

Administração Pública em juízo: poder-dever de transigir

Autor: Emmerson Gazda

(Juiz Federal)

| Artigo publicado em 19.01.2006 |

Sumário: 1.Introdução. 2. Conciliação à luz da teoria política. 3. Conciliação e Constituição. 4. Conciliação e Direitos Fundamentais. 5. Conclusões. 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A possibilidade de a Administração Pública transacionar em Juízo historicamente enfrentou barreiras quase que intransponíveis alicerçadas especialmente no princípio da indisponibilidade do interesse público.

Recentemente, contudo, as inovações trazidas pela Lei nº 10.259/01 e a verificação in concreto da existência de milhares de ações contra a Administração Pública Federal em que se discute questão já pacificada nos Tribunais Superiores levaram ao debate sobre a efetiva realização do princípio da indisponibilidade do interesse público quando a Administração em Juízo limita-se à utilização dos recursos previstos na legislação processual, elevando custos com o próprio aparato de defesa da Administração e onerando de forma significativa uma das esferas do próprio Estado, qual seja, o Poder Judiciário, em especial o Federal.

Aliás, a transação em si é instituto que mesmo na esfera privada não tem sido desenvolvida na extensão em que poderia, não só como forma de resolução judicial de casos concretos, mas principalmente como mecanismo de pacificação social.

Talvez isso se deva em grande parte à acentuação do caráter litigioso do direito na formação do profissional da área jurídica, que desde os bancos da faculdade aprende, ao lado do direito material, as regras processuais e as respectivas ações para a garantia do direito em Juízo.

Não se ensina, contudo, de uma maneira geral, técnicas e mecanismos que possam permitir uma solução negociada, uma resolução ab initio do conflito instaurado pela simples constatação de que a divergência não é tão grande quanto aparenta ser e que pode, pela via de concessões mútuas, levar a um resultado muito mais satisfatório para todos os envolvidos.

Tal campo de atuação é evidentemente multidisciplinar e exige domínio não só do direito aplicável ao caso concreto, mas sobretudo de conhecimento acerca da personalidade humana, das suas formas de resistência e dos caminhos que levam a uma posição aberta ao diálogo. Também envolve atividade preventiva dos profissionais da área jurídica no sentido de, nas relações contratuais, estabelecer antecipadamente previsões que possam balizar negociações futuras em casos de a pactuação não atingir os objetivos para a qual foi realizada.

Tudo isso, no entanto, será sempre insuficiente se não houver uma mudança de entendimento acerca do acordo, no sentido de que se trata ao menos de uma possibilidade a ser estudada pelas partes. Se uma delas não quiser nem ouvir a outra e tentar entender suas razões por certo que não haverá acordo. E pode ser que a parte que se mostra intransigente é quem tenha a maior perda sem a resolução consensual da lide.

Pois bem, nesse cenário é que o presente estudo pretende, a partir de elementos da teoria política, da teoria da Constituição e dos direitos fundamentais, analisar quais as possibilidades reais de conciliação em Juízo quando uma das partes envolvidas é a Administração Pública.

2. Conciliação à luz da teoria política

Paolo Biscaretti di Ruffia, ao conceituar o Estado, ensina que sob o prisma sociológico trata-se de corporação territorial dotada de um poder de mando originário, conforme Jellinek. Politicamente tem sido definido a partir de Malberg como comunidade de homens, fixada em um determinado território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção. Já sob o ponto de vista constitucional o próprio Biscaretti di Ruffia define o Estado como pessoa jurídica territorial soberana(1).

O que se percebe de todas essas definições é que existe uma nota comum entre elas, conferindo ao Estado um poder de mando originário, um poder superior de ação, mando e coerção, um poder soberano, do que surge a questão: por que o Estado possui tais prerrogativas, por que o interesse público deve se sobrepor ao particular, por que é admitido que o Estado pratique atos unilaterais, auto-executórios e imperativos, exercendo poder de polícia, enfim, qual a razão da sociedade ou das sociedades se submeterem a um ente que dispõe de poderes significativos com relevantes conseqüências de seus atos para o corpo social? Ou, perguntando mais diretamente, afinal por que e para que existe Estado?

Tais questionamentos permitiriam digressões infinitas pelas diversas áreas do conhecimento ligadas às relações pessoais. Sob o ponto de vista histórico pode-se definir que desde o início dos tempos o ser humano percebeu que sozinho não teria muitas condições de lograr êxito em um mundo de tantas adversidades naturais como o da pré-história, sendo presa fácil dos seus predadores naturais, já que não possuía predicados físicos que lhe conferissem alguma vantagem sobre os concorrentes.

A convivência pela necessidade da sobrevivência aparece desde logo aliada a uma outra característica humana que é a sociabilidade, certamente refinada e ainda mais exacerbada com o passar do tempo em razão de ser imprescindível para a preservação da espécie e também pela existência no ser humano de uma característica única, a capacidade de pensar, raciocinar, formular pensamentos e assim construir inovações importantes pela conjugação de esforços.

É certo que nessa época inicial não se pode falar ainda na existência do Estado, mas apenas na formação de grupos e clãs que de forma embrionária influenciaram a evolução histórica que levou a diversas formas mais sofisticadas de organização humana, passando pelas antigas civilizações ocidentais, dos quais se destacam os gregos com sua filosofia e os romanos com sua organização política, pelo Estado Absolutista e suas concorrentes, as Cidades-Estados organizadas pela burguesia, pelo Estado Moderno e pelo Estado de Direito, hoje com a roupagem do Estado Democrático de Direito, que se equilibra diante das promessas não cumpridas do Estado do Bem-Estar Social e os desafios da globalização e pós-modernidade, com disseminação de poderes autônomos e defesa do Estado Mínimo pelo neoliberalismo.

Paralelamente a essa experiência, tipicamente um breve esboço da evolução histórica da sociedade ocidental, tem-se uma série de outras experiências de organização humana nas sociedades orientais e no continente americano, que, alheio ao mundo europeu até quase o final do século XV, tem nos relatos da experiência dos Incas, Maias e Astecas exemplos de grande desenvolvimento do ser humano pela constituição de uma sociedade organizada segundo regras e preceitos que podem perfeitamente ser definidas como uma espécie de Estado, a partir dos conceitos apresentados inicialmente.

Pois bem, o que se extrai disso tudo é que ao longo do tempo a forma de organização humana vem sempre se modificando, mas sempre procurando encontrar uma nova forma que possa se mostrar mais eficiente, mais adequada a permitir que aquela necessidade inicial de sobrevivência que gerou convivência e sociabilidade leve ao pleno desenvolvimento do potencial inerente a cada ser humano, individualmente e em grupo.

É por isso e para isso que o Estado existe, constituindo-se a pessoa humana, de forma individual e coletiva, em seu princípio, seu meio e seu fim. Princípio porque quem lhe constitui são seus próprios integrantes. Meio porque é a pessoa humana integrante do Estado que deve lhe dirigir e conduzir, tanto pela participação direta como agente do Estado, como especialmente pela participação política. Fim em razão de o Estado estar constituído para assegurar aos seus membros a sobrevivência, convivência, socialização e pleno desenvolvimento.

