

Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello¹

1. Introdução

Com o apoio de 1,3 milhão de assinaturas, a Lei Complementar nº 135/2010 surgiu fruto de iniciativa popular e, posteriormente, acabou aprovada, a uma só voz, nas duas Casas do Legislativo Federal. E assim o foi porque constatada realidade umbilicalmente ligada à cultura nacional: a quase falência das convenções na escolha dos candidatos, em virtude de os órgãos dos Partidos não implementarem a almejada triagem, com base no perfil dos que se apresentam para concorrer a cargos eletivos. Tais aspectos, somados à pequena visibilidade dos eleitores quanto às informações relativas aos candidatos, impossibilitam o exercício pleno da democracia.

Essa Lei veio dezesseis anos após introduzidos, no § 9º do artigo 14 da Lei Fundamental, outros elementos, visando a preservar, acima de tudo, a coisa pública. Com a Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994, inseriu-se, no artigo 9º, que lei de inelegibilidade preveria exigências voltadas a proteger – vocábulo empregado pelo legislador – a probidade administrativa e a moralidade para o exercício do mandato. Então, incluiu-se algo que apresenta conceito aberto: a vida pregressa, que tem como sinônimo “idoneidade” e que, na maioria das vezes, é definida no campo administrativo². Tudo se dá a partir do bom-senso, da ordem natural das coisas, da razoabilidade, da proporcionalidade, tendo em conta esse

1

MARCO AURÉLIO MELLO é Ministro do Supremo e do Tribunal Superior Eleitoral e Presidente do IMAE – Instituto Metropolitano de Altos Estudos das Faculdades Metropolitanas Unidas.

2

Isso ocorre, por exemplo, quanto ao segmento da advocacia, importantíssimo na busca da justiça, assim como, presente a Carta da República, no tocante àqueles que, egressos da advocacia, devem ocupar cadeira no Tribunal Superior Eleitoral, que, nos últimos tempos, vem se mostrando rígido, devolvendo listas tríplices encaminhadas pelos Regionais quando o indicado já tenha sido acionado no Judiciário, quer no campo cível, quer no criminal.

conceito aberto – o alusivo à vida pregressa, ou seja, o que vem antes, e também o referente à idoneidade.

O propósito moralizante da nova legislação – digno de elogio – não impediu que brotassem questionamentos jurídicos, os quais chegaram à Corte Constitucional brasileira. O primeiro caso envolveu a pretensão de aplicação imediata da Lei Complementar nº 135. Após precedente no qual se assentou o contrário, prevaleceu, no Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que a norma tem impactos no processo eleitoral, daí porque não poderia valer para as eleições do ano de 2010, em razão do disposto no artigo 16 da Lei Maior³. A postergação da eficácia da nova lei atrasou debate ainda mais importante: a compatibilidade com os dispositivos da Carta Federal, em especial com os princípios da irretroatividade e da presunção de inocência.

O julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 29 e 30 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.578 pelo Supremo, finalizado em 16 de fevereiro de 2012, trouxe tais temas à balha. A conclusão pela constitucionalidade integral da chamada “Lei da Ficha-Limpa” foi objeto de grande repercussão na mídia nacional, sendo inequivocamente um dos casos mais importantes examinados pelo Tribunal nos últimos anos. Do ponto de vista político, pode ser a grande virada que se espera no cenário eleitoral brasileiro – é a esperança de todos nós. Por tais razões, decidi agrupar, num todo coerente, as reflexões que veiculei em Plenário nessa memorável ocasião, certo de que a questão ainda há de repercutir no campo doutrinário.

2. Objeto

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Popular Socialista formalizaram ações declaratórias de constitucionalidade tendo por objeto a Lei Complementar nº 135, de 4 de julho de 2000, denominada “Lei da Ficha-Limpa”, autuadas sob os números 29 e 30. O ato alterou a Lei Complementar nº

3

Tais mudanças não puderam ser imediatamente aplicadas, em razão do entendimento do Supremo no Recurso Extraordinário nº 633.703, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no sentido de que tal pretensão estaria em conflito com o artigo 16 da Carta Federal. O acórdão foi publicado em 18 de novembro de 2011.

64/1990, criando outras hipóteses de inelegibilidade eleitoral. A seguir, transcrevo as inovações:

Art. 2º A Lei Complementar nº 64, de 1990, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 1º (...)

I – (...)

c) o Governador e o Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal e o Prefeito e o Vice-Prefeito que perderem seus cargos eletivos por infringência a dispositivo da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término do mandato para o qual tenham sido eleitos;

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes:

1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público;

2. contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência;

3. contra o meio ambiente e a saúde pública;

4. eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade;

5. de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública;

6. de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores;

7. de tráfico de entorpecentes e drogas afins, racismo, tortura, terrorismo e hediondos;

8. de redução à condição análoga à de escravo;

9. contra a vida e a dignidade sexual; e

10. praticados por organização criminosa, quadrilha ou bando;

f) os que forem declarados indignos do oficialato, ou com ele incompatíveis, pelo prazo de 8 (oito) anos;

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político, que forem condenados em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes;

(...)

j) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, por corrupção eleitoral, por captação ilícita de sufrágio, por doação, captação ou gastos ilícitos de recursos de campanha ou por conduta vedada aos agentes públicos em campanhas eleitorais que impliquem cassação do registro ou do diploma, pelo prazo de 8 (oito) anos a contar da eleição;

k) o Presidente da República, o Governador de Estado e do Distrito Federal, o Prefeito, os membros do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa, das Câmaras Municipais, que renunciarem a seus mandatos desde o oferecimento de representação ou petição capaz de autorizar a abertura de processo por infringência a dispositivo da Constituição Federal, da Constituição Estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou da Lei Orgânica do Município, para as eleições que se realizarem durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes ao término da legislatura;

l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

m) os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, pelo prazo de 8 (oito) anos, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário;

n) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, em razão de terem desfeito ou simulado desfazer vínculo conjugal ou de união estável para evitar caracterização de inelegibilidade, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão que reconhecer a fraude;

o) os que forem demitidos do serviço público em decorrência de processo administrativo ou judicial, pelo prazo de 8 (oito) anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário;

p) a pessoa física e os dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais tidas por ilegais por decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral, pelo prazo de 8 (oito) anos após a decisão, observando-se o procedimento previsto no art. 22;

q) os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória, que tenham perdido o cargo por sentença ou que tenham pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar, pelo prazo de 8 (oito) anos;

(...)

§4º A inelegibilidade prevista na alínea *e* do inciso I deste artigo não se aplica aos crimes culposos e àqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo, nem aos crimes de ação penal privada.

§ 5º A renúncia para atender à desincompatibilização com vistas a candidatura a cargo eletivo ou para assunção de mandato não gerará a inelegibilidade prevista na alínea *k*, a menos que a Justiça Eleitoral reconheça fraude ao disposto nesta Lei Complementar.” (NR)

“Art. 15. Transitada em julgado ou publicada a decisão proferida por órgão colegiado que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o **caput**, independentemente da apresentação de recurso, deverá ser comunicada, de imediato, ao Ministério Público Eleitoral e ao órgão da Justiça Eleitoral competente para o registro de candidatura e expedição de diploma do réu.” (NR)

“Art. 22. (...)

XIV – julgada procedente a representação, ainda que após a proclamação dos eleitos, o Tribunal declarará a inelegibilidade do representado e de quantos hajam contribuído para a prática do ato, cominando-lhes sanção de inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos 8 (oito) anos subsequentes à eleição em que se verificou, além da cassação do registro ou diploma do candidato diretamente

beneficiado pela interferência do poder econômico ou pelo desvio ou abuso do poder de autoridade ou dos meios de comunicação, determinando a remessa dos autos ao Ministério Público Eleitoral, para instauração de processo disciplinar, se for o caso, e de ação penal, ordenando quaisquer outras providências que a espécie comportar;

XV – (revogado);

XI – para a configuração do ato abusivo, não será considerada a potencialidade de o fato alterar o resultado da eleição, mas penas a gravidade das circunstâncias que o caracterizam.” (NR)

“Att. 26-A. Afastada pelo órgão competente a inelegibilidade prevista nesta Lei Complementar, aplicar-se-á, quanto ao registro de candidatura, o disposto na lei que estabelece normas para as eleições.”

“Att. 26-B. O Ministério Público e a Justiça Eleitoral darão prioridade, sobre quaisquer outros, aos processos de desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade até que sejam julgados, ressalvados os de **habeas corpus** e mandado de segurança.

§ 1º É defeso às autoridades mencionadas neste artigo deixar de cumprir qualquer prazo previsto nesta Lei Complementar sob alegação de acúmulo de serviço no exercício das funções regulares.

§ 2º Além das polícias judiciárias, os órgãos da receita federal, estadual e municipal, os tribunais e órgãos de contas, o Banco Central do Brasil e o Conselho de Controle de Atividade Financeira auxiliarão a Justiça Eleitoral e o Ministério Público Eleitoral na apuração dos delitos eleitorais, com prioridade sobre as suas atribuições regulares.

§ 3º O Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público e as Corregedorias Eleitorais manterão acompanhamento dos relatórios mensais de atividades fornecidos pelas unidades da Justiça Eleitoral a fim de verificar eventuais descumprimentos injustificados de prazos, promovendo, quando for o caso, a devida responsabilização.”

“Att. 26-C. O órgão colegiado do tribunal ao qual couber a apreciação do recurso contra as decisões colegiadas a que se referem as alíneas *d*, *e*, *h*, *j*, *l* e *n* do inciso I do art. 1º poderá, em caráter cautelar, suspender a inelegibilidade sempre que existir plausibilidade da pretensão recursal e desde que a providência tenha sido expressamente requerida, sob pena de preclusão, por ocasião da interposição do recurso.

§ 1º Conferido efeito suspensivo, o julgamento do recurso terá prioridade sobre todos os demais, à exceção dos de mandado de segurança e de **habeas corpus**.

§ 2º Mantida a condenação de que derivou a inelegibilidade ou revogada a suspensão liminar mencionada no **caput**, serão

desconstituídos o registro ou o diploma eventualmente concedidos ao recorrente.

§ 3º A prática de atos manifestamente protelatórios por parte da defesa, ao longo da tramitação do recurso, acarretará a revogação do efeito suspensivo.”

Segundo aduziram os requerentes, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 633.703, o relator teria suscitado vários questionamentos no tocante à constitucionalidade da Lei Complementar nº 135, causando dúvidas a respeito da respectiva aplicabilidade. Em razão disso, asseveraram existir relevante controvérsia sobre o tema, juntando decisões de distintos Tribunais Regionais para comprová-la. Aludiram especialmente ao entendimento do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Sergipe – segundo o qual a norma em debate não seria aplicável a fatos anteriores à vigência – em sentido diametralmente oposto ao do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais. Postularam, assim, a declaração de constitucionalidade da integralidade do diploma aludido.

A Confederação Nacional das Profissões Liberais – CNPL formalizou ação direta de inconstitucionalidade contra o artigo 2º da Lei Complementar nº 135/2010, especificamente quanto à inclusão da alínea “m” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, dispondo serem inelegíveis, pelo prazo de oito anos, os que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional, salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.

Segundo argumentou, os conselhos profissionais são órgãos de fiscalização do exercício de profissão, motivo pelo qual as sanções que eventualmente aplicam não deveriam extravasar o universo corporativo. Sustentou que entendimento diverso conferiria poderes exorbitantes a entidades de direito privado, a ponto de viabilizar-lhes a imposição de inibições em área completamente estranha a elas. Ressaltou descaber equiparar os processos administrativo e judicial, porquanto neste são asseguradas todas as garantias do devido processo legal, o que não ocorreria naquele. Alegou existirem casos de utilização de processos disciplinares para fim de retaliação política, deturpação que, conforme salientou, será potencializada pela previsão legal.

O julgamento foi iniciado em 1º de dezembro de 2011, sessão na qual o Ministro Luiz Fux, relator, proferiu voto proclamando parcialmente procedentes as

ações declaratórias e improcedente a ação direta. Sucedeu-se o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli. A apreciação foi retomada em 15 de fevereiro de 2012. A complexidade da causa fez com que os debates não pudessem ser encerrados nessa data, tendo sido suspensos e retomados no dia seguinte. Finalmente, em 16 de fevereiro, o Plenário assentou a procedência das ações declaratórias, vencidos – em parte mínima, mas substancial, ou seja, quanto a apanhar a nova lei atos e fatos anteriores –, além de mim, os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, e a improcedência da ação direta, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cezar Peluso, em diferentes extensões.

3. Análise das inelegibilidades

Houve alteração da alínea “c” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, elastecendo-se o prazo de inelegibilidade no caso de perda de cargos eletivos por infringência a dispositivo de constituição estadual, da Lei Orgânica do Distrito Federal ou de lei orgânica de município. Por meio de opção político-normativa, dilatou-se o período de três anos subsequentes ao término do mandato, atinente à perda do cargo, para oito. Nesse ponto, não existe dúvida quanto à constitucionalidade. Afinal, o constituinte originário não cuidou de fixar qualquer baliza nesse campo.

Na alínea “d” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, com a alteração introduzida pela de nº 135/2010 – no campo da representação a ser processada e julgada pela Justiça Eleitoral –, apareceu, pela primeira vez, a referência a decisão proferida por órgão colegiado. Evidentemente, partiu-se da premissa de que, em se tratando de pronunciamento de colegiado, a presunção do acerto é maior, tendo em vista a experiência dos integrantes e o concurso de ideias. Não se mostra inconstitucional, para chegar-se ao objetivo precípua da Lei Complementar nº 135/2010 – a ocupação dos cargos eletivos por quem busque nele servir e não dele se servir –, levar-se em conta decisão proferida por órgão colegiado, embora ainda sujeita a reforma. Esta se dá, muitas vezes, em sede cujo acesso é bem afunilado – a extraordinária –, pois quase sempre o órgão colegiado está representado por um Tribunal: de Justiça ou Regional. Acrescento que essa norma valoriza a atividade dos colegiados.

