (art.º 38.º, n.º 1, al. c), do Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça). Por outro lado, nos termos do art.º 8.º, n.º 1, da CRP, as normas do direito internacional público geral ou comum “fazem parte integrante do direito português”, sem necessidade de transposição para a ordem jurídica portuguesa⁸². As normas do direito internacional público geral ou comum caracterizam-se por serem, em geral, reconhecidas pela maioria dos Estados.

14. Princípios gerais de direito administrativo na realização do Estado de direito

⁸² Muitas vezes, os princípios jurídicos são extraídos pela doutrina de leis setoriais. Nesses casos, fala-se de **princípios especiais de direito**, por terem o seu âmbito de aplicação confinado a setores específicos do direito administrativo especial, como o direito policial, o direito do ambiente, o direito do urbanismo, o direito da proteção de dados. Pode acontecer, como se tem comprovado, que os **princípios especiais de direito administrativo** evoluam, pela ação da ciência jurídico-administrativa, para princípios gerais de direito administrativo.

Em geral, a expressão **princípios gerais de direito** é tão importante quanto indeterminada. A indeterminação verifica-se quanto à sua origem, ao seu conceito e ao seu caráter de fonte de direito. Não obstante a sua forte indeterminação, a extrema relevância dos princípios gerais de direito no direito administrativo faz com que a ciência jurídico-administrativa lhe dedique tradicionalmente especial atenção, como se pode constatar em qualquer manual de direito administrativo⁸³. No direito administrativo português, os princípios gerais de direito são, como tradicionalmente, uma fonte autónoma de direito.

Como salientou Fritz WERNER, o direito administrativo é direito constitucional concretizado⁸⁴. A Constituição e, assim, o Estado de direito realizam-se pelo direito administrativo. Os

⁸³ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág. 116; *idem*, *Manual de direito administrativo* (2019), p. 375 a 446.

⁸⁴ Fritz WERNER, “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, *in*: *DVBl* 1959, pág. 527 a 533. Nesta linha, já H. HELLER alertara, em 1934, que a Constituição se desenvolve vivendo (*Staatslehre*, 6.ª ed., 1983, pág. 258.). É também neste sentido que HÄBERLE fala de “Constituição como processo público” (*in*: “Öffentlichkeit und Verfassung”, *ZfP* 1969, pág. 273 e segs.) e que SCHEUNER caracterizou a Constituição como “norma e função” (*in*: “Verfassung”, *in*: *idem*, *Staatstheorie und Staatsrecht*, 1978, pág. 171 e seg.).

princípios jurídico-fundamentais previstos na Constituição (no caso português, especialmente nos artigos 266.º e segs., mas, em geral, em toda a Constituição, especialmente no capítulo dedicado aos direitos fundamentais) são concretizados pelo direito administrativo, sendo muitas vezes formalmente assumidos como princípios fundamentais de direito administrativo (art.º 266.º e segs. da CRP), como acontece, no caso português, nos artigos 3.º a 19.º do CPA.

Em geral, os manuais de direito administrativa abordam, por vezes com extensão e profundidade, os princípios gerais de direito, mas geralmente divergem na sua enumeração, nunca taxativa, e sobretudo na sua abordagem crítica. A matéria dos princípios gerais de direito constitui um campo privilegiado para a inovação da ciência jurídico-administrativa, pois nela há espaço aberto para as mais diversas observações, reconhecimentos e desenvolvimentos. Esta característica é comum aos princípios jurídicos gerais do direito português, do direito da União Europeia ou do direito internacional público.⁸⁵

É comum o reconhecimento de que o direito administrativo moderno é jovem, encontrando-se ainda numa

⁸⁵ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág. 116.

fase de gestação embrionária. Na verdade, o sistema jurídico-administrativo está em formação (direito administrativo em construção), e assim continuará nas próximas décadas⁸⁶. Precisamente a indeterminação dos princípios gerais de direito proporciona a abertura e a elasticidade necessárias à conformação de um sistema jurídico administrativo adaptado às necessidades atuais e esperadas no futuro próximo. Os princípios gerais de direito revelam abertura face às demais fontes de direito,⁸⁷ face a outras níveis da ordem jurídica multinível, face a orientações normativas externas; eles fazem exigências de justiça efetiva e de boa administração. Os princípios gerais de direito são, pois, uma fonte de direito flexível, que desempenha uma importante função de interconexão e de otimização da atuação⁸⁸.

Muitas soluções das normas do direito administrativo positivo surgiram e desenvolveram-se a partir de reflexões da doutrina e da jurisprudência e só numa segunda fase foram

⁸⁶ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág. 117.

⁸⁷ Sobre tudo nas sobreposições com o direito judicial e com o direito consuetudinário.

⁸⁸ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág. 117.

consagradas na lei positiva. Isto verifica-se, por exemplo, em matérias como o ato administrativo, a sua fundamentação, o seu procedimento, a sua validade. No caso português, por exemplo, o conceito de ato administrativo foi positivado pela primeira vez – após um século de desenvolvimento doutrinário e de reconhecimento pacífico – apenas em 1992, com o CPA (art.º 120.º, art.º 148.º do atual CPA). Mas, por exemplo, a lei positiva ainda não estabeleceu uma definição de discricionariedade administrativa. Também o princípio da proporcionalidade⁸⁹ é tipicamente um princípio jurídico-

⁸⁹ O **princípio da proporcionalidade** compreende três subprincípios: 1) **princípio da adequação**: as restrições de direitos, liberdades e garantias devem ser no caso concreto um meio adequado para a prossecução dos fins em vista, salvaguardando-se outros direitos e bens constitucionalmente protegidos; 2) **princípio da exigibilidade** ou da indispensabilidade: as restrições em concreto devem ser necessárias ou indispensáveis para alcançar os fins em vista, por faltarem de meios menos restritivos; 3) **proporcionalidade em sentido estrito** ou princípio da justa medida: proibição de adoção de medidas excessivas ou desproporcionadas para atingir os fins em vista – **proibição do excesso**. O controlo é exercido, geralmente, numa perspetiva negativa: verifica-se violação de uma exigência de proporcionalidade quando, cumulativa ou individualmente: 1) a exigência em concreto é inadequada (dela se ficando com a convicção clara de que a medida é, em si mesma, inapta, indiferente ou mesmo negativa quanto aos fins em vista); 2) a exigência em concreto é desnecessária (dela se ficando com a convicção clara de que existem outros meios adequados e menos onerosos para se atingir o fim em vista); 3) se verifica uma desproporcionalidade em sentido estrito (desta

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

administrativo desenvolvido inicialmente pela doutrina e pela jurisprudência já na década de setenta do séc. XX (teorias do *grobe Fehler*, na Alemanha, e do *bilan coût-avantages*, em França)⁹⁰.