Assim, qualquer ação do Estado através de suas funções Executiva, Legislativa e Judiciária, seja em nível de governo, seja de simples administração, terá sempre de estar voltada para essas razões da existência e fins do Estado.

É importante observar que no Estado Moderno de Direito uma das características é a separação dos poderes, de forma independente e harmônica entre si, constituindo um modelo de organização estatal de forma a manter o equilíbrio, evitando-se a situação do regime Absolutista anterior.

Nesse quadro, cada um dos poderes do Estado assume uma função primordial, não com exclusividade, mas com certa primazia de ação, distinguindo-se claramente o Executivo do Legislativo e do Judiciário e trazendo importantes implicações na forma de condução do próprio Estado.

Assim é que, na parte que aqui nos interessa, uma vez definida pelo Judiciário a forma de tratamento de uma determinada matéria em que é litigante o próprio Estado, com o esgotamento por parte do Executivo de todos os meios disponíveis até as Instâncias Superiores, a observância do princípio da separação dos poderes impõe que o próprio Estado, em nível de governo e de administração, observe a decisão tomada, sob pena de contrariar-se toda lógica da estrutura estatal, seus fins e razão de existência.

Uma das formas de realização do próprio Estado nessa seara é a definição pelo Executivo de medidas a serem aplicadas pelos entes meramente administrativos em observância às decisões judiciais reiteradas, independentemente de expressa previsão Constitucional de efeito vinculante, uma vez que a vinculação, como visto, decorre da própria existência do Estado na sua formulação atual, o que já está fixado constitucionalmente.

Outra forma, especialmente relevante no que se refere ao presente estudo, é a existência de uma diretiva implícita no sentido da realização de acordos em processos judiciais em que se afigurem situações idênticas ou semelhantes às já sedimentadas

jurisprudencialmente, verificando-se, portanto, a partir da teoria política, que a regra em casos consolidados pelo Judiciário deve ser a observância dos precedentes, com atuação voltada para a concretização das decisões proferidas.

Observa-se que não se está aqui de maneira alguma defendendo o que poderia se chamar de prevalência do Poder Judiciário, mas apenas ressaltando-se que os precedentes legitimamente firmados pela atividade jurisdicional vinculam o Estado como um todo, o que inclui o Executivo, como algo decorrente da própria natureza das coisas, da própria existência do Estado, que não pode logicamente ao mesmo tempo definir sua posição quanto a determinada questão pela função judicial típica e ao mesmo tempo descumprir tal posição no âmbito executivo. Em síntese, tem-se que o Estado é uno, as funções é que são partilhadas, estando o Judiciário também limitado pelo princípio da separação dos poderes.

3. Conciliação e Constituição

As teorias de Ferdinand Lassale(2), Konrad Hesse(3), Carl Schmitt(4) e Hans Kelsen(5) são importante substrato para delimitação e compreensão da importância da Constituição na sociedade atual.

Não se pretende aqui traçar um esboço de cada uma dessas teorias, uma vez que foge ao objeto do presente estudo, mas apenas destacar alguns pontos importantes que cada um desses autores trouxe à denominada Teoria da Constituição.

Assim, parece-nos interessante ressaltar do clássico debate entre Lassale e Hesse a contribuição do primeiro ao dar primazia aos "fatores reais de poder", à primazia da realidade sobre a Constituição enquanto "folha de papel", e a contribuição de Hesse em definir que tais fatores de poder uma vez jurisdicizados pelo constituinte assumem uma força normativa própria decorrente de uma "vontade de Constituição".

Dessa forma, desse clássico debate pode-se desde logo extrair que a Constituição está assentada em valores próprios da sociedade, mas com força normativa que lhe é peculiar, decorrente de uma "decisão política fundamental", observada com propriedade por Carl Schmitt.

A partir disso pode-se sair do plano do "dever ser" e passar para a compreensão do plano do "ser", dentro da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, com sua clássica pirâmide em que a Constituição encontra-se como "norma jurídica fundamental".

O que se extrai dessas rápidas pinceladas sobre a Teoria da Constituição é que se está diante de um diploma legislativo

diferenciado, com importantes substratos de cunho sociológico e político e com uma força normativa diferenciada em relação às demais normas jurídicas.

Dessa forma, qualquer análise do sistema jurídico de uma sociedade estabelecida com base em uma Constituição deve ser feita a partir de suas diretrizes, mesmo que o sistema jurídico não tenha Constituição escrita e rígida, que lhe garante maior eficácia.

Essa conclusão parece óbvia, mas a verdade é que na prática é muito comum que a interpretação da Constituição seja feita com base nas normas jurídicas que lhe são subjacentes.

A partir disso é possível compreender que a Constituição exerce uma função importante no denominado Estado Constitucional, que é traçar o arcabouço da organização estatal. Além disso, após a Revolução Francesa agregou-se à Constituição, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a função de garantir direitos, estabelecendo um catálogo de direitos fundamentais que da Revolução Francesa até os dias atuais foi sendo cada vez mais aprimorado, com o surgimento de novas esferas de proteção ao ser humano.

No presente estudo, a parte relativa aos direitos fundamentais será desenvolvida no próximo capítulo, analisando-se nesse primeiro momento a estruturação do Estado-Administração brasileiro estabelecida na Constituição Federal de 1988 e suas implicações no que se refere à atividade de conciliação em Juízo.

Fazendo-se uma aproximação inicial do tema, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 é daquelas classificadas como analíticas, dispendo sobre a organização do Estado de forma mais específica nos Títulos III e IV, sendo que, como o assunto ora abordado é a atividade de conciliação da Administração Pública no âmbito judicial, são os Capítulos VII (Da Administração Pública) do Título III e III (Do Poder Judiciário) e IV (Das funções essenciais à Justiça) do Título IV que interessam mais de perto.

Não se pode, contudo, perder em nenhum momento a idéia de que a Constituição é um sistema, bem delimitado por J.J. Gomes Canotilho a partir da experiência portuguesa como um "sistema normativo aberto de regras e princípios"(6), com o princípio decorrente da unidade hierárquico-normativa da Constituição que "significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional).(7)"

Assim, desde logo é imperioso destacar que entre os fundamentos da República Federativa do Brasil estabelecidos no artigo 1º da CF/88 estão a cidadania (inciso II) e a dignidade da pessoa humana (inciso III), como forma de indicar logo de início os alicerces de atuação e de interpretação do Estado Constitucional brasileiro.

No mesmo sentido, o artigo 2º estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, questão que já foi discutida no tópico 2 do presente estudo.

Por fim, do artigo 3º, extrai-se uma diretriz importante no sentido de que entre os objetivos fundamentais do Brasil está o da construção de uma sociedade justa, impondo desde logo ao Estado que sua atuação seja voltada a tanto.