Relativamente à alínea “e” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990, a consideração do pronunciamento criminal, do título

criminal condenatório, estava submetida à preclusão maior, ao trânsito em julgado. O preceito versava o período de três anos quanto à inelegibilidade, contado da observância da decisão. Elasteceu-se esse prazo para oito anos, unidade de tempo tomada em geral nos diversos dispositivos da Lei Complementar nº 135. Presente a nova redação, tem-se como móvel da inelegibilidade decisão individual transitada em julgado ou acórdão proferido por colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de oito anos após o cumprimento da pena. Na lei foram fixados os parâmetros para definir-se o espaço de tempo em que o condenado por órgão colegiado, na esfera criminal, permanece inelegível.

Provém do principal rol das garantias constitucionais, o do artigo 5º, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. O preceito sinaliza que, antes do trânsito em julgado de decisão em tal sentido, é vedado haver a execução da pena. O dispositivo versa consequências no campo penal, e não da inelegibilidade. Não obstaculiza a consideração – não de simples denúncia recebida pelo Juízo competente, como havia na Lei Complementar anterior à 64 –, para ter-se a inelegibilidade, de pronunciamento colegiado, que quase sempre vem à balha no campo da revisão – não se afastando, contudo, a possibilidade da atuação originária –, para saber-se se aquele que se apresenta visando a ter o nome sufragado pelos concidadãos possui, ou não, vida pregressa irreprochável, livre de dúvidas quanto à adequação do candidato para ocupar o cargo. Cabe lembrar que pregresso significa o que se passou antes, anterior, precedente, e vida pregressa, a história pessoal.

O prazo previsto na Lei – tendo em conta que muitos apostam na morosidade da Justiça – resultou de válida opção político-normativa dos representantes do povo brasileiro, Deputados Federais, e dos representantes dos Estados, os Senadores. Seria possível afirmar que o pronunciamento colegiado gera a inelegibilidade e, simultaneamente, em data posterior a essa decisão, assentar não ser ele marco temporal quanto ao período de inelegibilidade? Não. O contrário equivaleria a mitigar o tempo previsto, de forma expressa, no preceito. A questão alusiva à projeção da inelegibilidade por oito anos, após o cumprimento da pena, não assusta, por não ser nova no cenário jurídico. Vale frisar que é viável considerar o condenado reincidente, observados os cinco anos seguintes ao cumprimento da pena relativa ao crime pretérito. A definição de cinco ou oito anos ocorreu no âmbito da opção político-normativa.

Imaginemos um acórdão em 2010 que implique condenação à pena de três anos. Suponhamos que, de início, desafie recurso especial, para o Superior Tribunal de Justiça, e extraordinário – pela própria nomenclatura, e estrito senso, já que o especial também é de natureza extraordinária –, para o Supremo. Ante essa interposição simultânea⁴, o extraordinário fica aguardando o esgotamento da jurisdição do Superior Tribunal de Justiça. Se, depois do julgamento do recurso especial, viesse a formalização de embargos de declaração, de embargos de divergência, de novos declaratórios, para, somente após, chegar-se ao enfrentamento da matéria no Supremo, a tramitação do processo nos dois Tribunais, de modo otimista, demoraria cinco anos. Isso tudo, cumpre consignar, no âmbito penal, em que a projeção da decisão final no tempo mostra-se importantíssima em virtude dos efeitos da prescrição. Então, durante o período de cumprimento da pena de três anos – no que, ante a redação constitucional primitiva, dá-se a suspensão dos direitos políticos – e mais oito após, haverá a inelegibilidade tal como prevista na alínea “e” do inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64/1990. Se fosse mitigada a norma aprovada pelos legisladores, cogitando-se da subtração do espaço temporal entre o pronunciamento condenatório e a data do trânsito em julgado, o que ocorreria? Onze anos (oito mais três) menos cinco – sem levar em conta argumento extremado no tocante à sanção de inelegibilidade por vinte, vinte e cinco ou trinta anos –, estaria o cidadão inelegível por apenas seis anos, quando se pode vislumbrar até a viabilidade de, em sede extraordinária, persistir a pendência nos dois Tribunais, tendo em vista a multiplicidade de recursos passíveis de serem interpostos, por dez anos. Então, no caso de condenação a três anos, restaria apenas um ano de inelegibilidade.

De qualquer forma, na maioria das vezes, apesar de ser direito da parte, fica projetada no tempo, em muito, a preclusão maior. É possível que o Ministério Público não recorra. A defesa quase sempre o faz na via afunilada de acesso à sede extraordinária, evitando o trânsito em julgado. Ato da própria parte nortearia o período referente à inelegibilidade.

Restringindo-se ao aspecto acadêmico-jurídico, verifica-se a incongruência: a um só tempo, pode-se dizer que a decisão do Colegiado provoca a inelegibilidade para, em passo seguinte, afastar-se o espaço entre esse pronunciamento

4

A interposição simultânea veio à balha com a Carta de 1988, quando se criou o Superior Tribunal de Justiça, ferindo de morte inclusive o princípio da unidade recursal – um recurso para cada situação decisória.

e o trânsito em julgado? A detração revela-se imprópria, porque, consoante o texto legal, há prazo contínuo a partir do pronunciamento do Colegiado até oito anos após o cumprimento da pena. O legislador estabeleceu que o acusado e condenado estará inelegível, a menos que acabe absolvido posteriormente. Quanto maior a pena – presume-se prática em gravidade superior –, será também mais dilatado o período de inelegibilidade. Não existe plausibilidade em afirmar-se que o pronunciamento judicial conduz à inelegibilidade e depois, se transitar em julgado, estando selada a culpa, expungir-se o interregno entre ambos, como propôs o Ministro Luiz Fux. Não cabe endossar a postura daqueles que, repita-se, acreditam na morosidade da Justiça. Por vezes são protocolados sucessivos recursos com o intuito de projetar no tempo o trânsito em julgado da decisão, com vistas a não se observar o decreto condenatório. Adotada como o foi a opção político-normativa, o período consignado pelo legislador não implicou falta de razoabilidade. Deve-se ter em mente o objetivo precípua: a proteção da probidade administrativa.

Qualquer crime conduz à inelegibilidade? Não. Há rol exaustivo a versar as práticas que merecem quase a excomunhão maior. Por que foi necessário aditar a Carta de 1988 para dispor sobre a moralidade acerca da vida pregressa? Porque a pessoa que comete crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público não pode se achar habilitada para ocupar um cargo representativo. Na Itália, depois do trânsito em julgado, a condenação por crime contra a economia popular deságua no impedimento até mesmo de votar. O eleitor decai da condição de sufragar quem quer que seja para cargo político. Evidentemente, após o cumprimento da pena, a atuação política ativa – ser eleitor – é possível, mas, enquanto isso não acontecer, os direitos políticos ficam suspensos.

Prosseguindo nos demais crimes, verificam-se aqueles contra o patrimônio privado, o sistema financeiro, o mercado de capitais e os previstos na lei que regula a falência. Se o cidadão faliu no campo privado, o que buscará no setor público? Há também os crimes contra o meio ambiente e a saúde pública, os eleitorais, para os quais a lei comine pena privativa de liberdade, de abuso de autoridade, nos casos em que houver condenação à perda do cargo ou à inabilitação para o exercício de função pública, de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, de tráfico de entorpecentes e drogas afins – ao lado da corrupção, o tráfico, provavelmente, figura como o delito que mais danos causa à sociedade –, racismo, tortura, terrorismo e hediondos, de redução à condição análoga à de escravo, contra a vida e a dignidade

sexual, e praticados por organização criminosa – tipo até hoje não definido –, quadrilha ou bando.

Diante desses crimes, sob o ângulo do prazo, a Lei não poderia ser considerada desarrazoada. Incumbe declarar a inconstitucionalidade somente em razão da existência de conflito frontal com o texto da Carta da República. Descabido seria entender desse modo com o fim de reduzir prazo fixado e, mediante jurisdição constitucional, estabelecer, aleatoriamente, outro lapso temporal. Não há texto que, de maneira explícita, leve à conclusão da inconstitucionalidade desse preceito. Frise-se que uma coisa é definir selada a culpa de alguém para efeitos criminais. Algo diverso é considerar contexto – no campo legislativo, não no administrativo – para assentar que o cidadão não apresenta vida pregressa – que deve mostrar-se irrepreensível – capaz de respaldar a candidatura a cargo eletivo.

A alínea “f” do inciso I do artigo 1º, alterado pela Lei Complementar nº 135/2010, apenas estampou o aumento do prazo de quatro para oito anos.

Na alínea “g”, que também já constava na Lei Complementar nº 64/1990, foi inserido elemento subjetivo que atende aos interesses do próprio candidato: a previsão de, para configurar-se a inelegibilidade, a rejeição das contas ter de resultar de irregularidade insanável, além de ato doloso de improbidade administrativa.

Modificado o texto da alínea “h”, alude-se novamente aos que buscaram obter vantagem por meio “de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional”, se beneficiados eles próprios ou “terceiros”. Mais uma vez, surgem a referência a decisão de Tribunal e o aumento do lapso temporal. A necessidade, nesse caso, mostrou-se maior quanto a essa dilação de três para oito anos.

Também foram incluídos preceitos novos no artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 64/1990, seguindo-se as alíneas “j” a “q”.

Na alínea “k”, versa-se a inelegibilidade resultante da renúncia ao mandato eletivo. Renúncia é ato de vontade, que surte efeitos pelo respectivo implemento, não depende da aquiescência de ninguém. Não se deve confundir o que previsto nesse preceito com outra regra da Constituição que obstaculiza, quando já instaurado o processo, a renúncia por parlamentar. Verifica-se a opção do legislador de

apontar que os que hajam renunciado – já assuntado o colegiado que os julgaria administrativamente quanto ao resultado desse processo – para fugir à cassação, ou seja, voltando as costas à responsabilidade e ao próprio órgão a que integrado, não podem concorrer “durante o período remanescente do mandato para o qual foram eleitos e nos 8 (oito) anos subsequentes”. Eis prazo que pode chegar a quase dezesseis anos. Basta considerar o mandato de Senador. Há exemplo dessa situação no cenário nacional: eleições verificadas, renúncia em 2003, candidatura e eleição subsequentes.

Na alínea “l”, pela quinta vez, o legislador homenageou o pronunciamento de Tribunal, consideradas as diversas alíneas do inciso I do artigo 1º.

Na alínea “m”, prevê-se a inelegibilidade dos que forem excluídos do exercício da profissão, por decisão sancionatória do órgão profissional competente, em decorrência de infração ético-profissional. Isso quer dizer que, se não está apto ao exercício da profissão, também não poderá representar o povo brasileiro. Pressupõe-se não o excepcional, o teratológico, mas o que normalmente ocorre – o procedimento correto das entidades e instituições pátrias. Com a cláusula final da referida alínea, veio a contracautela: “salvo se o ato houver sido anulado ou suspenso pelo Poder Judiciário.” No rol das garantias constitucionais, vê-se que o acesso ao Judiciário é assegurado para afastar lesão a direito ou até mesmo ameaça de lesão a direito. O poder de cautela é ínsito ao Judiciário. Quem se considerar prejudicado, perseguido em órgão de classe, sempre terá a oportunidade de bater às portas do Judiciário e buscar medida acauteladora para que se suspenda a eficácia do ato e, por consequência, também a inelegibilidade.

Quanto à alínea “n” do inciso I do artigo 1º, a Justiça Eleitoral vinha glosando simulações, sem assentar, ante a ausência de previsão legal, a inelegibilidade por prazo de oito anos. O preceito, para que incida, depende de decisão que reconheça a fraude, o vício na manifestação de vontade, no que dissolvido o vínculo conjugal ou o revelador da união estável.

Segundo dispõe a alínea “o”, são inelegíveis os que forem demitidos do serviço público em razão de processo administrativo – pressupondo-se o devido processo administrativo, com o contraditório e a ampla defesa – ou judicial, pelo prazo de oito anos, contado da decisão, salvo se o ato houver sido suspenso ou anulado pelo Poder Judiciário. Não precisaria sequer estar prevista essa possibilidade, porque presente na Carta Federal.

Na alínea “p”, surge a inelegibilidade da pessoa física e dos dirigentes de pessoas jurídicas responsáveis por doações eleitorais assentadas ilegais em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado da Justiça Eleitoral. Evidentemente, se o indivíduo se engaja em tentativa de macular a lisura do pleito eleitoral, natural que se lhe recaia a pecha da inelegibilidade.

Por fim, a alínea “q” estabelece serem inelegíveis, pelo prazo de oito anos, os magistrados e os membros do Ministério Público que forem aposentados compulsoriamente por decisão sancionatória – aposentadoria-sanção –, que tenham perdido o cargo por sentença, já que somente dessa forma se perde cargo vitalício, ou que hajam pedido exoneração ou aposentadoria voluntária na pendência de processo administrativo disciplinar. Ninguém requer aposentadoria ou exoneração gratuitamente, mas para fugir de algo, abrindo mão até do contraditório e da ampla defesa.

Com isso, segundo penso, ficam avaliados, em ordem, todos os preceitos inovadores da Lei Complementar nº 135/2010.

4. Ficha-limpa e irretroatividade

Os dispositivos da Lei Complementar nº 135/2010 são harmônicos com a Constituição Federal e visam à correção de rumos nessa sofrida República, nessa sofrida pátria, considerado o passado que é do conhecimento de todos. No campo de valores, entretanto, sobrepõe-se princípio mais caro, que deve ser sopesado: o alusivo à segurança jurídica.