Determinante para os princípios jurídicos gerais no direito administrativo foi o seu reconhecimento constitucional como exigência e emanção do Estado de direito democrático e dos direitos fundamentais na Constituição de 1976 (e suas revisões posteriores). O reconhecimento constitucional de princípios fundamentais de direito administrativo é meramente exemplificativo (art.º 266.º da CRP), como é o caso do princípio da proporcionalidade, do princípio da imparcialidade, do princípio da igualdade, do princípio da justiça (art.º 266.º, n.º 2) e do princípio da boa-fé (266.º, n.º 2, da CRP). Ao conferir-lhes categoria constitucional, a Constituição

exigência se fica com a convicção clara de que o benefício para o interesse público inerente ao fim em vista não justifica ou compensa a restrição imposta, isto é, os custos globais da medida restritiva ultrapassam claramente os benefícios para o interesse público que se esperam da medida em concreto).

90 Em 28 de maio, de 1971, o ac. do CE francês – no caso *Ville Nouvelle-Est* – reconheceu, pela primeira vez, o princípio da proporcionalidade e controlou a utilidade pública. Mais recentemente, cf. o ac. do CE, de 2 de outubro de 2006, SCI, *Les Fournels*, n.º 281506. Na Alemanha, o princípio da proporcionalidade foi controlado, pela primeira vez, no ac. do Tribunal Administrativo Federal de 30.4.1969 (teoria da *Abwägungsgebot* – “*grobe Fehler*”).

reconheceu-lhes também um papel de orientação, direção ou guia da atividade administrativa. Pela sua importância, resultante da sua categoria constitucional, é necessário explorar a abertura e a flexibilidade dos princípios gerais de direito (desde logo pela sua formulação ampla) naquilo que eles podem contribuir para o **progresso e o desenvolvimento do direito administrativo**, mas justamente nesta medida devem-se adotar as cautelas necessárias para não abandonar os domínios próprios do direito e passar para o campo do não-direito, para o campo extrajurídico, sobretudo porque esta fronteira não é fácil de estabelecer⁹¹.

15. Estado de direito como Estado de justiça material

A exigência de **justiça efetiva** é omnipresente no Estado de direito (art.º 2.º da CRP). No caso português, o princípio da justiça (material) foi elevado a princípio autónomo de categoria constitucional e essa autonomia mantém-se na lei administrativa ordinária, com a sua previsão expressa no

⁹¹ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág.

art.º 8.º do CPA que, sob a epígrafe “**princípios da justiça e da razoabilidade**”, determina: **a Administração Pública deve tratar de forma justa** todos aqueles que com ela entrem em relação, e rejeitar as **soluções manifestamente desrazoáveis ou incompatíveis com a ideia de Direito**, nomeadamente em matéria de **interpretação das normas jurídicas e das valorações próprias do exercício da função administrativa.**” O princípio da justiça, que se pode manifestar como exigência de equidade⁹², é, em geral, imposto pelo legislador jurídico-administrativo noutras matérias, como acontece por exemplo no art.º 76.º, n.º 2, do Código de Processo nos Tribunais Administrativos e Fiscais⁹³, o qual determina que o tribunal pode “determinar que os efeitos da decisão se produzam apenas a partir da data do trânsito em julgado da sentença quando razões de segurança jurídica, de equidade (...) o justifiquem”.

Alguma doutrina portuguesa tem tomado o **princípio da justiça** como um “**princípio aglutinador**” de outros

⁹² O art.º 41.º, n.º 1, da CDFUE, reconhece o **princípio da equidade** como princípio comum aos Estados-Membros.

⁹³ Versão dada pelo DL n.º 214-G/2015, de 02/10. Veja-se também o art.º 139.º, n.º 2, do CPTAF. Mas já o art.º 185.º, n.º 2, do mesmo diploma, proíbe que na arbitragem os árbitros julguem “segundo a equidade”, o que não deixa de ser altamente questionável.

princípios, **sem autonomia própria**. Assim, Freitas do AMARAL considera que o princípio da justiça é “um princípio aglutinador de subprincípios que encontram tradução autónoma noutros preceitos constitucionais e legais – como é o caso da igualdade, da proporcionalidade e da boa fé”⁹⁴. Também a jurisprudência portuguesa, incluindo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, parece seguir este entendimento, que quanto a nós se afigura merecedor de profunda reflexão, por, no fundo, **“esvaziar” o conteúdo e alcance deste princípio** jurídico-constitucional fundamental de Estado de direito, relegando-o para uma posição de **“complemento de interpretação” de outros princípios**, em vez de, com a sua autonomia, o colocar no topo e no centro dos princípios jurídico-administrativos. O princípio da **justiça material é emanção e exigência direta do princípio de Estado de direito** (que é imperativamente Estado de justiça efetiva), princípio que faz uma **exigência de materialização da justiça** em toda a ação e omissão da Administração, independentemente de no caso concreto haver lugar à

⁹⁴ AMARAL, Freitas do, *Curso de Direito Administrativo*, Volume II, Coimbra, 2.^a edição, 2011, p. 151. Este parece ser também o entendimento de Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA, *in: Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.^a edição revista, Coimbra, 1993, p. 925.

aplicação de outro ou outros princípios. Precisamente aqui está a sua **autonomia** face aos demais princípios jurídico-fundamentais, embora ele também possa e deva ser entendido como **princípio orientador na interpretação e sobretudo na aplicação dos demais princípios jurídico-administrativos**. A sua autonomia não impede que ele atue sobre outros princípios ou se aplique complementarmente no contexto de uma concordância prática.

16. Princípios jurídico-fundamentais e aperfeiçoamento do direito

Por vezes, é sustentado que os **princípios gerais de direito** são fonte de direito, mas **não são normas jurídicas**, por carecerem de determinação e certeza de sentido. Há um fundo de verdade nesta observação, na medida em que certos princípios jurídico-fundamentais se caracterizam pela falta de determinação e pela incerteza. Princípios como os da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade, da boa fé e da boa administração têm alcance e conteúdo garantidos pelas normas jurídicas, mas não de forma fechada. Precisamente aqui reside uma margem de flexibilidade para o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento pela doutrina e pela

jurisprudência, o que muitas vezes se tem comprovado na evolução dos princípios.

Um exemplo de um princípio que foi nas últimas décadas em larga medida clarificado e determinado na lei positiva é o princípio da imparcialidade da Administração.⁹⁵ O CPA densificou na lei positiva diversos aspetos da imparcialidade (art.º 9.º) em sede de abertura (art.º 17.º), incompatibilidades, escusa e suspeição dos agentes administrativos (SECÇÃO III - Das garantias de imparcialidade, art.º 69.º e segs. do CPA). No entanto, as normas positivas de densificação ou concretização do princípio da imparcialidade não se referem, por exemplo, à problemática da chamada **suspeição institucional**⁹⁶ de

⁹⁵ Sobre o assunto, com carácter fundamental, Michael FEHLING, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001; Tanja MAIER, *Befangenheit im Verwaltungsverfahren: die Regelungen der EU-Mitgliedstaaten im Rechtsvergleich*, Duncker und Humblot, 2001.