Além disso, é interessante quanto à questão uma leitura do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que, após explicitar a vontade de instituir um Estado Democrático e destinado a assegurar uma série de direitos fundamentais e da realização da justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, expressa o compromisso, “na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Ora, é certo que o preâmbulo não é considerado como parte da Constituição em termos de vinculação normativa, expressando apenas fórmula de promulgação da Carta Constitucional. Contudo, em termos de elemento indicativo de interpretação, reflete o momento histórico e a visão do constituinte originário sobre a Constituição. E nesse ponto verifica-se que a solução pacífica das controvérsias foi um dos objetivos do constituinte de 1988, o que deve ser considerado também no que se refere aos litígios internos entre particulares e/ou particulares e o Estado.

A orientação constitucional que se extrai, portanto, da análise dos princípios fundamentais contidos no Título I e da leitura do Preâmbulo, é no sentido de que a sociedade brasileira pretende reduzir os litígios, alcançando uma situação de pacificação social que permita a construção de uma sociedade plural, harmônica, livre, justa, solidária, em que seja possível o desenvolvimento nacional e a realização do bem de todos. E a redução de litígios por certo envolve os litígios entre os integrantes do Estado e destes contra o Estado, na medida em que dizem respeito diretamente à vida das pessoas.

Visto isso, passando à análise do Título III da Constituição Federal, encontram-se no artigo 37 cinco princípios explícitos que devem nortear toda a atuação da Administração Pública brasileira, quais sejam, “legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e

eficiência". Tais princípios, contudo, constituem apenas uma parcela da regulamentação constitucional da atividade da Administração Pública.

Com efeito, o prof. Juarez Freitas, em sua obra O controle dos atos administrativos, observa que

"os princípios de estatura constitucional, norteadores das relações de administração pública, encontram-se, afortunadamente, no mais das vezes, agasalhados de modo expresso, embora alguns se mostrem desvendáveis somente por inferência ou por desenvolvimento interpretativo"(8).

Em seguida destaca que

"Expressos ou implícitos, não importa, merecem ser reconhecidos como os máximos vetores teleológicos para aplicação adequada de todas as normas, aqui tomadas em sentido largo (englobando regras e princípios)".(9)

Nessa seara, o prof. Juarez Freitas, antes de elencar os princípios constitucionais relativos à Administração Pública, apresenta breves considerações sobre as transformações do Direito Administrativo contemporâneo que devem ser considerados na interpretação de tais princípios.

Em breve síntese, observa, em primeiro lugar, que o "jovem Direito Administrativo está deixando de ser monológico para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral ou impositivo", de modo a "viabilizar, por exemplo, fórmulas de transação, conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos", destacando em nota de rodapé a decisão do C. STF no RE 253885-MG, DJU de 21.06.2002, em que se admitiu como válida transação efetuada por Administração Municipal em ação movida por servidores mesmo sem a existência de previsão legal, com base no poder de autotutela do Estado. (10)

Em seguida ressalta a diminuição do espaço da discricionariedade, "substituído, a pouco e pouco, pela noção de liberdade vinculada e justificável racionalmente", cobrando-se cada vez mais o "exercício fundamentado do poder estatal", surgindo a motivação

"como antídoto contra a arbitrariedade entendida como exercício autofágico e coisificante do poder pela ausência de fundamentação reflexiva e conseqüente quebra da vocação para a sistematicidade".(11)

Anota, ainda, o prof. Juarez Freitas que o Direito Administrativo assume uma função de regular a promoção de políticas públicas a longo prazo que não se confundem com os curtos períodos dos mandatos, havendo a valorização do cidadão como protagonista e não mero administrado, do princípio da democracia e a afirmação de uma “preponderância principiológica publicista”.(12)

Dentro dessas transformações mostra-se importante apontar, também, a constatação trazida pelo prof. Freitas de flexibilização de categorias do Direito Administrativo, avançando “a mitigação do princípio da legalidade, havendo atividades administrativas exigíveis independentemente de previsão legal”.(13)

Por fim, não se poderia deixar de mencionar o desenvolvimento crescente nas relações de administração do “primado dos direitos fundamentais”(14), com particular importância para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Fixados esses pressupostos de atualização do Direito Administrativo, antes de entrar na enunciação dos princípios fundamentais, o prof. Juarez Freitas faz, ainda, uma observação bastante importante no que se refere à análise dos princípios e também ao tema objeto da presente dissertação, anotando que “os princípios fundamentais são diretrizes superiores às regras, por definição, não devendo os agentes públicos – de modo passivo e acrítico – prestar mero acatamento às normas contidas em regras, tendo que não cumpri-las quando manifestamente violadoras dos princípios”.(15)

Assim, desde logo o que se pode concluir a partir do cenário das transformações do Direito Administrativo atual e do catálogo de princípios que se passará a expor resumidamente a seguir, no que interessa ao presente estudo, é que as diretrizes do Direito Administrativo brasileiro na atualidade são no sentido de ampliar as possibilidades de transação por parte da Administração, impondo ao agente público (aqui incluído o Advogado Público) a obrigação de motivar os casos em que seja recusado ao administrado-cidadão a possibilidade de uma solução pacífica para a controvérsia.

Além disso, o agente administrativo tem cada vez mais a responsabilidade funcional de perseguir os fins do Estado de promoção de políticas públicas, não podendo mais se limitar à mera legalidade formal em desconsideração às orientações da Constituição, ficando evidente que as possibilidades de acordos não se limitam aos casos de edição de súmulas administrativas. Essas são apenas situações em que o oferecimento da transação torna-se praticamente uma imposição administrativa, como uma espécie de patamar mínimo. Para além disso há muito espaço para a atuação dos agentes

administrativos, ainda mais quando em Juízo, conforme se continuará a ver a seguir.

Visto isso, o prof. Juarez Freitas apresenta o seguinte catálogo de princípios administrativos fundamentais, a partir da Constituição Federal de 1988:

- a) princípio do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais ao princípio da dignidade humana;
- b) princípio da proporcionalidade ou da adequação sociológica e da simultânea vedação de excesso e de inoperância, ou omissões causadoras de sacrifícios desnecessários e inadequados;
- c) princípio da legalidade ou do acatamento da Administração Pública ao Direito;
- d) princípio da imparcialidade (ou da impessoalidade), derivado do princípio geral da igualdade;
- e) princípio da moralidade e seu descendente princípio da probidade administrativa;
- f) princípio da publicidade ou da máxima transparência;
- g) princípio da confiança ou da boa-fé recíproca nas relações de administração;
- h) princípio da segurança jurídica associado ao princípio da motivação;
- i) princípio da ampla sindicabilidade dos atos, contratos e procedimentos administrativos, associados ao princípio da participação;
- j) princípio da unicidade da jurisdição ampla e conseqüente não-cerceamento do acesso ao Poder Judiciário nos casos de lesão ou ameaça de lesão a direitos do cidadão ou da Administração Pública;
- k) princípio da eficiência ou da economicidade e da otimização da ação estatal;
- l) princípio da legitimidade;
- m) princípio da responsabilidade objetiva da Administração Pública e dos entes prestadores de serviços públicos, associados ao princípio da precaução, válido não apenas na esfera ambiental;
- n) princípio da intervenção essencial que determina o dever do Estado de promover, de imediato, a tutela do núcleo dos direitos fundamentais".(16)

Na análise desses princípios, tem-se que, em relação à questão da atividade de conciliação da Administração Pública, é importante destacar, inicialmente, o princípio do interesse público correlacionado à subordinação ao princípio da dignidade da pessoa humana, significando que a vontade geral legítima deve preponderar sobre a vontade egoisticamente articulada, observando-se que a vontade egoísta pode em muitos casos ser a do Estado e aí não poderá prevalecer. É o caso, por exemplo, em que, havendo precedentes suficientes firmados, o Estado insiste em utilizar as vias recursais.