Paga-se um preço módico por se viver em um Estado Democrático, ao alcance de todos – a observância ao arcabouço normativo, especialmente o constitucional –, e essa convivência pressupõe a estabilidade das relações jurídicas. Cabe verificar, então, a constitucionalidade da aplicação da Lei Complementar nº 135 a atos e fatos jurídicos que tenham ocorrido antes do advento do referido Diploma, que é de junho de 2010. Na seara penal, conforme a Constituição, a lei só retroage para beneficiar o acusado. No campo dos tributos, a lei que os crie ou altere entra em vigor apenas no exercício seguinte e, ainda assim, obedecido, quanto à exigibilidade do tributo, o prazo nonagesimal. Revela-se cláusula pétrea a do respeito às situações

aperfeiçoadas consoante a legislação da época, inclusive no tocante às consequências jurídicas.

Eis possível problema futuro: a Lei Complementar nº 135/2010, editada quando muito próximas as eleições, foi afastada em relação a um Senador da República que renunciou em 2003, e o mandato, presente o pleito de 2010, ainda se encontra em curso. Placitada essa Lei pelo Supremo, como o foi e apenas nisso fiquei vencido, exercerá ele esse mandato, mesmo estando inelegível? Sim, porque, diante da renúncia, o que se tem? Perdura a inelegibilidade enquanto existente o mandato que deveria estar sendo exercido até oito anos após – empossado em 2003, permanece até 2010, ficando inelegível nos oito anos seguintes, será alcançado o ano 2018.

Vamos consertar o Brasil, mas vamos consertar para frente, considerada a segurança jurídica. É ela princípio basilar, medula do Estado Democrático de Direito. Não se pode cogitar de segurança jurídica quando, à mercê de novos diplomas legais, deva-se viver aos sobressaltos, aos solavancos, impondo-se sanção quanto a ato e fato pretéritos. Em vez de modificação normativa, instala-se verdadeira revolução, quando vale tudo.

Alguns argumentos veiculados durante o julgamento não se coadunam com a visão que tenho sobre os temas. A tese de que não haveria retroatividade autêntica, mas apenas “retrospectividade”, não prospera. O Supremo já assentara a impossibilidade de lei alcançar fatos passados sob qualquer título ou fundamento, jurisprudência que vinha de longa data. Talvez essa fosse a única regra aplicada sem exceções ao longo da existência do Tribunal. Quanto à alegação de que o § 9º do artigo 14 da Carta Federal conteria uma cláusula de retroação, por aludir à vida pregressa, afasto-a com base em duas premissas. Primeira: cuida-se de norma produzida pelo poder constituinte derivado e jamais poderia relativizar uma cláusula pétrea. Segunda: é evidente que os fatos colhidos deveriam ser aqueles ocorridos a partir da vigência da lei que os qualificou como negativos. Na pior das hipóteses, a Lei Complementar nº 135 não deveria aplicar-se aos atos que, ao tempo em que vieram à balha, eram absolutamente lícitos, como no caso de renúncia.

O Plenário do Supremo, contudo, adotou outro entendimento. E, como é dito, por se tratar do órgão judiciário máximo da Federação, o Supremo não erra!

5. Conclusão

Em linhas gerais, essas foram as considerações expendidas por ocasião do julgamento já mencionado. O Supremo foi sensível às vozes das ruas e avançou com importante precedente na defesa da moralidade na gestão pública. A jurisdição constitucional se fez em sintonia com os anseios da sociedade e o melhor dos mundos surge quando há harmonia com a Carta Federal. O Tribunal acenou com a relativização – embora sob as vestes de argumentos juridicamente sofisticados – de importante garantia da cidadania: a irretroatividade das leis. No particular, continuo convencido da impropriedade do enfoque. No balanço entre avanços e retrocesso, é inegável que o saldo se mostrou positivo.

OS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE APLICAÇÃO DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS CONTRATUAIS

Hermano de Oliveira Santos¹

Resumo: Este trabalho procura caracterizar a observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório no âmbito do processo de aplicação de sanções administrativas contratuais, valendo-se de evidências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema, confrontadas aos conceitos e categorias da Teoria Geral do Processo e às especificidades do Direito Administrativo.

Palavras-chave: princípios jurídicos; ampla defesa; contraditório; processo administrativo; sanções administrativas contratuais.

Sumário: Introdução. 1. Conteúdo dos princípios da ampla defesa e do contraditório. 2. Definição do conceito processo administrativo. 3. Especificidades do processo de aplicação de sanções administrativas contratuais. Conclusão. Referências.

Introdução

No Estado de Direito Democrático, os princípios da ampla defesa e do contraditório constam do rol de direitos e garantias fundamentais. São referidos também na legislação infraconstitucional, com destaque para os códigos de processo. Em sua configuração contemporânea, hão de ser observados tanto nos processos judiciais quanto nos processos administrativos, como integrantes do devido processo legal.

O objetivo deste trabalho é esclarecer a relação existente entre esses princípios e o processo de aplicação de sanções administrativas contratuais. Para realizá-lo, serão analisadas evidências legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias sobre o tema. Tendo em vista as características particulares do objeto de estudo, essas evidências serão confrontadas, *pari passo*, aos conceitos e categorias da Teoria Geral do Processo.

A partir da definição do conteúdo dos princípios em questão, passando pela definição do conceito processo administrativo, e pelo levantamento de algumas especificidades do tipo de processo sob análise, espera-se apresentar conclusões que ajudem a entender melhor os institutos jurídicos a ser observados pela Administração Pública, ao exercer a prerrogativa de aplicar sanções ao particular que deixou de cumprir a contento ou não cumpriu suas obrigações contratuais.

1. Conteúdo dos princípios da ampla defesa e do contraditório

O passo inicial na definição do conteúdo de um dado princípio jurídico é identificar se ele é explícito ou implícito². Lembrando o que diz Eros Roberto Grau (2005, p. 42) a propósito dessa classificação, os princípios explícitos podem ser diretamente “recolhidos do texto da Constituição ou da lei”; os implícitos, diferentemente, são “inferidos como resultado da análise de um ou mais

preceitos constitucionais ou de uma lei ou conjunto de textos normativos da legislação infraconstitucional”, ou, ainda, “coletados no Direito pressuposto”³.

No caso da ampla defesa e do contraditório, é possível afirmar que se está diante de princípios explícitos, uma vez que eles estão consubstanciados expressamente em textos normativos. No ordenamento jurídico brasileiro, estão previstos tanto na Constituição Federal, quanto nos Códigos de Processo, como em leis setoriais, caso da Lei 9.784/1999.

Ainda segundo Grau (2005, p. 155-183), os princípios, assim como as regras, têm natureza de normas jurídicas⁴. Grau (idem) afirma que a diferença entre as espécies é estrutural: as regras são normas jurídicas de estrutura fechada, pois que nelas tanto a hipótese quanto a consequência normativa estão descritas de modo mais ou menos detalhado, na maioria dos casos ocorrendo um enquadramento mais ou menos direto dos fatos ou atos ao descrito em seu conteúdo normativo; já os princípios são normas jurídicas de estrutura aberta, pois que seu conteúdo normativo carece permanentemente de definição ou redefinição, com base em aspirações ideológicas que moldam não apenas o comportamento humano em determinado momento histórico, mas também fundamentam a validade das regras que o disciplinam.

Nesse sentido, pois, a ampla defesa e o contraditório são normas da espécie princípios, haja vista que não são de todo definidos numa premissa, mas em grande parte compostos caso a caso.

Sem embargo, de observar que, por serem produtos de uma longa tradição da teoria e da prática, os princípios jurídicos, em geral, apresentam núcleos de significação reconhecíveis. Tratando especificamente da ampla defesa e do contraditório, a doutrina identifica duas características bem marcantes: são princípios constitucionais⁵ e têm caráter processual.

Com efeito, no Estado de Direito Democrático, esses princípios têm sede na Constituição, o que em absoluto não desfigura seu caráter processual, antes lhes reforça a eficácia, conferindo-lhes força normativa constitucional⁶.

Em regra, constam do rol de direitos e garantias fundamentais, como na Constituição Federal brasileira, que dispõe, no art. 5º, LV, que “aos litigantes⁷, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”⁸.

Referindo-se à ampla defesa, Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 234) diz que, com esse dispositivo, a Constituição assegura aos litigantes, indiciados, ou acusados, “condições que lhe[s] possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade”. Usando termos próprios do Direito Penal, ao qual esse princípio está historicamente ligado, afirma que

O conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado. Essa igualização não pode ser absoluta, porque autor e réu são coisas diferentes. Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais. O autor pode escolher o momento da propositura da ação. Cabe-lhe, pois, o privilégio da iniciativa, e é óbvio que

esse privilégio não pode ser estendido ao réu, que há de acatá-lo e a ele submeter-se. Daí a necessidade de a defesa propiciar meios compensatórios da perda da iniciativa. A ampla defesa visa, pois, a restaurar um princípio da igualdade entre as partes que são essencialmente diferentes (BASTOS, 2001, p. 235).

E conclui dizendo que “Às alegações, argumentos e provas trazidos pelo autor é necessário que corresponda igual possibilidade de geração de tais elementos por parte do réu” (Idem).

Já a propósito do contraditório, Bastos (2001, p. 235) afirma que ele se insere na ampla defesa, e que a ela se confunde quase que integralmente, na medida em que uma defesa “não pode ser senão contraditória”. Diz, então, que

O contraditório é, pois, a exteriorização da própria defesa. A todo ato produzido caberá igual direito da outra parte de opor-lhe ou de dar-lhe a versão que lhe convenha, ou ainda de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. Daí o caráter dialético do processo, que caminha através de contradições a serem finalmente superadas pela atividade sintetizadora do juiz (BASTOS, 2001, p. 235).

Uadi Lammêgo Bulos (2009, p. 533), por sua vez, afirma que “O conteúdo do princípio constitucional do contraditório é claro: garantir aos litigantes o direito de ação e o direito de defesa, respeitando-se a igualdade das partes”. Afirma também que esse princípio “visa a satisfazer, de um lado, a necessidade de levar aos interessados o conhecimento da existência do processo, e, de outro, ensinar a possibilidade de as partes defenderem-se daquilo que lhes for desfavorável” (BULOS, 2009, p. 533).

Quanto à ampla defesa, Bulos (2009, p. 533 e 534) diz que se trata do princípio constitucional “que fornece aos acusados em geral o amparo necessário para que levem ao processo (...) os argumentos necessários para esclarecer a verdade, ou, se for o caso, faculta-lhes calar-se, não produzindo provas contra si mesmos”. Diz também que se trata “de um corolário do contraditório”, e que são inseparáveis⁹ (BULOS, 2009, p. 534).

Segundo a doutrina, pois, os princípios da ampla defesa e do contraditório são complementares, podendo-se afirmar que, na prática, convergem para um mesmo fim, de matriz constitucional, que é o de conferir ao demandado a oportunidade de se defender das alegações do demandante e de contraditar os argumentos por ele apresentados. Tal aspecto comporta dois elementos, como referido acima: para que a finalidade constitucional seja alcançada, a autoridade responsável por julgar a demanda deve informar que foi suscitada uma controvérsia e estabelecer prazo para a defesa e contradita. Assim, informado da iniciativa do demandante, o demandado poderá apresentar, dentro de certo prazo, em sua defesa, outra versão dos fatos controversos. A autoridade julgadora, então, deverá formar sua convicção considerando ambas as versões.

Dito isso, cumpre analisar a segunda característica marcante da ampla defesa e do contraditório, que é o seu caráter processual. Essa característica tem o sentido de informar as demais normas de procedimento, tanto jurisdicional quanto administrativo, como se viu no citado dispositivo constitucional¹⁰.

Importa dizer que a ampla defesa e o contraditório constituem garantias do devido processo legal, visto que reconhecem o direito de os litigantes, indiciados ou acusados, em processo judicial ou administrativo, não apenas se defenderem de imputações, como também apresentarem sua versão dos fatos, em suma, o direito à realização de um julgamento justo¹¹.

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover lembram que a expressão devido processo legal diz respeito ao

conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 82).

No tocante ao contraditório, dizem que se trata de “garantia fundamental da justiça” e que diz respeito ao “princípio da audiência bilateral”¹², o *audiatur et altera pars* dos romanos (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 55). Para explicar essa noção, observam que

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, coloca-se entre as partes, mas equidistante delas: ouvindo uma, não pode deixar de ouvir a outra; somente assim se dará a ambas a possibilidade de expor suas razões, e apresentar suas provas, de influir sobre o convencimento do juiz. Somente pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve (Idem).

Ao tratarem da ampla defesa, limitam-se a dizer que é uma garantia “que o contraditório possibilita e que com este mantém íntima ligação, traduzindo-se na expressão *nemo inauditus damnari potest*” (Idem).

Os atos processuais por meio dos quais a ampla defesa e o contraditório ocorrem na prática revelam dois elementos. Em primeiro lugar, a informação, ou “a necessidade de que se dê ciência a cada litigante dos atos praticados pelo juiz e pelo adversário. Somente conhecendo-os, poderá ele efetivar o contraditório” (Idem, p. 56). Em segundo lugar, se a lide envolver

direitos disponíveis (...), não deixa de haver o pleno funcionamento do contraditório ainda que a contrariedade não se efetive. É o caso do réu em processo civil, que, citado em pessoa, fica revel (...). Sendo indisponível o direito, o contraditório precisa ser efetivo e equilibrado: mesmo revel o réu em processo-crime, o juiz dar-lhe-á defensor (...) e entende-se que, feita uma defesa abaixo do padrão mínimo tolerável, o réu será dado por indefeso e o processo anulado (Idem, p. 56 e 57).