⁹⁶ A **suspeição institucional** associa-se a práticas institucionais de direito administrativo que configuram uma **discriminação**, por exemplo, com base na raça, no sexo, na ideologia, na religião, etc. Enquadram-se nesta suspeição institucional (também chamada *desvio institucional*) situações de comprovada preferência baseadas na religião (*e. g. opus dei*), na ideologia (maçon, membro de sindicato, membro de partido político, etc.) ou as chamadas **endogamias institucionais**. Na origem da discriminação ilícita podem estar outras razões como mera simpatia ou antipatia pessoal como critério (não formalmente assumido) de decisão, tão frequente

autoridades administrativas (vulgo: adutores de um lado, críticos do outro lado), subsistindo aqui um amplo espaço para a reflexão crítica da dogmática jurídico-administrativa. E esse debate, que aliás já se iniciou, regista abundantes opiniões em ambos os sentidos. Neste debate deve ser considerada a necessidade de **reforçar a aceitação das decisões da Administração pelos cidadãos**⁹⁷, o que contribui para o aprofundamento da sua consciência jurídica. As **situações de comprovada e manifesta suspeição institucional**

nas instituições públicas portuguesas e que conduz muitas vezes a graves violações do direito à igualdade de tratamento, da justiça material e do interesse público (escolha do melhor como imperativo de Estado de direito). Note-se que estas práticas, claramente ilegais, não necessitam de ser, nem são frequentemente, conscientes, no sentido de uma consciência de ilicitude, e resultam muitas vezes de hábitos de aplicação das normas de funcionamento (por exemplo de regulamentos internos). Por incrível que pareça, há em Portugal instituições públicas cujo presidente ou diretor apenas tem a “porta do seu gabinete aberta para sugestões”, “mas não para críticas ... para vir dizer que isto ou aquilo está mal...” (bem ao estilo de um Hugo Chávez ou de um Maduro). E ninguém se lembra de exigir destes a perda do cargo, por falta de idoneidade. Sobre a expressão “suspeição institucional”, cf. Stefano ZAMBON, *Locating accounting in its National context: the case of Italy*, ed. Franco Angeli, Milão 2002, pág. 71 e segs.

⁹⁷ O Estado cooperativo caracteriza-se pela aceitação pelos cidadãos das decisões e de outras medidas da Administração. Para isto, o Estado recorre, ainda que não exclusivamente, a procedimentos de negociação e à busca de consenso, em concretização do princípio democrático e do princípio de economia processual.

debilitam a Administração de Estado de direito⁹⁸. Há, pois, necessidade de a ciência jurídico-administrativa abordar a questão da conveniência e necessidade de reconhecimento da “imparcialidade institucional” como princípio jurídico-administrativo, por analogia à imparcialidade baseada na suspeição. Aliás, o próprio instituto da suspeição é passível de diversas críticas tal como está concebido pelo legislador português⁹⁹. Também certas preferências expressamente assumidas, como a **preferência por “antigos alunos” na contratação de novos docentes em certas universidades portuguesas** é aqui posta em causa, por essa solução claramente **impedir a contratação dos melhores a nível nacional e internacional** de que as universidades necessitam e, assim, violar o interesse público.

⁹⁸ Vejam-se recentes Editais de universidade portuguesas públicas para a contratação de novos Professores, onde ao júri foi concedida a possibilidade de, já depois de conhecidos os candidatos, substituir um critério de avaliação por uma entrevista que valerá 50%, em clara, mas *antijurídica*, subjetivação do procedimento concursal. Isto ajuda a compreender por que razão certas Faculdades têm muitas relações familiares (muito) próximas entre os seus docentes. Quem perde é a universidade, o interesse público, o país.

⁹⁹ SOUSA, António Francisco de, *Administração pública e direito administrativo – novos paradigmas*, Vida Económica, Porto 2016, pág.

Por outro lado, a imparcialidade institucional pode ser posta em causa logo na organização estatutária da instituição. É o caso de o regulamento estatutário prever uma organização interna que permita a um pequeno grupo apoderar-se do poder institucional de forma a poder gerir a instituição em função dos seus interesses pessoais (o que frequentemente acontece)¹⁰⁰.

17. Função de interconexão dos princípios jurídico-fundamentais

Na perspetiva do seu poder de limitação e de orientação, os princípios gerais de direito não ficam atrás das demais fontes de direito, especialmente da lei formal, enquanto instrumento político-jurídico de conformação. Os princípios gerais de direito exercem uma ação determinante de limitação¹⁰¹ e orientação, de forma menos direta que a lei, mas seguramente não menos importante, sobretudo se pensarmos nos constantes processos de avaliação que caracterizam a

100 Os princípios jurídico-fundamentais não têm sempre uma ligação a valores fundamentais específicos, embora isso aconteça geralmente, no caso dos princípios jurídicos reconhecidos formalmente na Constituição. Sobre os princípios da **integridade na função** e da **fidelidade à Constituição e ao direito**, cf. o ponto 19. deste estudo.

¹⁰¹ A inclinação do detentor do poder para abusar dele, levou à necessidade de os sistemas jurídicos se dotarem de freios e contrapesos, sistema em que um poder limita o outro.

atividade jurídico-administrativa. Isto é assim nos **três níveis** em que se desenvolve a função de ligação dos princípios gerais de direito: internacional público, da União Europeia e nacional.¹⁰²

A **função de interconexão** dos princípios gerais de direito faz-se sentir na própria ideia de justiça da ação administrativa, no direito positivo especial e, por fim, na prática e na cultura da Administração. Quanto a este último aspeto, assinala-se especialmente o facto de a **cultura dominante na Administração pública portuguesa continuar a ser, frequentemente, o não levar a sério os princípios gerais de direito, como se eles não fossem direito vinculativo. É preciso fazer progressos neste domínio.**

Em primeiro lugar, os princípios gerais de direito reconhecidos formalmente nas leis fundamentais da União Europeia (Tratados da União, CDF), no direito internacional público (especialmente a CEDH) e na ordem jurídica nacional (Constituição) contribuem determinadamente para a

¹⁰² Cf. Rüdiger WOLFRUM, "General International Law (Principles, Rules and Standards)", in: *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford 2012, 344-368 (b): "Principles as mechanisms for a progressive development of International Law".

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

conformação da ideia de justiça e de juridicidade da ação administrativa.

Em segundo lugar, os princípios gerais de direito influenciam o direito positivo especial (nos três níveis mencionados) ao auxiliarem e ao serem determinantes na sua interpretação e aplicação, sendo que também a partir desse direito positivo especial se podem extrair princípios jurídicos especiais, que podem evoluir para princípios gerais de direito.

Por fim, os princípios gerais de direito atuam sobre a prática jurídico-administrativa e a cultura reinante na ação administrativa¹⁰³, exercendo uma **influência determinante contra a má Administração e a favor da boa administração** (por exemplo, repudiando o livre arbítrio, a má gestão, a corrupção).