Nessa hipótese não estará sendo realizado o interesse público, na forma como preconizado pela Constituição.(17)

Conforme observa o prof. Juarez Freitas, é justamente essa relatividade que caracteriza o princípio do interesse público que torna justo “admitir transações nos juizados especiais federais, ainda que cuidando de direitos outrora tidos como indisponíveis”, destacando que nesse caso “não se infirma, ao contrário, valoriza-se o princípio ao se tentar a solução de consenso marcada pelo exercício da racionalidade dialógica, na senda das transformações em curso”.(18)

Pertinente, aliás, a referência feita pelo ilustre jurista à decisão do STF no já mencionado RE 253.885-MG, sob a relatoria da Min. Ellen Gracie, em que se observa que “há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação desse interesse”.(19)

Outro princípio que merece consideração aqui é o da proporcionalidade, especialmente na parte que se refere à impossibilidade de o Estado agir de modo insuficiente na consecução de seus objetivos enquanto Estado, o que impõe à Administração Pública uma obrigação de agir no sentido de criar mecanismos que viabilizem a realização das transações em juízo, quando cabíveis.

Além disso, o princípio da proporcionalidade, conforme destaca o prof. Juarez Freitas, implica “o exercício adequado, pelo agente público lato sensu, do poder-dever de hierarquizar princípios e regras de maneira razoável nas relações de administração”(20), o que traz a importante atribuição de o agente administrativo atuar com razoabilidade na hierarquização do direito aplicável.

Quanto ao princípio da legalidade é interessante notar a existência no Direito Administrativo atual de uma superação da legalidade estrita, devendo-se interpretar o Direito em sua totalidade sistemática e aberta, de forma que “a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade, sim, todavia encartada no plexo de características e ponderações que a qualificam como sistematicamente justificável”.(21)

Nesse contexto, não se coaduna com o princípio da legalidade como entendido na atualidade a posição preestabelecida que muitas vezes se encontra judicialmente contra a realização de acordos pela existência de um suposto “posicionamento da Administração” contrário à pretensão em discussão ou pela ausência de uma súmula administrativa específica, apesar de se tratar de matéria já pacificada.

Quanto ao princípio da imparcialidade, denominado pelo Constituinte de impessoalidade, tem-se que deriva do princípio da igualdade e, como tal, fixa ao Estado-Administração a obrigação de observância dos precedentes judiciais firmados.

Com efeito, consoante o prof. Juarez Freitas,

“segundo o princípio, a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco qualquer manobra persecutória. Quer-se a instauração, acima de sinuosos personalismos (sem prejuízo da valorização diferencial do bem agente público), do governo dos princípios, em lugar de idiossincráticos projetos de cunhos particularista e antagônico à consecução do bem viver”.(22)

Assim, não pode o Estado, sob a alegação de estar observando o que denomina de interesse público secundário, desviar-se de cumprir o princípio da isonomia, uma vez que este não pode ser sobrepujado por questões de arrecadação de um governo, deixando o acerto de contas com o cidadão para momento futuro.

A mesma é a conclusão a que se chega à luz dos princípios da moralidade e da confiança ou boa-fé nas relações administrativas. Quando o Estado-Administração deixa de agir objetivamente pautando sua conduta pelo acertamento geral das obrigações que o próprio Estado, na sua função Judiciária, já fixou como devidas, fere o princípio da moralidade administrativa e o subprincípio da probidade administrativa. Desrespeita, ainda, o princípio da confiança que “estatui o poder-dever de o administrador zelar pela estabilidade decorrente de uma relação timbrada por uma autêntica fidúcia mútua, no plano institucional”,(23) quebrando algo essencial à própria existência do Estado que é a “confiança de um povo em si mesmo e nas instituições públicas”.(24) Na mesma linha, seguem os agentes administrativos que, tendo o poder-dever de analisar os casos concretos e realizar a composição das controvérsias já pacificadas, deixam de fazê-lo.

De outro lado, o princípio da publicidade ou máxima transparência gera o dever de motivar o não-acordo, de modo a permitir ao cidadão o conhecimento das razões que levam ao tratamento diferenciado em relação às situações em que é realizado o acordo, permitindo-lhe o exercício da atividade de fiscalização da atuação da Administração Pública.

Diversa não é a situação à luz do princípio da segurança das relações jurídicas, a que está vinculado o princípio da motivação. Conforme o prof. Juarez Freitas,

“toda discricionariiedade resta vinculada aos motivos que obrigatoriamente devem ser dados, de modo consistente, sempre que afetados direitos, (...) evitando-se, sempre que possível, qualquer decisão unilateral, desmotivada e instabilizadora de direitos.”(25)

Já o princípio da unicidade da jurisdição, na sua face da possibilidade do controle judicial dos atos administrativos, agrega, quanto aos atos ditos discricionários, um elemento a mais à função dos agentes administrativos, que é a compreensão de que “o agente administrativo é livre apenas para pretender o melhor.”(26) Assim, conforme ressalta o prof. Juarez Freitas:

“se é certo que a discricionariiedade tem sido identificada como a liberdade para a emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade quanto à prática de determinados atos, tendo, aliás, Ernst Forsthoff descrito o poder discricionário como implicando conformidade jurídica de tudo o que for julgado oportuno pela Administração, não é menos certo que ele próprio cuidou de ressaltar que este poder haveria de ser exercido em consonância com o interesse geral e que a Administração não deveria agir segundo o seu bel-prazer.”(27)

Não se sustenta, aqui, que exista uma solução única correta, mas sim que “a liberdade, positiva ou negativamente considerada, precisa ser usufruída de acordo com a vontade do sistema, cuja abertura e indeterminação fazem múltiplas as possibilidades de aplicação do Direitos”.(28)

De todo modo,

“as escolhas, em maior ou menor escala, devem encontrar fundamentação na regularidade do sistema, para evitar dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: uma vinculatividade formal de atos administrativos, materialmente dissociada dos princípios, e uma noção de discricionariiedade tendente à manifesta desvinculação do sistema”. (29)

Assim, mesmo para aqueles que sustentam, em contrário a tudo o que está sendo apresentado no presente estudo, que a possibilidade de realizar acordos é ato estritamente discricionário, isso por si só não lhes torna desobrigados de propor e realizar transações, quando esta se mostre, dentro de uma linha de razoabilidade, a solução mais adequada.