Voltando à ampla defesa, de lembrar o que diz José Cretella Neto (2002, p. 63): “é imprescindível que as partes sejam regularmente cientificadas da existência do processo (...) e de todos os atos subsequentes, durante seu desenvolvimento”¹³. Ele salienta, no entanto, que não basta que “ao réu [ou acusado, em geral] seja garantido o direito de ser informado do processo e dos atos processuais. É necessário, também, que se respeite a chamada bilateralidade da audiência (...) e que, além disso, seja assegurado, também, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida” (CRETELLA NETO, 2002, p. 66).

De fato, como diz ele,

Inseparável da noção moderna de processo, consiste o princípio do contraditório em garantia fundamental da distribuição de justiça pelo Estado: não se admite, em qualquer espécie de processo, que às partes seja concedido tratamento desigual, do qual resulte qualquer tipo de favorecimento ou vantagem a uma delas, em prejuízo da outra ou de terceiros (Idem, p. 69).

Ele afirma, então, que o contraditório deve ser entendido em dois planos:

primeiramente, deve a lei estabelecer meios para a participação equilibrada dos litigantes [acusados em geral] no processo, cabendo ao juiz franquear-lhe esses meios; em segundo lugar, segundo enfatiza, inovadoramente, Cândido Rangel Dinamarco, o próprio juiz deve participar do julgamento a ser realizado, exercendo ele também o contraditório, no sentido de que a ele incumbe assegurar a plena observância do princípio. A garantia apresenta, portanto, dupla feição: é simultaneamente direito das partes e é também dever do juiz (Idem, p. 69 e 70).

E conclui dizendo que

é preciso assinalar que a observância ao princípio implica que as leis processuais concedam, a quem demandar ou for demandado no processo, suficientes e razoáveis oportunidades para serem ouvidos e para produzir provas. Não se exige a efetividade do exercício desse direito, que não poderá ser invocado posteriormente, caso a parte interessada não se utilize, por omissão ou negligência, dos meios de defesa, de dedução de provas ou de interposição de recursos de que disponha, segundo a lei (Idem, p. 71).

Tendo em vista o que foi citado, de perceber que a ampla defesa e o contraditório integram o sistema de princípios conhecido como devido processo legal, isto é, o modo de o Estado, com base no estabelecido previamente em lei, proceder ao julgamento das controvérsias levadas a sua apreciação. Isso quer dizer, portanto, que a ampla defesa e o contraditório são concretizados sempre que a autoridade julgadora, a fim de se desincumbir de seus deveres, faz observar os direitos, faculdades e poderes das partes, entre os quais se destacam o direito de ser ouvido, a faculdade de se defender de imputações e o poder de produzir provas. Desse modo, o Estado promove a justiça de um ponto de vista objetivo, postando-se entre duas posições processuais antagônicas e antitéticas, isto é, garante que a controvérsia seja solucionada harmônica e sinteticamente, ao conferir a ambas as partes a oportunidade de se pronunciar, apresentar a sua versão dos fatos e comprovar o que dizem.

Por fim, cabe esclarecer se a ampla defesa e o contraditório, princípios jurídicos explícitos, previstos expressamente em normas constitucionais e infraconstitucionais de caráter processual, reconhecem direitos ou estabelecem garantias.

Segundo Carlos Sánchez Viamonte (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 527), “as garantias são normas positivas – e, portanto, expressas na Constituição ou na lei –, que asseguram e protegem um determinado direito”.

Rui Barbosa (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 528), mais incisivamente, afirma que “Direito ‘é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos’. Garantia ou segurança de um direito é o requisito de legalidade, que o defende da ameaça de certas classes de atentados de ocorrência mais ou menos fácil”.

Ainda mais minuciosa é a análise de Jorge Miranda, para quem, enquanto

Os direitos representam só por si certos bens, as garantias destinam-se a assegurar a fruição desses bens; os direitos são principais, as garantias são acessórias e, muitas delas, adjetivas (ainda que possam ser objeto de um regime constitucional substantivo); os direitos permitem a realização das pessoas e inserem-se direta e imediatamente, por isso, nas respectivas esferas jurídicas, as garantias só nelas se projetam pelo nexo que possuem com os direitos; na acepção jusracionalista inicial, os direitos declaram-se, as garantias estabelecem-se (...). As liberdades assentam na pessoa, independentemente do Estado; as garantias reportam-se ao Estado em atividade de relação com a pessoa; As liberdades são formas de a pessoa agir, as garantias modos de atuação ou de atuação do Estado; As liberdades valem por aquilo que vale a pessoa, as garantias têm valor instrumental e derivado (*apud* BONAVIDES, 2009, p. 528 e 529).

A partir desses entendimentos, é possível afirmar então que a ampla defesa e o contraditório, mais precisamente, estabelecem garantias, em vez de reconhecer direitos. De fato, tanto a interpretação dos textos normativos quanto a leitura da doutrina citados autorizam afirmar que os diversos direitos subjetivos, pessoais ou reais, individuais ou coletivos, são assegurados, nos processos judiciais como nos administrativos, pelas garantias processuais da ampla defesa e do contraditório, as quais, se por um lado protegem referidos direitos do arbítrio, seja de um particular, seja do Estado, por outro institui o dever estatal de conformar e conduzir tais processos no sentido de proteger ao máximo aqueles direitos, num permanente equilíbrio entre a pretensão do que é pedido e o cabimento do que é devido.

2. Definição do conceito processo administrativo

Tudo o que foi dito no item anterior encontra fundamento, *in ultima ratio*, na Teoria Geral do Processo. Entretanto, em razão do diferenciado estágio de desenvolvimento das diversas disciplinas jurídicas, a análise desenvolvida toca mais de perto aquelas disciplinas que se relacionam com o processo judicial, principalmente os processos cíveis e criminais. Assim, como o objeto do presente trabalho é um particular processo administrativo, mister definir esse conceito.

Para tanto, cumpre esclarecer, inicialmente, as diferenças existentes entre os conceitos processo e procedimento, o que vem a ser a chamada relação jurídica processual, como se dá a bilateralidade em sede de processo administrativo e quais são os tipos de processo compreendidos nessa espécie.

Segundo Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 277), o processo tanto “pode ser encarado pelo aspecto dos atos que lhe dão corpo”, quanto “pelo aspecto das relações entre os seus sujeitos”, noção que é “essencialmente teleológica”, dado que o “processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a vontade concreta da lei”. Já o procedimento, afirmam eles, é “o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo”, noção que é “puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem” no tempo e são corporificados no conjunto de documentos chamados autos (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 277 e 278).

Assim, na definição do conceito processo, a doutrina inclui não apenas os atos do procedimento, mas também as relações entre os denominados sujeitos processuais. A propósito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 282) dizem que “o processo não se reduz a mero procedimento, mero regulamento das formas e atos do juiz e [das] partes, ou mera sucessão de atos”. Dizem eles, então, que o processo,

como complexa ligação jurídica entre os sujeitos que nele desenvolvem atividades, é em si mesmo uma relação jurídica (relação jurídica processual), a qual, vista em seu conjunto, apresenta-se composta de inúmeras posições jurídicas ativas e passivas de cada um dos seus sujeitos: poderes, deveres, faculdades, sujeição, ônus (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, p. 282 e 283).

Avançando na análise, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 285) observam que o processo é um procedimento em contraditório, no sentido de que a Constituição, ao impor a observância desse princípio nos processos judiciais e administrativos, positiva “a exigência política de que a preparação de sentenças e demais provimentos estatais se faça mediante o desenvolvimento da relação jurídica processual”. Desse modo, afirmam eles, o processo é legitimado pelo procedimento e pelo contraditório, uma vez que, se por um lado a exigência de legalidade dos atos do procedimento serve “para que o material preparatório do julgamento final seja recolhido e elaborado segundo regras conhecidas de todos”, por outro lado essa preocupação com a legalidade dos atos só tem sentido “na medida em que a observância do procedimento constitua meio para a efetividade do contraditório no processo” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 286). E concluem:

É assegurando às partes os caminhos para participar e meios de exigir a devida participação do juiz em diálogo que o procedimento estabelecido em lei recebe sua própria legitimidade e, ao ser devidamente observado, transmite ao provimento final a legitimidade de que ele necessita (Idem).

A respeito da ideia de relação jurídica processual, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 286) lembram que a doutrina enumera como elementos distintivos dessa espécie de relação jurídica os seus sujeitos, o seu objeto e os seus pressupostos. Explicam eles que os sujeitos são o Estado, o demandante e o demandado, ou, como diziam os romanos, *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, em que o Estado exerce um poder de decisão a que estão sujeitos tanto o demandante como o demandado, em situações jurídicas contrapostas (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 286). O objeto é um serviço a ser prestado pelo Estado às partes, isto é, o provimento estatal que visa à harmonização dos direitos e deveres contrapostos (Idem, p. 288). E os pressupostos são a regularidade da demanda, a capacidade de quem a formula e a competência daquele a quem caberá proceder à mencionada harmonização (Idem, p. 288 e 289).

Diante desse quadro, parece mais clara a noção de que os atos processuais, por força da ampla defesa e do contraditório, devem ser bilaterais. Em observância a esses princípios, tendo o demandante apresentado a demanda regularmente, o Estado deve instaurar o processo e dele dar ciência ao demandado. Desse momento em diante, até o provimento estatal final, a regularidade da

relação entre demandante e demandado está condicionada à bilateralidade, visto que a cada ato do primeiro deve ser dado conhecimento ao segundo, para que dele possa se defender e contraditá-lo, apresentando a sua versão dos fatos, assim como eventuais razões que o beneficiem.

José Cretella Jr. (1997, p. 567), falando em autonomia do processo administrativo, lembra que ele “está regulamentado por uma série de regras características, típicas, que o distinguem de seus congêneres – processo penal, processo civil – também autônomos, com métodos próprios, normas próprias, princípios e objetos peculiares”.

Já segundo Aurélio Guaita (*apud* CRETELLA JR., 1997, p. 567 e 568),

Por definição, o processo administrativo é uma categoria do gênero processo, do que concluímos – não importa a disparidade existente – que as conclusões a que se chegou na Teoria Geral do Direito Processual sejam perfeitamente válidas para nós. O processo administrativo é essencialmente idênticos às demais espécies de processo.

Dito isso, o próprio Cretella Jr. (1997, p. 572) apresenta a seguinte definição para o conceito:

processo administrativo, *lato sensu*, é o conjunto de atos e formalidades que, antecedendo e preparando o ato administrativo, permite que o Estado atinja seus fins, concretizando a vontade da Administração, quer expressa espontaneamente, quer por provocação do particular ou do funcionário lesados em seus direitos.

Assim, é possível afirmar que o processo administrativo distingue-se das demais espécies de processo em função das normas de procedimento, do objeto e dos sujeitos.

De observar, no entanto, que a expressão processo administrativo possui mais de uma acepção, o que conduz à conclusão de que existem tipos dentro da espécie.

Como afirma Cretella Jr. (1997, p. 577), a definição por ele apresentada corresponde ao sentido mais geral do conceito, aquele segundo o qual todo ato administrativo deve ser precedido por um processo administrativo que embase a decisão administrativa nele expressa.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 478), citando Carlos Ari Sundfeld, lembra que “entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo”, e que o ato “é o produto de um processo ou procedimento através do qual a possibilidade ou a exigência supostas na lei em abstrato passam para o plano de concreção”.

Esse tipo pode ser chamado de processo administrativo *lato sensu*.

Há, porém, um outro sentido, mais específico, segundo o qual o processo administrativo indica “que houve algo de anômalo no serviço público e que alguém precisa responder pela irregularidade verificada”, isto é, que, ocorrida uma lesão a interesse do Estado, cumpre identificar os autores e proceder a sua responsabilização, não por órgão judicial, mas por órgão administrativo (CRETELLA JR., 1997, p. 578).

Nesse sentido mais específico, cumpre lembrar o *caput* do art. 1º da Lei 9.874/1999, segundo o qual essa lei “(...) estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos

administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração”. É dizer, pois, que, de acordo com essa lei, objeto do processo administrativo são tanto os direitos dos administrados quanto o cumprimento dos deveres administrativos, tendo como sujeitos, de um lado, os administrados, e de outro, a Administração Pública.

Cretella Jr. (1997, p. 573), citando Corujo, diz que, nesse sentido de processo administrativo, comparece, de um lado, a Administração, não como Poder, que corresponde ao Estado, mas como gestora dos interesses públicos, “de ofício” ou “a pedido da parte”, para solicitar ou reclamar algo dos administrados, particulares ou funcionários, impor-lhes medidas ou resolver-lhes as solicitações, reclamações ou recursos, ou prestar um serviço público.

Ainda Cretella Jr. (1997, p. 574) afirma que “A pendência do processo, qualquer que seja, determina entre os sujeitos participantes uma relação jurídica – relação jurídico-processual, relação especial –, antes inexistente, que estabelece entre os sujeitos interessados vínculos juridicamente relevantes e juridicamente regulados”. Diz ele que, nessa relação, “a Administração é parte, bem como o administrado figura também nessa qualidade e com essa denominação” (CRETELLA JR., 1997, p. 575).

Cretella Jr. (1997, p. 573) ainda manifesta o entendimento de que,

Ao passo que no Direito processual comum, peculiar a outros ramos do Direito, a regra é a interferência de três elementos, dois que perseguem interesses opostos (partes) e um que orienta a demanda (juiz) (...), no processo administrativo a regra geral simplifica a mencionada relação, que passa a ser de apenas “duas” partes principais, Administração e administrado.

Já esse segundo tipo pode ser chamado de processo administrativo *stricto sensu*, ou, mais especificamente, de processo administrativo restritivo ou constritivo: visa a instruir uma determinada decisão administrativa, expressa num ato administrativo específico, isto é, visa a apurar irregularidades e aplicar sanções administrativas disciplinares àqueles que, sob a denominação de administrados, possuem algum vínculo com a Administração Pública, o que revela que a relação jurídica processual está fundada numa anterior relação jurídica material, conhecida como sujeição administrativa geral¹⁴. É o caso, por exemplo, dos tipos de processo administrativo de restrição sanitária e de constrição tributária.