Pelas razões expostas, os princípios gerais de direito desempenham uma função muito importante de interconexão.

¹⁰³ A ação humana está em larga medida dependente da cultura. O ser humano tende a adotar, no seu processo de socialização, as normas de conduta da comunidade a que pertence, as quais lhe são apresentadas como modelos de comportamento correto e socialmente adequado. O ser humano é confrontado com padrões de conduta institucionalizados e é educado e incentivado a integrá-los, o que por si só já provoca simultaneamente um importante efeito seletivo quanto às regras de conduta adequadas às necessidades e aceites ou toleradas pela comunidade e quanto aos indivíduos na sua relação com elas (assimilação, acatamento, repulsa).

Eles são determinantes na integração de lacunas e são um instrumento fundamental para a formação e para o aperfeiçoamento do sistema jurídico. A função dos princípios gerais de direito torna-se ainda mais importante e imprescindível num **sistema multinível**¹⁰⁴, em que são múltiplas e indispensáveis as interconexões a fazer (direito internacional público, direito europeu, direito nacional). O facto de certos princípios gerais de direito terem um alcance para além dos níveis mencionados revela a sua capacidade de interconexão indispensável à compatibilização e à convivência dos sistemas. Para além dos princípios gerais de direito de alcance multinível, há também **princípios paralelos ou correspondentes nos diferentes níveis** (direito nacional, direito europeu e direito internacional público).¹⁰⁵ Os três níveis devem cooperar entre si. Precisamente para alcançar este objetivo, os princípios gerais de direito são instrumentos adequados ao desenvolvimento de normas coerentes, abertas,

¹⁰⁴ SOUSA, ANTÓNIO FRANCISCO DE, *Direito Administrativo Europeu*, Porto, 2016, p. 147 e segs.

¹⁰⁵ Sobre o alargamento para o direito administrativo internacional que se está a formar *ex novo*, ver Eberhard SCHMIDT-ABMANN, "Die herausforderung der verwaltungsrechtswissenschaft durch die internationalisierung der verwaltungsbeziehungen", vol. 45, 2006, pág. 334 e seg. Em geral, sobre o direito administrativo internacional, cf. ainda ANTHONY/AUBY/MORISON/ZWART, *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, 2011.

flexíveis e estáveis que, respeitando a autonomia dos níveis, permitem a sua cooperação com vista aos fins a atingir. Por exemplo, o TJUE não só desenvolveu o **princípio da eficácia** (*effet utile*), como também a partir dele criou importantes **critérios de interpretação e aplicação do direito da União**,¹⁰⁶ com o fim de, em larga medida alcançado, **aumentar a eficácia do direito da União em todo o seu espaço territorial**, combatendo obstáculos de vária ordem à execução das normas nos Estados-Membros. Trata-se de uma **necessidade de eficácia comum** aos direitos dos Estados-Membros e que alia o fim de **obrigar a Administração a cumprir efetivamente as suas funções** a uma preocupação de **proteção efetiva dos cidadãos**.

18. Princípios jurídico-fundamentais no direito da União Europeia

No direito da União Europeia, os princípios gerais de direito são não apenas uma importantíssima fonte de direito administrativo, mas também a **verdadeira essência do direito administrativo europeu**.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Von DANWITZ, pág. 167 e seg.

¹⁰⁷ Cf. SOUSA, António Francisco de, *Direito Administrativo Europeu*, Porto, 2016, pág. 165 e segs. Segundo J. SCHWARZE (*Europäisches Verwaltungsrecht*, pág. LII), os princípios gerais de direito

A extrema relevância dos princípios gerais de direito no direito da União Europeia resulta dos próprios tratados de instituição da União Europeia, como ilustra o art.º 340.º do TFUE, que prevê uma responsabilidade do Estado „segundo os princípios jurídicos gerais comuns às ordens jurídicas dos Estados-Membros“. Também o art.º 6.º, n.º 3, do TUE é claro quanto ao reconhecimento dos princípios gerais de direito como garantia jurídico-fundamental:

*“Do direito da União fazem parte, **enquanto princípios gerais**, os direitos fundamentais tal como os garante a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e tal como resultam das **tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros.**”*

A importante transformação dos direitos fundamentais em princípios gerais de direito da União Europeia foi progressivamente protagonizada pelo TJUE¹⁰⁸. Aliás, à

administrativo são o “núcleo do direito administrativo europeu”; em termos idênticos, OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, *Europarecht*, § 9, número de margem 31, que lhes reconhecem uma “função extraordinariamente importante”.

¹⁰⁸ O TJCE reconhece os direitos fundamentais como “princípios jurídicos gerais da ordem jurídica comunitária”. Ver EuGH, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419, n. m. 7 (caso *Stauder*). O TJUE não só os reconheceu, como também os aperfeiçoou pelo seu direito judiciário. Para o efeito, baseou-se não só nos direitos fundamentais das Constituições dos

jurisprudência do TJUE não se deve apenas o desenvolvimento de princípios gerais de direito. Ela também tem desempenhado um papel determinante na integração de lacunas¹⁰⁹ e no estabelecimento de regras indispensáveis a um direito administrativo de 'União de direito'. Assim, deve-se à jurisprudência do TJUE o desenvolvimento dos princípios da vinculação jurídico-administrativa, da determinação jurídica, da proporcionalidade, da proteção da confiança,¹¹⁰ e de importantes regras de procedimento ou mesmo de direito administrativo substantivo, como regras respeitantes à revogação de atos da Administração. Também se deve essencialmente à jurisprudência do TJUE a exigência de uma **proteção jurisdicional efetiva**, que atualmente está expressamente garantida no **art.º 47.º da CDFUE**¹¹¹.

Estados-Membros, mas sobretudo na CEDH. Por esta via, o TJUE teve em vista a salvaguarda da aplicação uniforme do direito da União diretamente aplicável nos Estados-Membros. Também Robert ALEX Y toma os direitos fundamentais como princípios (*in: Theorie der Grundrechte*, 3.ª ed. 1996). E com razão PIEROHT/SCHLINK alertam para o facto de que "na vigência da Lei Fundamental, nenhum direito fundamental pode ser **relativizado** ao ponto de se constituir em **princípio programático**" (*Direitos fundamentais*, Saraiva, 29.ª ed., n. m. 180).

¹⁰⁹ Veja-se, por exemplo, a jurisprudência „Algera”.

¹¹⁰ Com pormenor, J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, pág. 193 e segs., 661 e segs., 843 e segs. e pág. LXXII e segs.

¹¹¹ A Carta dos Direitos Fundamentais (CDFUE) foi elaborada pela Assembleia dos Direitos Fundamentais e, em 2000, foi proclamada

Diversos princípios gerais de direito que foram inicialmente desenvolvidos pelo TJUE passaram a estar positivados na lei, especialmente no TFUE.