O princípio da unicidade da jurisdição impõe, ainda, uma obrigação de observância às decisões judiciais. Ora, o sistema brasileiro é instituído de tal forma que os atos administrativos sejam passíveis de

submissão do controle judicial, o que significa dizer que o entendimento final sobre determinada questão pelo sistema instituído pela Constituição é do Judiciário. Dessa maneira, uma vez que sejam fixados de forma definitiva precedentes judiciais sobre uma questão, não há espaço dentro da lógica do sistema para que sejam mantidas as orientações e interpretações administrativas em sentido contrário.

No mesmo sentido é a diretriz que se extrai do princípio da economicidade ou da eficiência e da otimização estatal. Com efeito, como visto, o administrador público tem a obrigação de buscar a melhor atuação e, nessa busca, deve ter em conta sempre “a solução mais adequada economicamente ao gerir a coisa pública”.(30) Conforme observa o prof. Juarez Freitas, tal princípio constitucional “está a vedar, terminantemente, todo e qualquer desperdício de recursos públicos ou aquelas escolhas que não possam ser catalogadas como verdadeiramente comprometidas com a busca da otimização ou do melhor”.(31)

Ora, apresentada a questão dessa forma, fica evidente que o Estado-Administração, ao insistir em recorrer de decisões judiciais que seguem precedentes já sedimentados pelas Cortes Superiores e sem qualquer elemento novo que possa implicar alteração do entendimento, não observa os princípios da economicidade e da eficiência, aumentando custos de sua própria estrutura de defesa e do Judiciário, mormente se considerada a possibilidade de propor acordos nesses casos ou estabelecer, via Legislativo, solução para todos os casos, nas hipóteses de demandas em massa. Essa última solução, aliás, é inclusive imperativo constitucional de isonomia, conforme vem sendo exposto na presente exposição, implicando observância do interesse público primário do Estado na realização dos interesses legítimos dos administrados.

O princípio da economicidade justifica, ainda, que em Juízo, uma vez superada a possibilidade de defesa jurídica com êxito, possa passar-se ao acordo como forma de defesa econômica. Sobre a questão escreveu com propriedade o Juiz Federal Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva:

“A defesa jurídica é o primeiro campo de resistência, tendo lugar nos processos enquanto exista ou persista discussão sobre a melhor exegese da norma. Exemplo atual: se é possível reconhecimento do trabalho rural do menor de 14 anos de idade. O INSS aguarda uma posição do STF.

A econômica, segunda linha de defesa, exsurge após a pacificação da matéria. Destarte, se o STF decidir em favor do trabalho adolescente, uma vez provado o labor nos autos, o acordo é a melhor opção para

o réu (a outra seria deixar de recorrer), uma vez que se defenderá interesse econômico através de uma conciliação.

A economia de divisas viria do “desconto” de parte da condenação, bem como na falta de sucumbência quanto aos honorários advocatícios. A dinâmica da audiência viabilizaria um pacto vantajoso para os contendores.

Bem preparado será o causídico que souber diferenciar os casos e escolher a melhor defesa ao ente patrocinado.”(32)

O princípio da legitimidade, por sua vez, tem por objetivo estabelecer que o controle dos atos públicos seja feito de uma forma mais substancialista. Consoante o prof. Juarez Freitas, indicando o artigo 70 da CF/88 como matiz do princípio, “o que se almeja é vedar o escudo do formalismo, graças ao qual foram e têm sido cometidas inúmeras violações impunes”.(33) E vai além o douto jurista, com afirmações que mostram bem a adequação à Constituição e aos princípios da Administração Pública na atuação dos Advogados Públicos que vão além da mera observância às diretrizes formais e abstratas da Administração:

“Ao trazer o princípio da legitimidade para o interior do sistema constitucional, o constituinte procedeu exatamente como fizera em relação ao princípio da moralidade. É dizer, ofereceu soluções e possibilidade heterodoxas para o enfrentamento de situações-limite. Tornou jurídicos imperativos que, de certa maneira, transcendem o Direito posto. Positivou por antecipação, o que ainda não acolhido pela ordem jurídica positiva. Apesar dos riscos dessa inserção, a larga experiência histórica indica que pode estar correta, pois não se deve laborar com categorias excessivamente endereçadas para a determinação estreita, sob pena de impotência dos controles para enfrentar grandes burlas ao sistema. Ademais mencione-se leitura complementar: lícito admitir que tal princípio da legitimidade resulta vinculado umbilicalmente à noção de subordinação do agente público à cláusula aberta, consoante a qual, em face da Administração Pública, os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Por ambas as leituras, mister oferecer inadiável concretização ao princípio da legitimidade, sem rendição a formalismos e perplexidades paralisantes.”(34)

O que se extrai, portanto, do princípio da legitimidade é que a atuação da Administração Pública deve estar voltada à realização material dos fins do Estado, onde o espaço para a conciliação é muito mais amplo do que tradicionalmente se imagina.

Passando-se adiante da análise geral dos princípios da Administração Pública a partir dos ensinamentos do Prof. Juarez Freitas, tem-se, ainda, uma particularidade no que se refere à Administração Pública quando em Juízo que merece ser ressaltada.

Além do fato de o Judiciário ser uma das funções do Estado e não ser lógico falar-se em o Estado litigando contra seu próprio entendimento, tem-se que a Constituição Federal de 1988, no Capítulo IV do Título III, inseriu a Advocacia Pública como função essencial à Justiça, ressaltando, ainda, ao tratar do Advogado (em que se incluem os Advogados Públicos), sua indispensabilidade à Administração da Justiça (artigo 133, da CF/88).

Ora, diante desse quadro constitucional específico, o que se verifica é que o Advogado Público é um agente administrativo com prerrogativas, atribuições e responsabilidades diferenciadas, tendo o dever de participar de forma efetiva do projeto constitucional quanto ao Poder Judiciário, dever este que se torna fortalecido frente à necessidade de pautar sua atividade a partir dos princípios administrativos antes destacados e da busca de realização dos fins do Estado e previsões da Constituição quanto à sociedade brasileira.

Assim, quando em Juízo, o Advogado Público tem poderes mais amplos do que, por exemplo, um Chefe de Posto do INSS, agindo, no caso de atividade conciliatória, alicerçado na Constituição como integrante do Estado-Executivo incumbido de verificar a viabilidade dos acordos e submetê-los, uma vez aceita a proposta pela parte adversa, ao Estado-Judiciário para homologação. No mesmo sentido é a atuação na análise do manejo ou não de determinada peça recursal, diante do entendimento já consolidado pelo Judiciário sobre a questão ou da prova produzida.

Tem-se, portanto, que o Advogado Público, quando no exercício de suas atribuições de definir a viabilidade de um acordo ou da utilização das vias recursais, não atua propriamente como um servidor público comum. Age verdadeiramente como um agente político.