Em sentido ainda mais específico, os tipos de processo administrativo previstos nos arts. 143 a 182 da Lei 8.112/1990 e nos arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, que estabelecem quais são os atos e os prazos próprios à aplicação de sanções administrativas aos servidores públicos, a primeira, e aos contratados pela Administração Pública, a segunda. Nesse sentido, objeto do processo administrativo é o cometimento ou não de faltas disciplinares previstas em lei, no primeiro caso, e o cumprimento ou não de obrigações contratuais, no segundo caso, estando presente em ambos os casos o poder de aplicar sanções conferido à Administração Pública; são sujeitos processuais o servidor público ou o particular contratado, de um lado, e a própria entidade ou órgão de vinculação ou contratante, do outro lado.

Esse terceiro tipo, também processo administrativo *stricto sensu*, pode ser chamado, com maior precisão, de processo administrativo disciplinar¹⁵, uma vez que, dada a natureza da relação jurídica material entre a Administração Pública e os servidores ou contratados, denominada sujeição administrativa especial¹⁶, o objetivo é qualificar condutas e, quando necessário, aplicar sanções com vistas a restabelecer a disciplina e normalidade administrativas.

3. Especificidades do processo de aplicação de sanções administrativas contratuais

Voltando a análise ao particular sentido de processo administrativo objeto deste trabalho, importa definir o que lhe seja específico.

Como apontado, no processo de aplicação de sanções administrativas contratuais, de um lado está a entidade ou órgão contratante e do outro, o particular contratado. Nesse tipo de processo, pois, a demanda diz respeito, de um lado, ao interesse da entidade ou órgão contratante, como integrante da Administração Pública que é, de coibir condutas anticontratuais e aplicar as correspondentes sanções administrativas; do outro lado, ao interesse do particular contratado de ser isento de fatos a ele imputados e das consequentes sanções pelo atraso no cumprimento ou pelo não-cumprimento de suas obrigações contratuais.

Questão interessante diz respeito à definição da autoridade competente para julgar essa demanda. Para tanto, mister fazer alguns esclarecimentos.

Como citado acima, Cretella Jr. (1997) entende que, no processo administrativo, em geral, a Administração Pública é parte julgadora, e não parte e julgadora, isto é, segundo ele, não haveria, no processo administrativo, relação jurídica processual entre três sujeitos, apenas entre dois. De observar, no entanto, que esse entendimento não se coaduna às conclusões da Teoria Geral do Processo. Senão vejamos.

Primeiramente, convém considerar o princípio da imparcialidade, segundo o qual, no Estado de Direito Democrático, o julgamento sempre cabe a um terceiro sujeito, em posição processual equidistante das duas partes: sem a presença desse terceiro sujeito, que não defende interesses, mas a quem cabe equacionar interesses contrapostos de outros dois sujeitos de direito, qualquer julgamento se torna parcial¹⁷. Em segundo lugar, não havendo, como não há no Brasil, órgão que julgue contencioso administrativo, a solução de controvérsias, em sede administrativa, dá-se na própria estrutura em que têm lugar essas controvérsias.

Assim sendo, a efetivação do poder de aplicar sanções administrativas contratuais há de caber àquele que, dentro da organização administrativa, não tenha contato direto com os fatos controversos e por essa razão se presuma isento, a ocupar posição própria de quem se desincumbe de uma prerrogativa, não de quem defende um interesse.

Cumpra distinguir, portanto, a capacidade processual e a competência decisória da entidade ou órgão contratante. Nesses termos, então, demandante é a própria entidade ou órgão, a quem, por meio da unidade responsável pela gestão do contrato, toca a iniciativa do processo; autoridade julgadora é a autoridade máxima dessa entidade ou órgão, a quem, não na qualidade de sua representante, mas como presentante do Estado, cabe a decisão final em sede administrativa.

Definidos o objeto e os sujeitos processuais, importa analisar as normas de procedimento próprias do processo de aplicação de sanções administrativas contratuais.

A propósito, Bandeira de Mello (2008, p. 491) identifica normas a que atribui a qualificação de princípios, “com fundamento explícito ou implícito na Constituição”, de caráter processual administrativo. São eles: princípios da audiência do interessado, da acessibilidade aos elementos do expediente, da ampla instrução probatória, da motivação, da revisibilidade, da representação e assessoramento, da lealdade e boa-fé, da verdade material, da oficialidade, da gratuidade e do informalismo¹⁸ (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 491 e 492).

Ainda Bandeira de Mello (2008, p. 495 e 496) diz que os seis primeiros princípios citados no parágrafo anterior “têm, no caso dos procedimentos restritivos ou ablativos de direito, o mesmo fundamento, isto é, o art. 5º, LV, da Constituição”.

Cumpra esclarecer, com o mesmo Bandeira de Mello (2008, p. 490), que “Os procedimentos [administrativos] restritivos podem ser subdivididos em (a) meramente restritivos ou ablativos, como as revogações em geral, e (b) sancionadores, que se preordenam à aplicação de uma sanção”.

Assim, percebe-se que o processo de aplicação de sanções administrativas contratuais é informado, diretamente, por meio daqueles princípios processuais administrativos, e indiretamente, pelos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Com efeito, quando, por exemplo, o art. 87 da Lei 8.666/1993 dispõe que “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado” tais ou quais sanções, está-se referindo diretamente aos princípios da audiência do interessado, da acessibilidade aos elementos do expediente e da ampla instrução probatória, e com isso, indiretamente, aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

Esse dispositivo legal impõe à Administração Pública (autoridade julgadora), quando da aplicação de sanções administrativas contratuais, por intermédio de dada entidade ou órgão contratante (demandante), o dever de garantir ao particular contratado (demandado) todas as oportunidades de se defender e de contraditar as imputações feitas contra ele.

Quanto às normas do tipo regras, os primeiros dispositivos a ser citados são aqueles que se referem aos atos de ciência da instauração do processo e de apresentação de defesa prévia.

Instaurado o processo por iniciativa da demandante, a autoridade julgadora deve dar ciência desse fato ao demandado, para que este, se for do seu interesse, apresente defesa prévia à decisão que venha a aplicar a sanção administrativa contratual cabível.

O § 2º do art. 87 da Lei 8.666/1993 dispõe que, antes da decisão que aplicar determinadas sanções, é “facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis”. Já o parágrafo seguinte, que, previamente à decisão que aplicar uma outra sanção, é “facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista”.

Nesses termos, a Lei 8.666/1993 impõe o dever processual à autoridade julgadora de abrir vistas do processo ao demandado, a quem confere a faculdade de apresentar defesa previamente à decisão que venha a aplicar ou não uma ou mais de uma sanção administrativa contratual. Esse é, pois, o primeiro momento em que se devem observar os princípios da ampla defesa e do contraditório, e quando se estabelece a bilateralidade entre os sujeitos processuais antagônicos.

No tocante aos atos em si, de esclarecer que, ao falar em “abertura de vista”, a lei usa expressão genérica, que significa proporcionar o conhecimento, ou, em outros termos, dar ciência de um fato processual. O ato que o materializa não é nomeado pela própria lei, porém, considerando que por ele não se obriga, mas se faculta a realização de um outro ato, o termo tecnicamente mais preciso para nomeá-lo é notificação, e não, como disposto nos arts. 26 a 28 da Lei 9.784/1999, intimação¹⁹.

Ainda em relação à facultatividade da apresentação de defesa prévia, convém lembrar que o art. 27 da Lei 9.784/1999 dispõe que “O desatendimento da intimação [*sic*, notificação] não importa o reconhecimento da verdade dos fatos (...). Parágrafo único. No prosseguimento do processo, será garantido direito de ampla defesa ao interessado”. Por essa razão, se o demandado, tendo sido notificado, não apresentar defesa prévia, a autoridade julgadora deverá formar a sua convicção, senão em contraditório, então a partir de seus próprios poderes instrutórios; não poderá, como se viu, aplicar os efeitos da revelia, considerando verdadeiros os fatos apresentados pelo demandante; ademais, no prosseguimento do feito, deverá garantir a ampla defesa do demandado.

A ampla defesa e o contraditório são ainda observados quando, por força do disposto no art. 109, I, f, e III, da Lei 8.666/1993, o demandado irredimido interpõe recurso contra a decisão da autoridade julgadora. Definido que esta se confunde à autoridade máxima do órgão, seria mais preciso falar em pedido de revisão, e não propriamente recurso, uma vez que, a princípio, não se tem julgamento por instância superior, mas por aquela mesma que proferiu a decisão. Justifica-se a interposição de pedido de revisão à autoridade julgadora “em face de razões de legalidade e de mérito”, conforme disposto no *caput* do art. 56 da Lei 9.784/1999.

Por fim, questão interessante a esclarecer diz respeito à imprescindibilidade ou não, para a garantia da ampla defesa e do contraditório nos processos de aplicação de sanções administrativas contratuais, de defesa técnica do demandado, isto é, de sua representação por advogado. A propósito, tanto a lei específica (Lei 8.666/1993) quanto a lei geral (Lei 9.784/1999) nada dispõem. De indagar, pois, como responder a essa questão, haja vista os princípios constitucionais e o mencionado princípio processual administrativo da representação e assessoramento.

Segundo Bulos (2009, p. 534), insere-se no conteúdo “do princípio constitucional da ampla defesa a chamada defesa técnica – aquela exercida pela atuação profissional de um advogado”, a qual, segundo ele, “Além de ser um direito, (...) é, também, uma garantia, porque tem por escopo atingir uma solução justa”.

De fato, essa opinião se coaduna às exigências de garantia do devido processo judicial. Já no caso do processo administrativo, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante 5, segundo a qual “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”. Também o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do RMS 25061/PE, por exemplo, invocando a citada Súmula Vinculante 5, assim ementou o acórdão:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEFESA TÉCNICA POR ADVOGADO. DESNECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-DEMONSTRADO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. RECURSO IMPROVIDO.

Diante do exposto, conclui-se que a defesa técnica por advogado, em sede de processo administrativo disciplinar, como é o caso daqueles em que se aplicam sanções administrativas contratuais, só é imprescindível quando o reclamarem as circunstâncias, e desde que comprovado que a sua falta represente cerceamento de defesa e prejuízo ao contraditório.

Conclusão

Ao final deste trabalho, em que se procurou verificar, na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras, evidências acerca da observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório no processo de aplicação de sanções administrativas contratuais, conclui-se o seguinte:

1. A ampla defesa e o contraditório, princípios constitucionais explícitos de caráter processual, têm por finalidade garantir aos acusados, também em processos administrativos, os direitos de ser ouvidos, apresentar sua versão dos fatos e produzir provas em seu favor.

2. A ampla defesa e o contraditório integram o sistema do devido processo legal, e têm como função impor à autoridade julgadora o dever de conduzir o processo de modo objetivo, o que significa dizer que ela deve conferir às partes oportunidades equivalentes de atuar no processo, e que ela deve solucionar a controvérsia sem prejuízo algum às diversas situações processuais subjetivas.

3. O conceito processo administrativo possui várias acepções: significa tanto o embasamento necessário e indispensável de todo ato administrativo, quanto a apuração de irregularidades ocorridas que contrapõe a Administração Pública e os administrados ou os servidores, como a aplicação de sanções administrativas a particulares contratados pela Administração Pública.

4. No caso da aplicação de sanções administrativas contratuais, o objeto do processo é o cumprimento ou não de obrigações contratuais, assim como o poder de aplicar tais sanções; e os sujeitos processuais são o particular contratado (demandante), a entidade ou órgão contratante (demandado) e a autoridade máxima dessa mesma entidade ou órgão (autoridade julgadora).

5. Na aplicação de sanções administrativas contratuais, há de se observar não apenas os princípios da ampla defesa e do contraditório, de matriz constitucional e caráter processual, mas também os princípios da audiência do interessado, da acessibilidade aos elementos do expediente, da ampla instrução probatória, da motivação, da revisibilidade, da representação e assessoramento, da lealdade e boa-fé, da verdade material, da oficialidade, da gratuidade e do informalismo, decorrentes daquele e de origem infraconstitucional.

6. Instaurado processo para aplicação de sanções administrativas contratuais, o demandado deverá ser notificado desse fato pela autoridade julgadora, e terá a faculdade de apresentar defesa prévia à decisão desta. Caso não o faça, ainda assim não serão aplicados os efeitos da revelia, devendo a autoridade julgadora formar sua convicção a partir de elementos probatórios que ela mesma venha a colher. Aplicadas sanções, o demandado deverá ser novamente notificado pela autoridade julgadora, e terá a faculdade de interpor pedido de revisão da decisão desta.

7. No processo de aplicação de sanções administrativas contratuais, não é imprescindível a defesa técnica por advogado, consistindo esta outra faculdade do demandado.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5/10/1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/principal.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. **Lei 5.869, de 11/1/1973**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. **Lei 8.112, de 11/12/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. **Lei 8.666, de 21/6/1993**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. **Lei 9.784, de 29/1/1999**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9784.htm>. Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **RMS 25.061/PE**. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=6339593&sReg=200702122941&sData=20091013&sTipo=5&formato=PDF>
Acesso em: 15 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 5**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_016> Acesso em: 15 ago. 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANDIDO, Daniele Chamma. **Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=9136>. Acesso em: 4 jul. 2009.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CRETELLA JR., José. **Curso de Direito Administrativo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos Principiológicos do Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre Interpretação/Aplicação do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

OLIVEIRA JR., Erick Menezes de. A interpretação do Direito Administrativo face aos princípios que o orientam. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 263, 27 mar. 2004. Disponível em:
<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5010>>. Acesso em: 15 ago. 2012.