Os princípios gerais de direito da União são vinculativos para os órgãos e instituições da União e para os Estados-Membros e respetivas administrações públicas. Tem-se questionado, contudo, se os princípios gerais de direito podem limitar a União na conformação do seu direito administrativo próprio. O TJUE tem desenvolvido uma jurisprudência “amiga da integração” na União Europeia. Nesta linha, o art.º 51.º da CDFUE determina:

*“1. As disposições da presente Carta têm por destinatários as **instituições e órgãos da União**, na observância do **princípio da subsidiariedade**, bem como os **Estados-Membros**, apenas **quando apliquem o direito da União**. Assim sendo, devem respeitar os direitos, observar os princípios e promover a sua aplicação, de acordo com as respetivas competências.”¹¹²*

na Cimeira (da EU) de Nice. Até 2009, a CDFUE teve mero carácter declarativo. Porém, com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa, em 1.12.2009, por força da remissão do art.º 6.º, n.º 1, do TUE, nova versão, a CDFUE passou a integrar o direito primário, com a mesma categoria.

¹¹² Isto é, “exclusivamente na execução do direito da União”.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

Como resulta do art.º 51.º, n.º 1, da CDFUE, os princípios jurídico-administrativos da União Europeia mantêm relações estreitas com os valores jurídico-fundamentais. Por exemplo, o princípio da legalidade e a garantia de tutela jurisdicional efetiva têm um conteúdo jurídico-constitucional (art.º 266.º e art.º 268.º, n.º 4, da CRP). Mas, em geral, os princípios jurídico-administrativos da União Europeia assentam em valores fundamentais, como tem vindo a sublinhar o TJUE, à semelhança do que se verifica nos Estados-Membros. Nuns casos, os princípios gerais de direito administrativo desempenham a função de orientação das decisões; noutros casos, eles fazem exigências precisas à Administração.

A **hierarquia das fontes de direito no direito da União Europeia** suscita questões complexas. As respostas devem ser dadas caso-a-caso, tendo em consideração o grau de densificação do respetivo princípio. Como regra geral, devem-se distinguir os casos em que os **princípios gerais** de direito **fazem parte do direito primário**, daqueles outros casos em que eles, não fazendo parte do direito primário escrito, têm, contudo, primado sobre o direito secundário escrito. Tratando-se de simples manifestações jurídico-administrativas concretas, os princípios gerais de direito

situam-se na mesma posição hierárquica do direito secundário, podendo ser modificados por este.

Outro aspeto a considerar na abordagem dos **princípios gerais de direito administrativo da União Europeia** tem a ver com a sua relação com o recentemente consagrado **direito a uma boa administração** (art.º 41.º da CDF)¹¹³. Este direito foi consagrado, mas não foi claramente definido. Por isso, subsistem incertezas sobre o seu conteúdo e alcance, embora se lhe reconheça, como núcleo essencial, as orientações expressamente referidas na norma que o positivou. No fundo, **grande parte das questões que o direito a uma boa administração suscita têm a ver com o facto de ele ser um princípio jurídico, mas remeter em certa medida para critérios não-jurídicos ou meta-**

¹¹³ Nos termos do n.º 1, do art.º 41.º da CDFUE, “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**.” E o n.º 2 acrescenta: “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 administração, de **fundamentar as suas decisões**.”

jurídicos, sem que a fronteira entre os dois domínios seja nítida.¹¹⁴

O **direito a uma boa administração** é reconhecido no direito administrativo português (art.º 5.º do CPA)¹¹⁵, embora também aqui as incertezas em torno dele sejam significativas. Este princípio foi introduzido no direito administrativo português no CPA de 2015, sobretudo por impulso do direito da UE¹¹⁶ e do direito comparado¹¹⁷, mais do que por força de uma exigência da doutrina portuguesa, não obstante a Administração pública portuguesa acusasse a necessidade, há

¹¹⁴ Cf. a caracterização de *good administration* como “*framework concept*” in: Herwig C.H. HOFMANN, Gerard C. ROWE, Alexander H. TÜRK, *Administrative Law and Policy of the European Union*, pág. 190 e segs.

¹¹⁵ Nos termos do n.º 1 deste preceito, “a Administração Pública deve pautar-se por critérios de **eficiência, economicidade e celeridade**”. E o n.º 2 acrescenta: “Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública **deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada**”.

¹¹⁶ Ao nível do direito da União Europeia, cf. o art.º 41.º da CDF (direito a uma boa administração), o Código Europeu de Boa Conduta (aprovado, em 2001, pelo PE) e a ação do Provedor de Justiça Europeu sobre a “**má Administração**”.

¹¹⁷ O direito comparado é hoje entendido como o **5.º método de interpretação**, que se junta aos quatro métodos clássicos de SAVIGNY. Nesta crescente importância do direito comparado, vem-se falando em “direitos fundamentais comparados” e em “Constituição comparada” como “cultura comparada”.

muito, de uma reforma na sua organização e funcionamento capaz de assegurar uma boa administração.

O **direito à boa administração** está, desde a sua génese, ligado a **garantias jurídico-procedimentais**, como o direito a ser ouvido, o direito à consulta do processo, o direito à informação sobre as razões da decisão (fundamentação do ato), mas não se fica por aqui. Estes direitos procedimentais surgiram, aliás, sobretudo pela ação da ciência jurídico-administrativa e da jurisprudência administrativa na aplicação de princípios gerais de direito. Estamos perante **um direito e um princípio jurídico**; situamo-nos, portanto, no mundo do direito e não no mundo do não-direito ou extrajurídico, que caracteriza a **política administrativa da *good governance***. Assim, ainda que a **boa administração** possa formalmente sugerir proximidade com a ***good governance***¹¹⁸, trata-se de realidades distintas. O art.º 41.º da CDF é um **princípio jurídico** e não um **princípio meramente programático**. As exigências que a

¹¹⁸ A “**boa governança**” é uma expressão da moderna linguagem administrativa usada para descrever a forma como as instituições públicas conduzem os assuntos públicos e gerem os recursos humanos e materiais públicos. A **boa governança** visa sobretudo o **aumento da eficiência** e a **poupança dos meios humanos e materiais**: produzir mais e melhor com menos custos (de tempo, humanos e materiais).

boa administração faz – imparcialidade, justiça, celeridade, economicidade, etc. – são **exigências jurídicas** e, assim, estão sujeitas ao **princípio da determinação**, isto é, devem ser, quanto possível, determinadas (de forma clara, objetiva e transparente). E, não obstante o art.º 41.º da CDF se dirigir apenas à Administração própria da União, ele produz efeitos não só para as instituições e para os agentes da União Europeia, mas também para os Estados-Membros e respetivos regimes jurídico-administrativos (com reflexos diretos, por exemplo, na cooperação dos órgãos da Administração da União com os órgãos das Administrações nacionais), especialmente quando estes interpretam e aplicam direito da União Europeia.