Nesse contexto, é interessante observar que, em relação aos acordos na esfera judicial, a concretização da vontade do Advogado Público enquanto agente político não se dá de forma isolada. Depende, ainda, para concretização, da atuação do Estado-Juiz, que tem na atividade homologatória do Magistrado responsabilidade igualmente relevante à do Advogado Público no que se refere ao zelo pela coisa pública.

Dessa forma, tem-se que a atividade de conciliação da Administração Pública no curso de processos judiciais não se submete às mesmas limitações que se aplicam às atividades rotineiras do serviço público,

em que o espaço de discricionariedade é muito mais limitado, uma vez que os sistemas de controle são totalmente diversos.

A conclusão, portanto, é que, enquanto na esfera administrativa em geral a realização de acordos depende de uma regulamentação específica por parte do Executivo, no que se refere aos acordos na esfera judicial, têm os Advogados Públicos uma atuação que constitucionalmente não está vinculada à edição de atos administrativos específicos de autorização e/ou súmulas administrativas.

Isso será ainda melhor visualizado no tópico que se inicia a seguir, em que se aborda a conciliação a partir dos direitos fundamentais.

4. Conciliação e Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais serão aqui estudados com base na teoria de Robert Alexy, em sua obra traduzida para o espanhol sob o título *Teoría de los derechos fundamentales*, em que o jurista alemão traça “uma teoria jurídica geral dos Direitos Fundamentais da Lei Fundamental Alemã”(35), a qual pode ser perfeitamente adequada e utilizada para a compreensão da Constituição brasileira sobre a questão.

Alexy, partindo de uma dogmática analítica, apresenta a estrutura jurídica dos direitos fundamentais como um sistema de posições jurídicas fundamentais, ou seja, elenca os direitos fundamentais como direitos subjetivos, dividindo-os em três posições que designa como direitos a algo, liberdades e competência.(36)

Observa Suzana de Toledo Barros que a classificação de Alexy não evidencia categorias estanques, de forma “que um direito previsto na Constituição pode apresentar-se estruturalmente sob as três modalidades, ou duas ou uma. Isso depende da questão que se tenha de responder em face do exame de um direito considerado fundamental”.(37)

A estrutura do direito a algo envolve uma relação em que A tem frente a B um direito a G, sendo A o titular do direito, B o destinatário do direito e G o objeto. Como titular do direito pode-se ter uma pessoa física ou jurídica de direito público, como destinatário, o Estado ou particulares e como objeto, uma ação positiva ou negativa do destinatário.(38)

Conforme mencionado, a ação no direito a algo pode ser negativa ou positiva, o que permite uma divisão dos direitos a algo em direitos a ações negativas (direitos de defesa) e em direitos a ações positivas (direitos a prestação).

Segundo Alexy,

“os direitos dos cidadãos frente ao Estado a ações negativas do Estado (direito de defesa) podem dividir-se em três grupos: o primeiro está constituído por direitos a que o Estado não impeça ou não obstaculize determinadas ações do titular do direito; o segundo, por direitos a que o Estado não afete determinadas propriedades ou situações do titular do direito; e o terceiro, por direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”.(39)

Já os direitos do cidadão frente ao Estado a ações positivas do Estado dividem-se em dois grupos: direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.

(i) direitos a ações positivas fáticas: ocorre quando o cidadão tem o direito a uma prestação material por parte do Estado, como o saneamento básico, por exemplo.

Nesse contexto, observa Alexy que “a irrelevância da forma jurídica da realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a delimitação dos direitos a ações positivas fáticas e normativas.”(40)

Assim, para os direitos a ações positivas fáticas o que interessa é o resultado material, a realização concreta do direito, independente dos meios jurídicos empregados para sua consecução.

Dessa forma o enunciado geral é: “A tem frente ao Estado um direito a que este leve a cabo a ação positiva fática H.”(41)

(ii) direitos a ações positivas normativas: ocorre quando se está diante de uma situação em que há necessidade da edição de uma norma jurídica para a proteção de um determinado bem jurídico, conforme destaca Suzana de Toledo Barros.(42)

Segundo Alexy, são direitos a atos estatais de imposição de normas que podem ser condensados no seguinte enunciado: “A tem frente ao Estado um direito a que este leve a cabo a ação positiva normativa H.”(43)

Passando aos direitos-liberdade, Alexy aponta para a existência de vários conceitos de liberdade, entre os quais se insere a “liberdade jurídica”.

Destaca que em geral há uma visão de liberdade como uma relação entre dois elementos, quais sejam, indivíduo e impedimento da liberdade. Todavia, assim como ocorre com os direitos a algo, na

realidade existe uma relação de três elementos: indivíduo, impedimento e objeto desse impedimento.

Para melhor explicar o conceito de liberdade, Alexy adota dois enunciados centrais. Para expressar a liberdade jurídica, traça o seguinte enunciado: "A está livre de proibições jurídicas para expressar ou não expressar sua opinião." (44) Por outro lado, para expressar o conceito de liberdade fática, tem-se o enunciado: "A é, com respeito a uma alternativa de ação juridicamente livre, faticamente livre na medida em que tem a possibilidade real de fazer ou não fazer o permitido." (45)

Entrando, por fim, nos direitos-competência, Alexy os caracteriza pela capacidade de realizar determinadas ações as quais modificarão uma situação jurídica. Diferencia-se da permissão, porque essa última não tem esse caráter modificativo. Assim, toda competência é uma permissão, porém nem sempre a recíproca é verdadeira.

Um outro ponto de distinção que deve ser ressaltado é que nem sempre que há a modificação de uma situação jurídica há uma competência.

Deve-se diferenciar, em primeiro lugar, competência do mero poder fazer fático. A competência é uma ação institucional, ou seja, pressupõe regras constitutivas para a sua realização.

Ademais, as normas de competência não se confundem com as normas de comportamento. Aquelas criam a possibilidade de realizar atos jurídicos que modificarão situações jurídicas, e estas últimas apenas qualificam ações, sendo que o descumprimento das normas de competência não gera a ilicitude, como ocorre com as normas de comportamento, mas apenas a nulidade ou anulabilidade do ato jurídico.

Destaca Alexy que há competências do cidadão que gozam de proteção jusfundamental, possuindo o indivíduo uma garantia institucional em que existe além da competência um direito à não-eliminação dessa competência.

Traçando um paralelo entre competência e liberdade, pode-se dizer que, quando se confere competências ao indivíduo, está se ampliando o seu campo de ação e, por conseguinte, a sua esfera de liberdade: "A liberdade jurídica para realizar um ato jurídico pressupõe necessariamente a competência a respeito." (46)

No que diz respeito às regras de competências do Estado, assumem particular importância as normas denominadas por Alexy de normas de competência negativa, as quais limitam uma norma de

competência positiva em favor do indivíduo, colocando “o Estado na posição de não-competência e os cidadãos na de não-sujeição”.(47) Quando o indivíduo encontra-se na posição de não-sujeição possui um direito a que o Estado não intervenha na sua esfera de não-sujeição, o que constitui uma limitação ao Estado.