¹ Especialista em Direito Público pela Universidade Tiradentes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Técnico Judiciário Assessor de Planejamento e Gestão da Secretaria de Administração e Orçamento do Tribunal Regional Eleitoral de Sergipe. Currículo lattes por meio do endereço eletrônico <http://lattes.cnpq.br/8900052310138642>. Contato pelo e-mail hermanosantos@ig.com.br.

² Segundo Judith Martins-Costa, “admite-se hoje que cada ordenamento jurídico inclui duas espécies de princípios: aqueles que vêm expressos por dicção legislativa e o que estão (ainda) inexpressos ou implícitos, sendo recolhidos, retirados ou formulados por dicção judicial” (*apud* OLIVEIRA JR., 2004, p. 5).

³ Eros Roberto Grau (2005, p. 142) sustenta que “o Direito, enquanto nível do todo social – dado que consubstancia um discurso ou uma linguagem dele –, é elemento constitutivo do modo de produção social. Assim, ele já se encontra no interior da estrutura social anteriormente à sua expressão como Direito moderno, vale dizer, produzido pelo Estado”; desse modo, afirma ele, “a forma jurídica é imanente à infra-estrutura, como pressuposto interior à sociedade civil, mas a transcende enquanto posta pelo Estado, como Direito positivo”.

⁴ Luís Roberto Barroso informa que “A dogmática moderna avaliza o entendimento de que as normas jurídicas podem ser enquadradas em duas categorias [dir-se-ia espécies] diversas: as normas-princípio e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema” (*apud* OLIVEIRA JR., 2004, p. 3).

⁵ Importante esclarecer que, no presente trabalho, não se trata dos chamados “princípios político-constitucionais”, mas sim dos “princípios jurídico-constitucionais”. Como lembra Cretella Neto (2002, p. 48), os princípios político-constitucionais são aqueles que ‘explicitam as valorações políticas fundamentais do constituinte’, segundo José Joaquim Gomes Canotilho, isto é, refletem as principais políticas e a ideologia dominante do legislador. Enquadram-se, nesse tipo de princípio, aqueles que definem a forma de Estado (como a organização econômico-social) e a estrutura do Estado (descentralização ou centralização político-administrativa), além daqueles que definem a estrutura do regime político (república, parlamentarismo) e os que caracterizam a forma de governo e a organização política em geral (princípios eleitorais, por exemplo)”. Ainda seguindo o que diz Cretella Neto (2002, p. 48 e 49), diferentemente, princípios jurídico-constitucionais “são aqueles que informam toda a ordem jurídica do país, e o fato de terem sido erigidos ao *status* constitucional, por força de processo de evolução histórica e política, inserindo-os progressivamente na consciência nacional, confere-lhes inequívoca supremacia sobre quaisquer outros. Esses princípios pertencem à ordem jurídica positiva e ‘constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do Direito positivo’”, como é o caso da ampla defesa e do contraditório.

⁶ A propósito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 78 a 80) lembram que atualmente a doutrina acentua “a ligação entre processo e Constituição”, e que é essa a razão de ser da disciplina Direito Processual Constitucional, que tem como um de seus tópicos a chamada “tutela constitucional do processo”, a qual se refere tanto aos direitos de ação e de defesa quanto às garantias do devido processo legal.

⁷ Segundo Cretella Neto (2002, p. 69), “o constituinte usou o termo ‘litigantes’ para designar, indistintamente, o réu (do processo civil), o acusado (do processo penal) e o indiciado (do processo administrativo)”.

⁸ Cretella Neto (2002, p. 62) informa que a ampla defesa e o contraditório “foram objeto de artigo [*sic*] único da [atual] Constituição Federal, enquanto, nos diplomas constitucionais anteriores, os dois princípios estavam separados em diferentes dispositivos”. Conclui, então, que se faz necessário que esses princípios, confundidos também pela doutrina, “sejam diferenciados, pois um é mais abrangente do que o outro: a defesa contém a contradição, mas não se reduz somente a ela” (CRETELLA NETO, 2002, p. 63).

⁹ Bulos (2009, p. 534) adverte que “No campo do inquérito parlamentar, a ampla defesa pode existir sem o contraditório, como decorrência da própria natureza *sui generis* das comissões parlamentares de inquérito”. De observar, entretanto, que nas comissões parlamentares de inquérito não há, propriamente, um processo, nem, afinal, um julgamento, daí porque desnecessário falar, como abordado neste trabalho, em ampla defesa e contraditório.

¹⁰ Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 56) afirmam que “O texto constitucional autoriza o entendimento de que a ampla defesa e o contraditório são também garantidos no processo administrativo não punitivo, em que não há acusados, mas litigantes (titulares de conflitos de interesses)”. Por outro lado, advertem que “A investigação administrativa realizada pela polícia judiciária e denominada inquérito policial não está abrangida pela garantia do contraditório e da [ampla] defesa, mesmo perante o novo texto constitucional, pois nela ainda não há acusado, mas mero indiciado. Permanece de pé a distinção do Código de Processo Penal, que trata do inquérito nos arts. 4º e 23, e da instrução processual nos arts. 394 e 405” (CINTRA, DINAMARCO, GRINOVER, 2003, p. 83).

¹¹ Para Bastos (2001, p. 234), “O direito ao devido processo legal é mais uma garantia do que propriamente um direito. Por ele visa-se a proteger a pessoa contra a ação arbitrária do Estado. (...) É por isto que hoje o princípio se desdobra em uma série de outros direitos, protegidos de maneira específica pela Constituição. A doutrina diz, por exemplo, serem manifestações do ‘devido processo legal’: a) o princípio da publicidade dos atos processuais; b) a impossibilidade de utilizar-se em juízo prova obtida por meio ilícito; c) o postulado do juiz natural; d) contraditório; e) procedimento regular”.

¹² Aprofundando a análise, Cretella Neto (2002, p. 70) afirma que “O princípio do contraditório implica também comandos negativos, dirigidos ao juiz, tais como o da vedação a que tome providências sem que delas dê ciência aos litigantes, ou que profira decisões com fundamento em provas a respeito das quais as partes não tiveram a oportunidade de se manifestar, ou, ainda, a respeito das quais somente uma das partes falou nos autos”.

¹³ Cretella Neto (2002, p. 71) afirma que “o princípio do contraditório ultrapassa o momento inicial da contraposição à demanda, começando a constituir atributo inerente a todos os momentos relevantes do processo; o princípio não é mais meramente formal que atende a determinados requisitos técnicos, mas passa a ser componente contributivo essencial ao estabelecimento de um processo justo”.

¹⁴ Daniele Chamma Candido (2009, p. 10 a 17) conclui que , “com fundamento em sua supremacia geral, a Administração Pública possui competência para restringir o direito de propriedade ou a liberdade de seus administrados de uma maneira geral, aplicando comandos legais que preveem tais limitações, exercendo uma atividade estritamente fiscalizatória do cumprimento desses preceitos, e para sancionar as condutas tidas por ilícitas”.

¹⁵ Candido (2009, p. 77 e 78) afirma que, “uma vez admitido que contrato administrativo é uma hipótese de relação de sujeição especial, forçoso reconhecer que as sanções aplicáveis aos particulares que dele participam são sanções disciplinares, decorrentes do chamado poder disciplinar da Administração”.

¹⁶ Candido (2009, p. 17 a 40) informa que “A distinção entre relação de sujeição geral e relação de sujeição especial surgiu da observação por parte da doutrina de Direito Administrativo da existência de relações jurídicas constituídas entre um ou alguns particulares e a Administração Pública, nas quais o vínculo formado é específico e gera competências mais amplas ao Poder Público. Nesses vínculos, o particular se submete a prerrogativas ou competências administrativas fundamentadas no próprio vínculo especial criado e não dirigidas à sociedade em geral. Portanto, coloca-se o particular sob uma ‘sujeição especial’, e, paralelamente, para a Administração, surge uma ‘supremacia especial’ e, entre as partes, uma ‘relação de sujeição especial’, ou ‘relação especial de sujeição’”.

¹⁷ Ver, a respeito, Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 51 a 53, 293 e 294).

¹⁸ A esse respeito, ver, também, Oliveira Jr. (2004, p. 3 a 8).

¹⁹ Cintra, Dinamarco e Grinover (2003, p. 56) lembram que “a ciência dos atos processuais é dada através da citação, da intimação e da notificação”. Informam eles que “A legislação brasileira não é uniforme no uso desses vocábulos” (Idem, ibidem). De observar, no entanto, que a legislação brasileira, vista em conjunto, principalmente consoante o disposto nos arts. 213 e 214 do Código de Processo Civil, atribui os seguintes significados àqueles termos: citação é o chamamento do réu ao processo; intimação, a ordem para fazer ou deixar de fazer algo no processo; e notificação, qualquer ato de ciência de um fato ou ato processual antecedente.

A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

Irina Elis de Oliveira Gonçalves¹

RESUMO

A grande quantidade de processos que chega ao Supremo Tribunal Federal faz com que, constantemente, revejam-se métodos e criem-se mecanismos para restringir ao órgão Superior apenas os casos juridicamente mais relevantes. Por esse motivo é que existe a atual tendência a trazer os elementos do controle de constitucionalidade concentrado ao controle difuso. Uma das questões resultantes das alterações provocadas por essa tendência diz respeito a modificações no papel do Senado Federal no controle difuso. A discussão gira em torno da capacidade ou não das decisões por via de exceção produzirem efeitos *erga omnes* independentemente da atuação do Senado Federal no afastamento da inconstitucionalidade resolvida incidentalmente. De fato o papel do Senado precisa ser revisto, uma vez que, considerando a força vinculante das decisões do Supremo, sua participação não é mais necessária da mesma forma que foi outrora. Hoje o Senado participa do controle difuso mais em razão de fundamentos históricos e formais do que por razões jurídicas.

PALAVRAS-CHAVE: controle de constitucionalidade; efeito vinculante; decisões do Supremo; papel do Senado Federal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A abstrativização do controle de constitucionalidade difuso e o papel do Senado Federal. 3. Conclusão. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

¹ Pós graduada em Direito Processual Civil, Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe em convênio com a Escola Superior da Magistratura de Sergipe; Bacharel em Direito, Universidade Federal de Sergipe, irina.elis@tjse.jus.br.

Desde a instituição da Súmula Vinculante e a inclusão da repercussão geral como requisito de admissibilidade do recurso extraordinários, implantadas pela EC 45/2004, verifica-se uma tendência a restringir a ação da Suprema Corte às causas eminentemente constitucionais, priorizando sua função precípua – guarda da Constituição Federal – e reduzindo o julgamento das causas privadas em grau recursal.

O resultado tem sido satisfatório, tendo em vista que o volume de processos distribuídos perante o Pretório Excelso caiu para 38.109 em 2011, número bastante inferior quando comparado aos 90.839 distribuídos em 2000².

Além das inovações da EC 45/2004, observa-se que há uma convergência para o controle de constitucionalidade concentrado principalmente a partir da Constituição de 1988. Ao ampliar o rol de legitimados para propositura da ação direta de inconstitucionalidade, a Constituição de 1988 permitiu que quase todas as controvérsias constitucionais relevantes fossem submetidas diretamente ao STF, reduzindo o controle difuso.³ De fato todas essas alterações e a preferência pelo controle concentrado diminuíram a quantidade de processos que chegam ao STF.

Com esse propósito o STF vem utilizando mecanismos para limitar o volume de processos sob seu julgamento. Um desses meios é a alteração no controle difuso a que alguns autores vêm chamando abstrativização ou objetivização do controle difuso.

A partir do RE 197.917/SP e do HC 82.959/SP e com o final do julgamento da Rcl 4335-5/AC aquela espécie de controle pode adquirir novos contornos que o aproximam do controle concentrado.

O objetivo do presente artigo é analisar em que medida o papel do Senado Federal na suspensão da execução da lei declarada inconstitucional é atingido por aquelas modificações.

2 A ABSTRATIVIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

² <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=movimentoProcessual>

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1032.

O controle de constitucionalidade é o conjunto de instrumentos que visam assegurar a supremacia formal da constituição.⁴ O sistema de controle adotado no Brasil é o jurisdicional, no qual a função principal de verificação de inconstitucionalidades cabe ao Judiciário, embora todos os poderes exerçam-na de algum modo.

O Legislativo e o Executivo atuam preventivamente na defesa da Constituição por meio das Comissões de Constituição e Justiça e do veto jurídico presidencial, respectivamente. O Supremo Tribunal Federal admite que o Judiciário atue preventivamente na hipótese de mandado de segurança impetrado por parlamentar da respectiva casa quando não for observado o devido processo legislativo constitucional.⁵

A atuação repressiva do Legislativo restringe-se às hipóteses dos arts. 49, V e 62 da Constituição Federal. O Executivo também atua repressivamente quando nega cumprimento a uma lei que entenda inconstitucional, desde que motive e dê publicidade ao seu ato. Entretanto, é o Judiciário que faz o controle principal, exercido de forma difusa e concentrada. Desse modo, o controle jurisdicional brasileiro é misto.

O **controle difuso** ou por via de exceção ou defesa estende a competência para desempenhar o controle da constitucionalidade a todos os órgãos do Judiciário, ou seja, qualquer juiz ou tribunal pode exercê-lo. Existe no Brasil desde a Constituição de 1891, que instituiu recursos das decisões dos juízes estaduais em última instância para o Supremo,⁶ e consolidou-se com a lei federal 221/1894.⁷

É uma idéia surgida no direito norte-americano a partir do caso *Marbury versus Madison*, em que o juiz Marshall da Suprema Corte “afirmou que é próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei. E ao fazê-lo, em caso de contradição entre a legislação e a constituição, o tribunal deve aplicar esta última por ser superior a qualquer lei ordinária do Poder Legislativo.”⁸

⁴ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional para concursos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 279.