Como importantes contributos para a **determinação do conteúdo do direito à boa administração** no direito da União Europeia devem ser aqui destacados dois documentos: por uma lado, as **Recomendações do Conselho de Ministros do Conselho da Europa** sobre a *good administration*¹¹⁹; por outro lado, o **Código de Boas Práticas**

¹¹⁹ O *Parliamentary and Health Service Ombudsman* do Reino Unido estabeleceu os seguintes seis “**princípios de boa administração para organismos públicos**”: **1. Fazer tudo bem**: agindo em conformidade com a lei e tendo em conta os direitos das pessoas em causa; agindo em conformidade com a política e orientação do

organismo público (tornada pública ou interna); tendo em devida conta as boas práticas estabelecidas; prestando serviços eficazes, recorrendo a **pessoal devidamente treinado e competente**; tomando **decisões razoáveis**, com base em todas as considerações pertinentes. **2. Ser focada no utente do serviço**: garantindo que as pessoas possam aceder aos serviços facilmente; informando os clientes sobre o que eles podem esperar e sobre o que o organismo público espera deles; honrando os compromissos, incluindo quaisquer níveis de serviço tornados públicos; lidando com as pessoas amavelmente, prontamente e com sensibilidade, tendo em conta o indivíduo e as suas circunstâncias; respondendo às necessidades dos utentes de forma flexível, inclusivamente, se necessário, coordenando a resposta com outros prestadores de serviços. **3. Ser aberto e responsável**: estando aberto e sendo claro sobre políticas e procedimentos e garantindo que a informação e qualquer conselho fornecido, são claros, precisos e completos; declarando critérios de tomada de decisão e apresentando os fundamentos da decisão; processando as informações corretamente e de forma adequada; mantendo registos adequados e apropriados; assumindo a responsabilidade pelas suas ações. **4. Agir de forma justa e proporcional**: tratando as pessoas de forma imparcial, com respeito e cortesia; tratando as pessoas sem discriminação ou preconceito ilegal e garantindo que não há conflito de interesses; lidando com as pessoas e com as questões de forma objetiva e consistente; assegurando que as decisões e ações são proporcionadas, apropriadas e justas. **5. Fazer as coisas corretamente**: reconhecendo erros e pedindo desculpas se for caso disso; suscitando os erros de forma certa, rápida e eficaz; fornecendo informação clara e oportuna sobre como e quando recorrer ou reclamar; disponibilizando um procedimento de reclamações eficaz, que inclua a oferta de uma solução justa e apropriada quando uma reclamação seja comprovada como justificada. **6. Buscar a melhoria contínua**: revendo as políticas e procedimentos regularmente para garantir que elas são eficazes; pedindo um *feedback* e usá-lo para melhorar os serviços e o desempenho; garantindo que o organismo público aprende lições das queixas e os usa para melhorar os seus serviços e desempenhos (tradução nossa).

Administrativas do Provedor de Justiça Europeu¹²⁰, complementado com os correspondentes códigos nacionais (no caso português, veja-se, por exemplo, o **Lei da**

¹²⁰ Como se diz expressamente no Preâmbulo deste diploma, “Este Código tem como intenção **explicar com mais detalhe o que significa na prática o direito a uma boa administração previsto na Carta.**”

Modernização Administrativa¹²¹ e a Carta Ética da Administração Pública)¹²².

¹²¹ Cf. o DL n.º 135/99, de 22 de abril, que aprovou os princípios gerais de ação a que devem obedecer os serviços e organismos da Administração Pública na sua atuação face ao cidadão e modernização administrativa (na versão de 2017), art.º 2.º (princípios de ação): “Os serviços e organismos da Administração Pública estão ao serviço do cidadão e devem orientar a sua ação de acordo com o disposto no Código do Procedimento Administrativo, tendo em conta os **princípios da qualidade, da proteção da confiança, da comunicação eficaz e transparente, da simplicidade, da responsabilidade e da gestão participativa**, com vista a: a) Garantir que a sua atividade se orienta para a **satisfação das necessidades** dos cidadãos e dos agentes económicos, bem como assegurar a sua audição ou adequada participação, enquanto forma de melhorar os métodos e procedimentos; b) **Aprofundar a confiança nos cidadãos** em geral e nos agentes económicos em particular, valorizando as suas declarações e dispensando comprovativos, sem prejuízo de penalização dos infratores, bem como promovendo a obtenção oficiosa de informação já detida pela Administração Pública; c) Assegurar uma comunicação eficaz e transparente, através da divulgação das suas atividades, das formalidades exigidas, do acesso à informação, da cordialidade do relacionamento, bem como do **recurso a novas tecnologias**; d) **Privilegiar a opção pelos procedimentos mais simples, cómodos, expeditos e económicos**, sendo em regra o atendimento, bem como o desenrolar de todo e qualquer procedimento administrativo, realizado através de **meios digitais**, e o procedimento apresentado ao cidadão da forma mais simples possível, independentemente da complexidade da organização interna e interadministrativa; e) Adotar procedimentos que garantam a sua eficácia e a assunção de responsabilidades por parte dos funcionários; f) Adotar **métodos de trabalho em equipa**, promovendo a comunicação interna e a cooperação intersectorial, **desenvolvendo a motivação dos funcionários** para o esforço conjunto de melhorar os serviços e

Em ambos os casos, não estamos perante **fontes** (diretas) **de direito** do direito da União Europeia, mas perante **recomendações e, por conseguinte, perante um quase-direito**. Não se trata, pois, de interpretações do **direito à boa administração** constante do art.º 41.º da CDF. No entanto, as normas constantes destas *recomendações* remetem para **princípios gerais de direito positivado**, que constituem, esses sim, direito. Ainda que não se trate de uma densificação normativa, será lícito invocar reconhecimentos alcançados neste domínio para ajudar a clarificar o conteúdo do art.º 41.º

compartilhar os riscos e responsabilidades; g) Garantir a **simplificação da linguagem administrativa** de modo a facilitar o acesso aos serviços públicos e a sua usabilidade.”

¹²² De que se destaca: “O **cidadão tem direito à prestação de serviços de boa qualidade, com urbanidade, respeito e igualdade de tratamento.**” A ética exerce uma influência, que pode ser determinante, sobre o comportamento humano, sobre uma ordem jurídica ou sobre uma ordem económica. Neste sentido, Max WEBER chamou a atenção para a influência que a **ética protestante** exerceu no espírito e na prática do capitalismo, especialmente os valores puritanos da **autodisciplina**, da honra, da sobriedade, do cumprimento do **dever profissional** e da **ambição pelo sucesso**, em que o ser humano procura manifestar a sua gratidão ao Criador (cf. Max WEBER, *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, J. V. C. Mohr 1920/21, 3 vols.). E KANT levou o **pensamento ético** às últimas consequências ao tomar o ser humano como “**instância moral merecedora do respeito dos outros, em condições de igualdade ao outro**”. Daqui resulta para o cidadão a sua pretensão de participação nas determinações e decisões coletivas, em livre concurso de convicções com todos os outros na comunidade.

da CDF, que é um preceito necessitado de densificação. Na insuficiência de apoio no direito positivado, há a possibilidade de recorrer ao direito de desenvolvimento jurisprudencial (“direito jurisdicional”) e ao direito costumeiro.