Traçadas essas linhas básicas sobre as 3 posições jurídicas fundamentais, Robert Alexy destaca algumas questões que precisam ser consideradas na análise dos direitos fundamentais.

A primeira delas é a da colisão entre direitos fundamentais, que passa pela discussão da natureza jurídica das normas de direitos fundamentais, ou seja, se estas normas constituem regras ou princípio.

Analisando a estrutura das normas de direito fundamental, Alexy demonstra que se tratam de normas-princípio, de forma que a solução para a colisão entre as suas disposições se dá através de um juízo de ponderação. Com efeito, no que se refere às regras, o eventual conflito se soluciona com a introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção ou declarando-se uma das regras inválidas (pelo critério hierárquico, temporário ou de especialidade). Juridicamente uma regra vale ou não vale. Já na colisão entre princípios, como o conteúdo abstrato é qualitativamente amplo, um dos princípios tem de ceder ao outro mediante um juízo de ponderação diante do caso concreto, sem que o princípio precedido no caso concreto perca a validade dentro do ordenamento.

Há, no caso, uma lei de colisão que surge devido à ponderação de interesses opostos para solucionar um caso concreto, estabelecendo-se uma regra de precedência condicionada (verificada a condição, há uma lesão ao direito fundamental).

Essa precedência é condicionada porque nenhum princípio tem sobre o outro um caráter superior sem uma motivação, sem uma argumentação diante do caso concreto.

A lei de colisão traçada por Alexy reza que “as condições nas quais um princípio precede a outro constituem o pressuposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente.”(48)

Em consequência, para Alexy toda análise de conflito de princípios instituidores de direitos fundamentais gera regras adstritas para a solução dos casos concretos que são normas de direito fundamental, de forma que, mesmo que todas as normas de direito fundamental diretamente formuladas sejam princípios, haverá sempre regras a

eles adstritas, concretizando o direito fundamental em decorrência da lei da colisão.

Outro ponto importante destacado por Alexy é a questão da restrição dos direitos fundamentais pelo legislador infraconstitucional. Ora, da análise da estrutura dos direitos fundamentais percebe-se que alguns direitos fundamentais requerem uma ação positiva de fato por parte do Estado, de forma que não está em pauta atividade principal do legislador, destacando Suzana de Toledo Barros que “estes direitos submetem-se à reserva do possível, ou seja, à disponibilidade de recurso.”(49)

Outros direitos, como os de ações negativas do Estado, têm o seu conteúdo definido no próprio texto constitucional, de forma que a intervenção do legislador ordinário aqui deve ter expressa autorização do constituinte com seu nível de intervenção bem definido.

Entretanto, existe uma série de direitos que necessitam da atuação legislativa para que seja possível a sua fruição de forma ampla. Há, portanto, necessidade de uma interferência legislativa para viabilizar a melhor realização do direito.

Aqui há que se determinar o grau de liberdade criativa do intérprete-legislador na sua atuação, exigindo uma correta compreensão do âmbito normativo do direito fundamental e trazendo como inevitável a questão da restrição dos direitos fundamentais.

Para a análise do assunto, Robert Alexy dedica o capítulo 6 de sua teoria sobre os direitos fundamentais, concluindo, em síntese, que, apesar da possibilidade de restrições aos bens jusfundamentalmente protegidos (liberdades, situações e posições de direito ordinário) e posições *prima facie* concedidas por princípios jusfundamentais, só haverá uma restrição válida de direito fundamental se esta for compatível com a Constituição como um todo.

O problema central das reservas, conforme Alexy, é a sua delimitação, na medida em que se referem à competência do legislador para impor restrições.

Nesse contexto, para evitar o resultado de uma incompatibilidade da ação do legislador com os direitos fundamentais, Alexy defende que a competência restritiva do legislador está condicionada ao princípio da proporcionalidade e ao mandato de ponderação.

Observa Alexy, contudo, que de modo algum as reservas autorizam o legislador a constatar apenas aquilo que já vale, de forma meramente interpretativa. Mas, ao mesmo tempo, o legislador não pode desconsiderar que os próprios direitos fundamentais constituem

restrições às suas restrições, já que estas devem se sujeitar ao peso que o princípio jusfundamental irradia.

Tem-se, portanto, que os direitos fundamentais admitem, em algumas situações, restrições. Mas, de forma alguma, a liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, ao exercer a atribuição que lhe conferiu o constituinte, poderá ultrapassar os limites fáticos protegidos pela norma constitucional.

Vistas essas considerações sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy, isso de uma forma bastante resumida e nas partes que interessam ao presente estudo, analisando-se a realidade da Constituição brasileira de 1988, percebe-se, de início, que a CF/88 traz um catálogo extenso de direitos fundamentais, mas sem uma disciplina técnica mais rigorosa. Conforme observa Suzana de Toledo Barros, "não há uma distinção no texto entre normas de direitos e normas de garantias dos direitos fundamentais." (50)

Da mesma forma não classificou o constituinte os direitos fundamentais a partir de sua estrutura, preferindo, na dicção de Suzana Toledo Barros "catalogá-los segundo o valor-fim a ser protegido: homem-homem; homem-membro da coletividade; homem-social; homem-nacional e homem-cidadão." (51)

Tem-se, assim, um primeiro capítulo (título II, capítulo I) dedicado aos direitos e deveres individuais e coletivos, que são em sua maioria direitos liberdades, sendo que o caput do artigo 5º consagra os pilares desses direitos que são consolidados pelo desenvolvimento do artigo, quais sejam, o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Conforme ressalta Suzana de Toledo Barros, não se "separam os direitos dos deveres, muito menos os de natureza individual dos coletivos." (52)

O capítulo segundo do título II apresenta os direitos sociais em que se inserem educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. No desenvolvimento do capítulo, são destacados apenas os direitos relativos ao trabalho, tratando-se dos demais direitos em títulos e capítulos específicos da Constituição.

Os capítulos seguintes se referem aos direitos da nacionalidade, políticos e partidários. São os direitos do cidadão enquanto membro do Estado em contraposição com os dois primeiros grupos, que se referem aos direitos do cidadão enquanto princípio e fim do Estado. Está-se aqui no campo dos direitos à participação política, que são, predominantemente, direitos-competência na classificação de Alexy.

De se destacar, nesse ponto, que os direitos fundamentais, no âmbito da Constituição de 1988, não estão localizados apenas no título referente aos direitos fundamentais. Tais direitos, pela sistemática adotada pelo constituinte, encontram-se dispersos por todo o texto constitucional.

Nesse aspecto, há que se salientar que os direitos fundamentais não possuem apenas uma dimensão formal, ou seja, não são considerados fundamentais pela sua localização no texto constitucional ou pela nomenclatura que recebem, mas sim pelas características identificadoras, pela sua estrutura. Deve-se proceder sempre a uma análise material para que se verifique se se trata realmente de um direito fundamental ou não.