⁵ MS 24.041/DF, rel. Min. Nelson Jobim, 29/08/2001.

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 326.

⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 589.

⁸ *ibidem*, p. 587.

O controle difuso é praticado somente em casos concretos, “em que, para tutelar direito subjetivo específico, se nega aplicação a normas consideradas inconstitucionais.”⁹ Por esse motivo é que a inconstitucionalidade é arguida incidentalmente; ela não é objeto da ação, é causa de pedir.

Os efeitos das decisões em controle incidental são, em regra, *ex tunc* e *inter partes*, pois a lei declarada inconstitucional *incidenter tantum* é nula e, conseqüentemente, afastada do caso concreto.

Entretanto, conforme art. 52, X, da Constituição Federal, o Senado Federal pode suspender a execução da lei declarada inconstitucional definitivamente pelo STF, conferindo-lhe efeito *ex nunc* e eficácia contra todos.

O outro modo de controle jurisdicional é o que se dá por meio do **controle concentrado**, reservado ou abstrato. Esse controle é exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito federal, e pelos Tribunais de Justiça, no âmbito estadual.

Aqui a fiscalização se dá “no julgamento de ação direta com tal finalidade, em que, para tutelar a própria Constituição, se declara a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade de determinado preceito normativo.”¹⁰

O criador do controle concentrado foi o jurista Hans Kelsen e aquele foi introduzido no Brasil pela Emenda Constitucional 16/65. Esse tipo de controle independe da existência de um caso concreto e há legitimados específicos para utilizá-lo (art. 103, CF). A declaração da inconstitucionalidade, portanto, é objeto da ação, é o próprio pedido.

As decisões em controle reservado produzem eficácia *erga omnes* e são vinculantes, exceto para o Legislativo e para o próprio STF. Em regra, têm efeitos *ex tunc*. Isso porque o STF pode restringir os efeitos da decisão ou definir o momento em que se inicia sua eficácia.

A restrição dos efeitos, também chamada de manipulação ou modulação temporal dos efeitos, é regra extraordinária. Pode ser utilizada desde que decidida por maioria de dois terços dos membros do tribunal e considerando razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social (art. 27, Lei 9.868/99).

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácias das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 17.

¹⁰ *ibidem*, p. 17.

Feita essa breve explanação acerca dos mecanismos de controle de constitucionalidade, passa-se ao estudo do papel do Senado Federal no controle difuso.

De acordo com Teori Albino Zavascki,¹¹ as questões constitucionais levadas ao STF por via de exceção dividem-se em duas espécies: aquelas em que o jurisdicionado afirma que a norma é inconstitucional e por isso ela não pode ser aplicada ao seu caso concreto; e aquelas em que o direito defendido é fundado no texto constitucional.

O mencionado autor afirma que, quando o juiz precisa fazer um juízo da validade da norma para chegar a sua decisão, as consequências não podem ser as mesmas de quando não há esse juízo. Isso porque ao se questionar a legitimidade de um preceito normativo, caracterizado pela generalidade, ainda que em um caso concreto, põe-se em dúvida também a capacidade daquela norma regulamentar casos semelhantes.

Essa dúvida decorre da necessidade de se conciliar a eficácia das decisões em controle difuso e os princípios da segurança jurídica e da isonomia. Por isso é que o autor defende que as decisões sobre a legitimidade das normas têm “vocação para assumir uma projeção expansiva, fora dos limites do caso concreto.”

12

A “projeção expansiva” refere-se à eficácia das decisões. Como afirmado anteriormente, decisões em controle incidental têm, em regra, efeitos *ex tunc* e eficácia entre as partes. Ocorre que o efeito *inter partes*, por vezes, pode contrariar a segurança jurídica, uma vez que abre a possibilidade de decisões divergentes em casos semelhantes com base na mesma norma.

Ao contrário do direito norte-americano em que a não aplicação da norma declarada inconstitucional se dá em razão da força dos precedentes, regra *stare decisis*, aqui no Brasil não havia fundamento que sustentasse a inexistência jurídica de tal lei.¹³ Ou seja, regra que fundamentasse a extensão a todos da decisão que, inicialmente, seria para as partes.

¹¹ZAVASCKI, op. cit., p. 25.

¹²ibidem, p. 26.

¹³BRANCO, COELHO, MENDES, op. cit., p. 1026.

Alguns autores defenderam a aplicação por aqui do *stare decisis*. Rui Barbosa¹⁴ sustentou que a declaração de inconstitucionalidade faz com que o ato legislativo perca sua sanção e que, por isso, quando o julgamento é proveniente da mais alta corte do país a todos deve se estender.

Afirmou, ainda, que nenhum tribunal poderia contrariar tal decisão, pois a regra *stare decisis* não permite desacordo ao decidido pela Corte Superior. Esse posicionamento não prosperou no direito brasileiro. A solução encontrada para justificar a eficácia *erga omnes* foi outra.

Na tentativa de fechar essa possibilidade é que a Constituição de 1988, a exemplo das constituições brasileiras desde 1934, trouxe no art. 52, X a regra da suspensão da execução da lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Portanto, o Senado, após comunicado pelo STF, impõe eficácia contra todos às decisões sobre inconstitucionalidade proferidas em controle difuso.

Se o Senado deve suspender a execução quando comunicado pelo STF muito já se discutiu e restou consignado que não se trata de um dever. Isso porque impor ao Senado que cumpra a decisão do Supremo afrontaria a separação dos poderes.

Logo, do mesmo modo que o STF só comunica se e quando lhe for conveniente, o Senado só suspende se e quando for do seu interesse, pois tem critérios próprios de conveniência e oportunidade. Porém, se o fizer, deve fazê-lo nos estritos limites da decisão do Supremo.

O dilema que surge atualmente é se as decisões em controle incidental teriam ou não auto-suficiência para produzirem seus efeitos contra todos, tornando desnecessária a atuação do Senado no afastamento da inconstitucionalidade *incidenter tantum* resolvida. Não é a primeira vez que se discute o assunto no Brasil.

Na década de 40 o jurista Lúcio Bittencourt já afirmava que a função do Senado seria apenas dar publicidade às decisões do tribunal e que “dizer que o Senado suspende a execução da lei inconstitucional é, positivamente, impropriedade técnica.”¹⁵

¹⁴ ZAVASCKI, op. cit., p. 29.

¹⁵ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 202.

Afirmava, ainda, que a atuação do Senado em nada modificava a eficácia da decisão, pois os efeitos da inconstitucionalidade independem de qualquer dos poderes. Isso porque a lei inconstitucional já nasce assim, ela não se torna inconstitucional.

Essa foi a posição que os ministros Gilmar Mendes e Eros Grau adotaram na Reclamação 4335-5/AC. Segundo eles o texto do art. 52, X, CF está ultrapassado, uma vez que as decisões do Supremo têm força suficiente para se sustentarem por si próprias.

Aparentemente teria ocorrido uma mudança na interpretação do dispositivo tendo em vista a ampliação e a maior aplicação da técnica concentrada de controle de constitucionalidade, o que teria mitigado a técnica difusa. Modificação essa que vem ocorrendo desde a instituição da possibilidade de intervenção pela União nos estados-membros – para alguns, embrião do controle concentrado – pela Constituição de 1934.

Com a EC 16/65 implantou-se definitivamente o controle abstrato. Observe-se que no projeto dessa emenda constava que as decisões definitivas acerca da constitucionalidade perderiam eficácia com a publicação, pelo presidente do STF, no órgão oficial.

A partir da Constituição de 1988, com a ampliação da legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade, reduziu-se o significado do controle difuso na medida em que a maioria das questões constitucionais relevantes poderia ser resolvida por via direta.

Portanto, a ampliação do controle concentrado é um fato. E com base nessa inegável afirmação é que os mencionados ministros sustentam, revisando o sistema do controle incidental, caber ao Senado apenas dar publicidade, divulgar amplamente a decisão do STF.

Lênio Streck et al.¹⁶ argumentam que a atribuição de eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do Supremo em via concreta ofenderia aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, não se verifica a ofensa a tais princípios. Isso porque se a lei é inconstitucional o é para

¹⁶ LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, STRECK, Lênio Luiz. "Jus navigandi." *Jus navigandi*. 8 de 8 de 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 12 dez. 2008.

todos. Não se vislumbra situação em que seja inconstitucional para uns e não o seja para outros.

Além disso, há uma questão prática que merece nota. Na hipótese de o Senado não suspender a execução da lei esta continuaria a obrigar as demais pessoas, que teriam de recorrer ao Judiciário e tentar chegar ao STF para, por meio de decisão do relator, merecer a mesma aplicação que no primeiro caso. Não faz sentido repetir o mesmo julgamento a um sem número de situações quando a questão constitucional já foi resolvida anteriormente.¹⁷

Repetir o mesmo julgamento seria uma perda de tempo. Aqui sim há ofensa aos princípios da economia e celeridade processuais, da efetividade da jurisdição e da segurança jurídica. Ademais se verifica uma situação de extrema desigualdade, pois aqueles que não podem chegar ao STF devem conviver com a regência de seu direito por uma norma contrária à Constituição.

Outro ponto de discussão diz respeito ao efeito retroativo ou não dessas decisões em via de exceção. Considerando a tese dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau – ou seja, a decisão é *erga omnes* independentemente da atuação do Senado –, a questão é saber se deliberação do STF seguiria a regra do controle incidental e retroagiria anulando todos os seus efeitos ou se os efeitos seriam os mesmo da suspensão pelo Senado, ou seja, *ex nunc*.

Essa questão já fora resolvida no RE 197.917/SP, no qual o STF aplicou a regra da modulação temporal dos efeitos – do controle concentrado, art. 27, Lei 9.868/99 – ao controle difuso. Essa aplicação não encontra óbice no sistema de controle, pois, de acordo com o ministro Cezar Pelluso,

[...] as técnicas de controle servem ambas, com caráter alternativo e conseqüências próprias, adequados a cada situação histórica, ao mesmíssimo propósito constitucional. A variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis. A regra da nulidade, enfim, cede apenas a razões de coerência sistemática e de segurança jurídica ditadas por situações excepcionais [...].

Sobre esse aspecto o ministro Gilmar Mendes esclarece, no mesmo RE, que não há motivos para frustração daqueles que tiverem sua pretensão

¹⁷ZAVASCKI, op. cit., p. 26.

reconhecida – ao acreditarem que a inconstitucionalidade retroagiria. Afinal, a obrigação do Judiciário é de meio e não de resultado, pois o direito de ação não significa direito a uma sentença de mérito favorável, mas apenas a uma sentença de mérito, independente do resultado, como afirmara Liebman.

A tendência do STF de abstrativizar o controle concreto pode ser observada desde o RE 376.852 de 2003, no qual se afirmou que o recurso extraordinário não é apenas um instrumento à disposição das partes, mais que isso, é um meio de controle de constitucionalidade das normas. Além disso, ressalte-se a decisão na qual o Supremo admite a possibilidade de emitir juízo de validade das normas mesmo quando seja dispensável para a solução do caso concreto.

Fala-se, ainda, que a decisão de inconstitucionalidade *incidenter tantum* só teria efeito vinculante caso a lei fosse suspensa pelo Senado. Entretanto, as teses dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau conferem-no sob o mesmo argumento de auto-suficiência aplicado à eficácia *erga omnes*.

O efeito vinculante é instituto jurídico criado pelo direito alemão com a finalidade de conferir maior eficácia às decisões de mérito da Corte Constitucional.¹⁸ A intenção do legislador alemão era atribuir maior extensão aos limites da coisa julgada, pois apesar das decisões da Corte Constitucional terem força de lei, leis não eram.

No que diz respeito aos limites objetivos do efeito vinculante a doutrina alemã explica que a força vinculante abrange não apenas o dispositivo das decisões, mas também os seus fundamentos determinantes.¹⁹ Diferentemente da coisa julgada, que atinge apenas a parte dispositiva das decisões.

O efeito vinculante, assim, consiste na obediência ao decidido pelo órgão responsável pela guarda e interpretação do texto constitucional. De modo que uma vez proferida uma decisão acerca da constitucionalidade das leis pelo órgão máximo do Judiciário, os demais órgãos do Judiciário e o Poder Executivo “deverão pautar o exercício de suas funções na interpretação constitucional dada pela Corte Suprema [...]”.²⁰

¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. “Revista Jurídica Virtual.” *Presidência da República*. agosto de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em: 03 jan. 2009.

¹⁹BRANCO, COELHO, MENDES, op. cit., p. 1219.

²⁰MORAES, op. cit., p. 627.

Alexandre de Moraes entende que o efeito vinculante aplica-se inclusive ao legislador, que não poderá editar leis que derroguem o decidido pelo STF ou que sejam semelhantes àquela declarada inconstitucional.²¹ Entretanto, não é esse o posicionamento majoritário. Entende-se que a vinculação deve ser observada pelo Judiciário, com exceção do próprio STF, e pelo Executivo.

Segundo Gilmar Mendes o efeito vinculante é intrínseco à jurisdição constitucional e à função de guarda da constituição. Por esse motivo não é absurdo pensar que o legislador e o próprio STF podem conferir esse efeito às decisões da Corte. Anote-se que o Supremo não estaria exorbitando de suas funções quando assim prosseguir, pois o

efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais.²²

Ademais, se em controle concentrado e no caso de súmula vinculante – controle difuso – as decisões têm efeito vinculante sem que seja necessária a suspensão pelo Senado, qual o fundamento para em controle difuso ser necessária tal participação para que a deliberação possa vincular?

Ao contrário, havendo decisão sobre a constitucionalidade não há interesse de agir em ingressar com ação em via direta. Isso porque tal ação não teria utilidade, uma vez que a questão já foi solucionada. Logo, faltaria um dos requisitos para o pleno exercício do direito de ação.