19. Princípios da integridade na função e da fidelidade à Constituição e ao direito

Os deveres de **honestidade e integridade** estão intimamente ligados à retidão de conduta, à probidade (“**comportar-se direito**”). Por outro lado, a **lealdade às instituições** (e antes de mais à Constituição, ao Estado de direito e ao direito) é um valor fundamental ao qual se tem dado pouca relevância em Portugal, onde a CRP não se refere ao **princípio da lealdade** (nem ao princípio da fidelidade à Constituição)¹²³ e o CPA apenas exige uma cooperação leal

¹²³ Cf. URBAN, Jan Christian, *Freiheitsbeschränkungen aus Gründen von Ethik und Moral*, Marburg, 2015. Porque a obrigação de o funcionário público **ser fiel à Constituição implica não violar com culpa grave ou desleixo funcional normas ou princípios fundamentais da Constituição**, com vista à credibilização democrática dos servidores públicos, os funcionários públicos e os órgãos da Administração **devem abster-se**, mesmo fora do horário do seu serviço, **de qualquer conduta que possa afetar ou comprometer essa credibilização**. Sobre o assunto, cf. SCHRÖDTER, Wolfgang, *Die Wissenschaftsfreiheit des Beamten*, 1974, p. 142.

entre a Administração Pública e a União Europeia (princípio da cooperação leal com a União Europeia). **Leal** é aquele que não falta às suas promessas, que é sincero, franco, honesto, fiel, **escrupuloso cumpridor do seu dever funcional, dedicado, rigoroso no cumprimento da lei e do direito.** O cidadão tem um **direito a que a Administração cumpra o seu dever de fidelidade e de lealdade à Constituição, ao Estado de direito e ao direito.** A lealdade obriga o órgão ou titular de órgão da Administração a **abster-se de qualquer conduta adequada a abalar a confiança que ele deve gerar no cidadão.** O dever de lealdade do funcionário, órgão ou agente, é violado também com qualquer conduta (ação ou omissão) que surja não no interesse público e no rigoroso cumprimento da lei e do direito, mas no interesse próprio ou de terceiro. Neste sentido, concluiu o ac. do STJ de 22.4.2009: “O **dever de lealdade** previsto na al. e), do n.º 1, do art.º 121.º do CT tem um alcance normativo que supera os limites do sigilo e da não concorrência, **impondo ao trabalhador que aja, nas relações com o empregador, com franqueza, honestidade e probidade,** em consonância, aliás, com a **boa fé** que deve presidir à execução do contrato”.

20. Conclusão

No plano dogmático-jurídico podemos e devemos fazer a distinção entre as *normas positivas da lei* (por vezes chamadas *regras*) e os *princípios*. As *normas positivas da lei* são aplicadas sempre que se verificam os pressupostos nelas estabelecidos segundo o esquema “se ... então”, isto é, verificando-se a situação (*Tatbestand*) “A”, aplicar-se-á a consequência (efeito jurídico) “B” (por exemplo, pagará a coima de 500 euros) (processo subsuntivo, assente no esquema: previsão → estatuição)¹²⁴. Quando uma *norma positiva da lei* colide com outra que dispõe em sentido contrário, o conflito de normas positivas é decidido segundo normas próprias, as chamadas “normas de colisão” (em geral: a norma superior derroga a norma inferior; a norma posterior derroga a norma anterior, a norma especial derroga a norma geral). A colisão de normas é resolvida pela imposição de uma norma que afasta a aplicação de outra(s).

¹²⁴ Por exemplo: a Constituição garante a **inviolabilidade da dignidade humana**. Esta garantia compreende o reconhecimento de um domínio essencial da vida privada que está absolutamente protegido. Quando, num caso concreto, seja violado o domínio (núcleo) essencial da dignidade humana – que exige avaliações – isso significa que é violada a dignidade humana. Não há aqui harmonização possível e, assim, não há lugar a ponderação segundo o princípio da proporcionalidade.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

Diferentes, na sua essência, são os *princípios*. No caso concreto, se dois ou mais *princípios* colidirem entre si, o conflito não é resolvido pela imposição de um princípio com a consequente derrogação ou não aplicação do(s) outro(s), mas **o intérprete e aplicador dos princípios deve procurar que todos os princípios aplicáveis no caso concreto se desenvolvam individualmente o mais possível**. Parte-se da avaliação no caso concreto (“quanto mais”) para a ponderação face a outros princípios (“tanto mais”). Por exemplo, “quanto maior for a relevância do bem atingido e quanto maior for o grau de ingerência no bem afetado, tanto mais deverão ser as cautelas preventivas a ter”. Assim, estando em causa um conflito entre a inviolabilidade do domicílio e a necessidade de segurança pública, os dois princípios devem ser **conciliados (harmonizados em concordância prática) e o reconhecimento de um não pode eliminar o outro**. Entre princípios em conflito não há uma primazia à partida. Face ao caso concreto, o intérprete e aplicador deve **ponderar a intensidade da ingerência** (no princípio ou direito fundamental) **e efetuar a ponderação** (comparação/confrontação) **com o outro direito** (princípio) fundamental em conflito, p. ex. o interesse de informação do público. Por exemplo, no caso concreto, quanto mais

intensamente tiver sido atingido o direito à personalidade (por exemplo na forma de uma **ofensa à honra**), tanto mais a liberdade de informação do público tem de ser relegada para segundo plano e vice-versa. A resolução dos litígios efetua-se, assim, por **avaliações** efetuadas com base na **proporcionalidade e na (justa) ponderação**. Trata-se de, no caso concreto, estabelecer a “concordância prática” entre os princípios em conflito.

Numa linguagem própria da economia, mas também necessária no direito, trata-se de **otimizar**, no caso concreto, os princípios aplicáveis, sem maximizar um em detrimento (à custa) do(s) outro(s). Esta maximização ou otimização é feita por ponderação dos princípios aplicáveis e que no caso concreto se apresentam em concurso, não para realizar um ou outro, mas para realizar os dois na maior medida possível, eventualmente com a prevalência de um sobre o outro, mas nunca com a derrogação do outro. Nenhum dos princípios em conflito é inteiramente (e no seu núcleo essencial) sacrificado.

Os princípios são normas de otimização (e não de derrogação) **que se realizam por ponderação**. Quem interpreta e aplica princípios está constitucionalmente obrigado a realizá-los o melhor possível e na máxima medida possível. O intérprete e aplicador de princípios deve

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

aproximar-se quanto possível da perfeição como esforço de otimização (“**intérprete e aplicador Hércules**”). Diferentemente das normas positivas, os princípios conduzem a relações de convivência e de primazia e não se impõem de forma absoluta uns aos outros. A medida do ótimo é estabelecida por ponderação face às circunstâncias específicas do caso concreto. O facto de os princípios (tal como as cláusulas gerais, como por exemplo “ordem e segurança públicas”) serem formulados de modo substancialmente abstrato, cria dificuldades de verificação quanto ao seu âmbito de aplicação a situações de facto em concreto. Por isso, o Estado de direito exige a especificação ou determinação (objetivação) dos princípios (tal como também das cláusulas gerais). Essa especificação, quando não seja feita na própria Constituição, deve ser feita por lei (ordinária) do parlamento.

Bibliografia:

AARNIO, Aulis: “Taking Rules Seriously”, *ARSP*, Separata n.º 42 (1989), pág. 180 e segs.; *idem*, “Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de direito democrático”, in: *Revista de Direito Administrativo*, n.º 217, 1999; *idem*, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in: *Staat*

1990, pág. 49 e segs.; *idem*, "Constitutional Rights, Balancing and Rationality", *in: Ratio Juris*, vol. 16, n.º 2, 2003; *idem*, "Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica", *in: Revista Doxa*, n.º 5, 1988; *idem*, *Constitucionalismo Discursivo*, trad. de Luis Afonso Heck, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; *idem*, *El concepto y la validez del derecho*, 2.ª ed., Barcelona, Gedisa, 2004; *idem*, "Jürgen Habermas's Theory of Legal Discourse", *in: Cardozo Law Review* 17 (1996), pág. 1027 e segs.; *idem*, *On the structure of legal principles*, *Ratio Juris*, vol. 13, n.º 13, setembro de 2000, pág. 294 e segs.; *idem*, *Teoria Discursiva do Direito*, tradução de Gomes Trivisonno, 2.ª ed., Editora Forense 2014; *idem*, *Theorie der juristischen Argumentation*, 3.ª ed., 1996; *idem*, *Theorie der Grundrechte*, 1984 (2.ª ed. 1994) (versão em castelhano: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (*Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002); versão em português: *Teoria dos Direitos Fundamentais*, São Paulo, Malheiros, 2006.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

- AMORIM, Leticia Balsamão. "A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy", *in: Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n.º 165, jan./mar. 2005, pág. 123 e segs.
- ATIENZA, Manoel, "Entrevista a Robert Alexy", *in: Revista Doxa*, n.º 24, 2001, pág. 674 e segs.
- ÁVILA, Humberto Bergmann, *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3.ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2004; *idem*, "A distinção entre princípios e regras", *in: Revista de Direito Administrativo*, 215 (1999): 151 e segs.
- BARCELLOS, Ana Paula de, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005; *idem*, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo, "O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais", Brasília, Brasília Jurídica, 2003.
- BOBBIO, Norberto, *O positivismo jurídico*, São Paulo, Ícone, 1995; *idem*, *Teoria da norma jurídica*, 2. ed. São Paulo, Edipro, 2003.

- BONAVIDES, Paulo: *Curso de direito constitucional*, 33.^a ed., São Paulo: Malheiros, 2018.
- BOROWSKI, Martin: *Grundrechte als Prinzipien: Die Unterscheidung von prima facie-Position und definitiver Position als fundamentaler Konstruktionsgrundsatz der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 2.^a ed. 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3.^a ed., Coimbra, Almedina, 1999.
- DWORKIN, Ronald, *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002; *idem*, *O Império do Direito*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, Martins Fontes, 3.^a ed., 2014; *idem*, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977 (versão em português: *Levando os direitos a sério*, São Paulo, Martins Fontes, 2002).
- ESSER, Josef: *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 3.^a ed., Tübingen: J.C.B. Mohr, 1974.
- FARIAS, Edilsom Pereira de, *Colisão de Direitos: a honra, a intimidade, a vida privada, a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

- GRAU, Eros Roberto, *Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito*, 3.^a ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- GÜNTHER, Klaus: *Der Sinn für Angemessenheit: Anwendungsdiskurse in Moral und Recht*. Frankfurtam Main: Suhrkamp, 1988.
- HABERMAS, J.: *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, 2 vols., tradução de Flávio Siebeneichler, Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 2003; *idem, Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1998.
- HARE, Richard M.: *Moral Thinking: Its Levels, Method And Point*, Oxford: Clarendon Press, 1987.
- HART, Herbert L. A.: *The Concept of Law*, New York, Oxford University Press, 1994; 2.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2002.
- HESSE, Konrad, Cf. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20.^a ed., 1995. (versão em português: *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, trad. de Luís Afonso Heck, Porto Alegre, 1998).

- LARENZ, Karl, *Metodologia da Ciência do Direito*, trad. de José LAMEGO, 3.^a ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- MACCORMICK, Neil: *Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Oxford Univ. Press, 1995.
- MAIA, Antônio Cavalcanti / SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, "Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy", in: PEIXINHO, Manoel Messias, *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2001.
- MÜLLER, Friedrich: *Juristische Methodik*, vol. I, 11.^a ed., Berlim, Duncker & Humblot, 2013 (1.^a ed., 1971); *idem*, *Strukturierende Rechtslehre*, 2.^a ed., Berlim, Duncker & Humblot, 1994 (1.^a ed., 1984).
- NEUMANN, Franz: *O Império do Direito: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna*, tradução de Rúrion MELO, São Paulo, Quartier Latin, 2013.
- RAABE, Marius: *Grundrechte und Erkenntnis. Der Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers*, Nomos, 1998.
- RAZ, Joseph: *Practical Reason and Norms*, Oxford, Oxford University Press, 1975.

Princípios jurídico-fundamentais no Estado de Direito

- ROSS, Alf: *Directive and Norms*, London, Routledge & Kegan Paul, 1968.
- SARMENTO, Daniel, "Critérios de resolução das tensões entre princípios constitucionais: a ponderação de bens", in: TORRES, Ricardo Lobo (org.), *Teoria dos direitos fundamentais*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999; *idem*, *A ponderação de interesses na Constituição Federal de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2000.
- SIECKMANN, Jan-Reinard: *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, Nomos, 1990.
- SILVA, Luis Virgílio Afonso da, "O proporcional e o razoável", in: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, abril, vol. 91, n.º 798, 2002; *idem*, "Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção", in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, I (2003) pág. 607-630.
- SOUSA, António Francisco de Sousa, *Manual de Direito Administrativo*, Porto, Vida Económica, 2019; *idem*, *Direito Administrativo Europeu*, Porto, Vida Económica, 2016; *idem*, *Administração Pública e Direito Administrativo – Novos Paradigmas*, Porto, Vida Económica, 2016.

STEINMETZ, Wilson Antônio, *Colisão de direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2001.

WEINBERGER, Christiane/WEINBERGER, Ota: *Logik, Semantik, Hermeneutik*, München, C.H. Beck, 1979.

WILLIAMS, Bernard: "Conflict of Values", *in*: Bernard Williams, Moral Luck (ed.), *Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge: Cambridge University Press, 1981.