Lembre-se que efeito vinculante não se aplica ao próprio STF e nem ao legislador. Caso contrário estar-se-ia engessando o direito e sabe-se que as mudanças na estrutura do Supremo e na sociedade exigem constantes releituras de todo o direito. Tanto o é que hoje se discute uma tese defendida por Lúcio Bittencourt na década de 40.

Por tudo o que foi dito é que os ministros defendem ter havido uma mutação constitucional no art. 52, X, CF. Segundo o ministro Eros Grau, “a mutação constitucional é transformação de sentido do enunciado da Constituição sem que o

²¹ *ibidem*, loc. cit.

²² BRANCO, COELHO, MENDES, op. cit., p. 1227.

próprio texto seja alterado em sua redação, vale dizer, na sua dimensão constitucional textual.”²³ Assim, a norma do art. 52, X passaria a ser entendida não mais como “suspender a execução”, mas sim “dar publicidade à suspensão da execução.”

Ocorre que o conceito de mutação afirmado pelo próprio ministro contradiz sua afirmação. A mutação não altera o texto. Desse modo, não há como entender o significado dado à norma pelo Ministro, uma vez que ele necessariamente impõe um novo texto. Por esse motivo é que se entende não ter havido mutação.

Em que pese a mutação ser uma mudança de interpretação constitucional que somente pode ser efetuada pelo STF, não se verifica mudança de interpretação como querem os ministros. Verifica-se, sim, mudança de texto, que não é mutação.

Assim, se há necessidade de se revisar o papel do Senado Federal no procedimento do controle de constitucionalidade difuso não se deve ter por base o argumento de mutação do texto constitucional.

3 CONCLUSÃO

Os dois sistemas de controle de constitucionalidade, após as alterações legislativas pós-instituição do controle concentrado, se aproximaram de tal modo que hoje as técnicas de um e de outro influenciam nos efeitos das decisões do Supremo.

A possibilidade de estender ao controle difuso a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante próprios do controle concentrado fez surgir a discussão acerca de uma possível mutação constitucional do art. 52, X, CF.

Entretanto, analisando o conceito doutrinário de mutação e o conceito inscrito no voto do ministro Eros Grau, percebe-se que não há compatibilidade, e que o conceito trazido pelo ministro refere-se a outra técnica de interpretação que não a mutação.

Desse modo, o argumento da mutação não deve ser usado para revisar o papel do Senado Federal no controle difuso. É certo que, pelas suas características, a decisão do STF tem força normativa suficiente para vincular todos e é nesse caminho que se deve seguir na busca do afastamento do Senado no controle difuso.

²³ Voto do Min. Eros Grau na Rcl 4335-5/AC.

Pelo exposto, verifica-se que a suspensão da execução da lei inconstitucional, assim declarada definitivamente pelo STF, pelo Senado Federal não se coaduna com o sistema de controle de constitucionalidade hoje vigente.

Não é mais necessária a participação do Senado e ela ainda existe porque se encontra no texto constitucional. A desnecessidade se dá porque a força vinculante das decisões do Supremo é decorrente da função constitucionalmente atribuída a essa Corte e não de atribuição do Senado.

Assim, pode-se verificar que a manutenção do instituto da suspensão pelo Senado deve-se mais a razões históricas do que a uma necessidade do sistema. Isso porque as manifestações de constitucionalidade advindas do STF *incidenter tantum* têm força suficiente para obrigarem a todos de maneira vinculada.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet, COELHO, Inocêncio Mártires, MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de, STRECK, Lênio Luiz. "Jus navigandi." Jus navigandi. 8 de 8 de 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10253>. Acesso em: 12 dez. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Revista Jurídica Virtual*. Presidência da República. Agosto de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_04/efeito_vinculante.htm. Acesso em: 03 jan. 2009.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional para concursos. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácias das sentenças na jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ABSTRACT

The large number of cases reaching the Supreme Court does with that, constantly, review methods and it is creating mechanisms to restrict the national Higher legally only the most relevant cases. Therefore there is a current trend to bring the elements of the concentrated constitutionality control to diffuse control. One of the issues arising from changes caused by this trend relates to changes in the role of the Senate in control diffuse. The discussion revolves around the ability or otherwise of decisions by exception *erga omnes* effect regardless Senate's actions in the removal of unconstitutionality solved incidentally. Indeed Senate's role needs to be revised, since, considering the binding force Supreme's decisions, his involvement is no longer necessary in the same way that was once. Today the Senate participates in the diffuse control more due to historical reasons and formal than for legal reasons.

KEY WORDS: Constitutionality control; binding effect; Supreme's decisions; Senate's role.

A RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PÚBLICO E O ENTENDIMENTO DO STF

Tradicionalmente a doutrina pátria majoritária sustenta que os pareceres emitidos por procuradores ou por advogados de órgãos da administração pública têm natureza meramente opinativa, refletindo “uma opinião pessoal do parecerista”.¹ Prevalece o entendimento de que só lhes pode ser atribuída responsabilidade pelo teor de sua “sugestão” se ele houver atuado com erro grosseiro ou com culpa lato sensu.

Nesse sentido são as lições de Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello e José dos Santos Carvalho Filho:

Pareceres administrativos são manifestações de órgãos técnicos sobre assuntos submetidos à sua consideração. O parecer tem caráter meramente opinativo, não vinculando a Administração ou os particulares à sua motivação ou conclusões, salvo se aprovado por ato subsequente. Já, então, o que subsiste como ato administrativo não é o parecer, mas sim, o ato de sua aprovação, que poderá revestir a modalidade normativa, ordinatória, negocial ou punitiva.²

Parecer – é a manifestação opinativa de um órgão consultivo expendendo sua apreciação técnica sobre o que lhe é submetido.³

[...] A responsabilidade do parecerista pelo fato de ter sugerido mal somente lhe pode ser atribuída se houver comprovação indiscutível de que agiu dolosamente, vale dizer com o intuito predeterminado de cometer improbidade administrativa. [...] Não nos parece correto, portanto, atribuir, *a priori*, responsabilidade solidária a servidores pareceristas quando opinam, sobre o aspecto formal ou substancial (em tese), pela aprovação ou ratificação de contratos e convênios, tal como exigido no art. 38 da Lei 8.666/93 (Estatuto dos Contratos e Licitações), e isso porque o conteúdo dos ajustes depende de outras autoridades administrativas, e não dos pareceristas. Essa responsabilidade não pode ser atribuída por presunção e só se legitima no caso de conduta dolosa, como já afirmado, ou por erro grosseiro injustificável.⁴

Esse posicionamento, no entanto, não é pacífico. Há quem defenda, a exemplo Marçal Justen Filho, a responsabilização de procuradores e advogados públicos quando exararem pareceres “defeituosos”, que não apontem os defeitos jurídicos dos atos que examinam e que não analisem as questões controvertidas, de forma a possibilitar que as autoridades administrativas tenham conhecimento dos riscos das decisões que irão adotar.

Asseveram que tais profissionais exercem função administrativa e que, como todos os que assim atuam, assumem deveres e, em consequência, contraem responsabilidades perante a administração pública e a sociedade.

A maioria da doutrina, porém, entende que os pareceres técnico-jurídicos são meramente opinativos e não têm o condão de induzir a responsabilização dos procuradores e advogados públicos, uma vez que eles nada decidem, apenas esclarecem e ofertam fundamentos para a autoridade executiva decidir.

¹ CARVALHO FILHO, **Manual de Direito Administrativo**, p. 152.

² MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 176.

³ MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 275.

⁴ CARVALHO FILHO, *ob. cit.*, p. 152.

Essa posição vinha sendo acolhida pelo Supremo Tribunal Federal até há pouco tempo.

Em agosto de 2007, entretanto, ao julgar os Mandados de Segurança nº 24.584-1/DF e 24.631/DF, a corte proferiu decisões inovadoras.

O ministro Marco Aurélio, relator do primeiro deles, salientou que “a imunidade profissional do corpo jurídico – artigo 133 da Constituição Federal – não por ser confundida com indenidade” e que “[...] os profissionais das leis também respondem pelos atos que pratiquem.”⁵

Evidenciou o ministro Carlos Britto que o parágrafo único do art. 38 da lei orgânica das licitações (Lei nº 8.666/93) “prestigia as assessorias jurídicas, dando-lhes uma função mais do que de assessoramento, é condicionadora da formalização das licitações e da celebração dos contratos.” Destacou que, no caso, não basta o prévio exame por parte das assessorias, é preciso que o ato examinado obtenha a sua aprovação, o que – diversamente da homologação – significa emitir juízo de valor, “carregando essa significação inequívoca de pronunciamento de mérito.”⁶

Asseriu ser, na hipótese, mais que opinativa a função do parecerista, ressaltando que “ela tem o caráter até da vinculabilidade, embora esta vinculabilidade seja passível de rejeição por decisão motivada do administrador, mas em princípio é vinculativa.”⁷

O ministro Joaquim Barbosa, no voto vista proferido no MS 24.584-1 e no voto condutor da decisão adotada no MS 24.631-6, invocando a doutrina do administrativista francês René Chapus, destacou a distinção entre parecer de índole facultativa, obrigatória e vinculante.

Classificação essa que não constitui inovação no ordenamento nacional, porquanto já era adotada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, na obra “Princípios Gerais de Direito Administrativo”. A novidade é o seu acolhimento pelo STF.

Sustentou, em seguida, que a existência ou não de previsão legal de obrigatoriedade da consulta, por parte do administrador, “tem influência decisiva na fixação da natureza do parecer.”⁸ Acrescentou que:

- (i) quando a consulta é **facultativa**, a autoridade não se vincula ao parecer proferido, sendo que seu poder de decisão não se altera pela manifestação do órgão consultivo;
- (ii) quando a consulta é **obrigatória**, a autoridade administrativa se vincula a emitir o ato tal como submetido à consultoria, com parecer favorável ou contrário, e se pretender praticar ato de forma diversa da apresentada à consultoria, deverá submetê-lo a novo parecer;
- (iii) quando a lei estabelece a obrigação de decidir à luz de parecer **vinculante**, essa manifestação de teor jurídica deixa de ser meramente opinativa e o administrador não poderá decidir senão nos termos da conclusão do parecer ou, então, não decidir.⁹

Assentou, em consequência, que no silêncio da lei, “o exercício de função consultiva técnico-jurídica meramente opinativa não gera, em princípio, responsabilidade do parecerista”, mas

⁵ MS 24.584-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 20.06.2008, voto condutor, fls. 372/373.

⁶ Idem, fl. 400.

⁷ Idem, fl. 414.

⁸ MS 24.631-6/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJE de 01.02.2008, voto condutor, fls. 283.

⁹ Idem, fls. 284/285

que nos casos de definição, pela norma, “de vinculação do ato administrativo à manifestação favorável no parecer técnico jurídico, a lei estabelece efetivo compartilhamento do poder administrativo de decisão, e assim o parecerista responde conjuntamente com o administrador...”¹⁰

Por outro lado, dispõem os artigos 42 da Lei nº 9.784/99, 38 da Lei nº 8.666/93 e 11 da Lei Complementar nº 73/93:

Art. 42. Quando deva ser obrigatoriamente ouvido um órgão consultivo, o parecer deverá ser emitido no prazo máximo de quinze dias, salvo norma especial ou comprovada necessidade de maior prazo.

§ 1º Se um parecer obrigatório e vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo não terá seguimento até a respectiva apresentação, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º Se um parecer obrigatório e não vinculante deixar de ser emitido no prazo fixado, o processo poderá ter prosseguimento e ser decidido com sua dispensa, sem prejuízo da responsabilidade de quem se omitiu no atendimento

Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente:

[...]

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

Art. 11 - Às Consultorias Jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, ao Secretário-Geral e aos demais titulares de Secretarias da Presidência da República e ao Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, compete, especialmente:

[...]

VI - examinar, prévia e conclusivamente, no âmbito do Ministério, Secretaria e Estado-Maior das Forças Armadas:

a) os textos de edital de licitação, como os dos respectivos contratos ou instrumentos congêneres, a serem publicados e celebrados;

b) os atos pelos quais se vá reconhecer a inexigibilidade, ou decidir a dispensa, de licitação.

Da análise conjunta dos três dispositivos sobressai que, na espécie, o parecer é obrigatório e vinculante.

Assim sendo, de acordo com o entendimento sufragado pela Corte Suprema, resta evidenciada a responsabilidade dos pareceristas que aprovarem as minutas dos atos elencados no parágrafo único do artigo 38 da Lei nº 8.666/93. E, também, nos demais casos em que a lei exigir consulta e aprovação das consultorias jurídicas.

É certo que, em razão das garantias constitucionais e da inviolabilidade no exercício da função, a responsabilização de tais agentes só pode ocorrer nessa hipótese e, por força do duplo sistema estatutário a que se sujeitam, naquela prevista no artigo 32 da Lei nº 8.906/94.

Tal entendimento revela-se razoável, pois em um sistema democrático ninguém que titularize direitos pode estar amparado por imunidade de caráter absoluto. Além disso, esse modelo de responsabilidade, no caso dos agentes públicos, deflui diretamente do princípio republicano.

¹⁰ MS 24.584-1/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, DJE de 20.06.2008, voto vista, fls. 381/382.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

1. CARVALHO FILHO, José dos Santos. ***Manual de Direito Administrativo***. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 23ª ed., 2010.
2. MEIRELLES, Hely Lopes. ***Direito Administrativo Brasileiro***. São Paulo: Malheiros, 20ª ed., 1995.
3. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. ***Curso de Direito Administrativo***. São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 1998.

Wanderley Gonçalves

Curso de Pós-Graduação em Direito do Estado

PORTAL CICLO – Renovando Conhecimento

Aracaju(SE), maio de 2011.