Além disso, uma análise cuidadosa das normas de direito fundamental esculpidas na Constituição de 1988 mostra que, em nosso sistema, há uma convivência bastante intensa, no que se refere aos direitos fundamentais, entre normas-princípio e normas-regra, o que impõe a necessidade de observância quanto à distinção de tratamento em caso de conflito.

Ademais, em muitos casos aparentemente ter-se-á um conflito entre princípio e regra, em que é preciso identificar se a regra já é uma concretização do próprio princípio que se entende estar em conflito (o que significa não haver conflito por haver uma pré-opção do constituinte) ou uma concretização de um outro princípio, em que será necessário fazer um juízo prévio de ponderação entre os princípios envolvidos, para só então concluir pela aplicação ou não da regra subjacente.

Quanto à aplicabilidade dos direitos fundamentais, o artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição de 1988 determina que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Surgem aqui duas questões importantes a serem consideradas. Em primeiro lugar, com relação ao sentido da locução “aplicação imediata” empregada pelo constituinte. Em segundo lugar, se a aplicação desse dispositivo se restringe às normas do Capítulo I.

Com relação à aplicação imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, o estudo tem de partir da estrutura desses direitos. Conforme já apresentado no início do capítulo, os direitos fundamentais podem assumir a forma de direitos a algo, liberdades e competências. Os direitos a algo se dividem em direitos a ações negativas (não estorvação, não eliminação de posições jurídicas e não afetação de propriedades e situações) e direitos a ações positivas (fáticas e normativas). O que se tem, portanto, é que “muitos dos

direitos reconhecidos na Constituição dependem, para sua realização, de uma prestação de natureza fática ou de natureza legislativa para ganhar conteúdo e disciplina.(53) " É o que ocorre via de regra com os direitos a ações positivas do Estado, ao contrário do que ocorre com os direitos a ações negativas, que são desde logo auto-aplicáveis.

Uma primeira conclusão, portanto, é que não se pode confundir a aplicação imediata com a auto-aplicabilidade.

De outro lado, o fato de os direitos que requerem uma prestação positiva do Estado, seja de natureza normativa, seja de natureza material, não serem auto-aplicáveis não significa que não tenham nenhum efeito. Sua configuração constitucional com previsão de aplicação imediata determina uma necessidade de atenção aos seus dispositivos por parte do Estado em sua atuação tanto por parte do Legislativo quanto do Executivo e do Judiciário.

Uma segunda conclusão, assim, é de que qualquer norma de direito fundamental, por expressa previsão da Constituição, terá no mínimo uma eficácia negativa, definindo os pressupostos interpretativos da Constituição e, por conseqüência, do direito brasileiro.

Além disso, a referência à aplicação imediata por parte do constituinte evidenciou o dever de legislar por parte do legislador infraconstitucional. Como se sabe, a regra é de que a omissão inconstitucional em face do dever de legislar só se configura, via de regra, quando decorrido lapso temporal suficiente para o legislador exercer sua atribuição. Entretanto, em face da determinação constitucional em análise, a situação dos direitos fundamentais não é essa.

Conclui-se, assim, que, com o início da vigência da Constituição de 1988, o legislador ordinário passou a estar em débito com o seu dever de legislar, podendo a qualquer momento serem utilizadas as garantias do mandado de injunção e da ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão.

A questão em análise é complexa porque, conforme já mencionado, os direitos a algo, direitos-liberdade e direitos-competência não são categorias estanques. Há uma estreita relação entre elas. Assim, ao mesmo tempo em que a Constituição atribui uma liberdade, surge a necessidade de sua regulamentação para possibilitar o seu efetivo exercício. Conforme menciona Alexy, a verdadeira liberdade é a liberdade protegida, em que uma norma positiva assegura a posição livre do indivíduo. Dessa forma, junto com uma liberdade estabelecida pelo texto constitucional surge um direito a uma

prestação positiva do Estado de caráter normativo. É o caso da disposição do artigo 5º, L, da Constituição Federal.

Fica claro, portanto, que o conteúdo da aplicação imediata previsto na Constituição não se refere à auto-aplicabilidade ou a idéia de eficácia plena, conforme clássica classificação do professor José Afonso da Silva. A eficácia da norma terá de ser verificada a partir de sua estrutura em cada caso.

A segunda questão levantada neste ponto refere-se ao âmbito de incidência do disposto no parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal.

Nesse contexto, são três as possibilidades que podem ser aventadas: (i) aplicação restrita aos direitos do capítulo I; (ii) aplicação a todos os direitos fundamentais encontrados na Constituição onde quer que estejam; (iii) aplicação para todos os direitos do Título II, a partir de uma interpretação literal.

Parece-nos mais consentânea com a própria sistematização da matéria na Constituição a possibilidade que define a aplicação do dispositivo em análise a todos os direitos fundamentais presentes no texto constitucional, uma vez que a Constituição é bastante analítica no que se refere aos direitos fundamentais, de forma que, ao restringir a incidência do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal aos direitos do título II ou do capítulo I, estaremos estabelecendo um regime diferenciado dos direitos fundamentais dentro do próprio texto constitucional sem qualquer indicação constitucional nesse sentido.

Nesse cenário, é possível efetuar-se a leitura da Constituição brasileira a partir da teoria de Robert Alexy, identificando-se na CF/88, como visto, a existência de direitos fundamentais de liberdade, direitos fundamentais relativos a aspectos sociais, econômicos e culturais e direitos políticos.

Os direitos de liberdades são poderes de a pessoa agir diante da sociedade e do Estado. Poderes de agir reconhecidos, regulados e resguardados pelo Poder Público. Já os direitos de conteúdo social, econômico e cultural são poderes de exigir prestações do Estado brasileiro. Por fim, os direitos políticos são os direitos relativos à nacionalidade e à cidadania que dizem respeito, constituindo poderes de participar da vida do Estado.

Assim, a partir de Robert Alexy, tem-se que os direitos políticos são essencialmente direitos-competência, porque são competências que a Constituição atribui de agir modificando situações jurídicas. Os direitos sociais se enquadram precipuamente nos direitos a algo. E os direitos de liberdade são os direitos-liberdade.

O que se vê, portanto, é que os direitos fundamentais previstos na Constituição do Brasil de 1988 seguem uma estruturação diferenciada, mas com aplicação do mesmo regime típico dos sistemas de direito fundamental em geral, impondo, antes de tudo, uma atuação estatal voltada à idéia exposta já no início do presente estudo, que é da função do Estado como ente realizador da pessoa humana, não o contrário. É por isso que se diz que os direitos fundamentais são direitos da pessoa humana enquanto princípio, meio e fim do Estado. Tudo que desconsidere esse pressuposto em termos de políticas do Estado não estará consentâneo com os direitos fundamentais e, por conseqüência, com a Constituição.

Assim, em termos de atividade de conciliação e de defesa da Administração em Juízo, pode-se identificar na Constituição uma série de direitos fundamentais a serem observados, tais como o direito à dignidade e à vida, que muitas vezes são eliminados pela utilização de recursos meramente protelatórios em casos em que poderia haver inclusive solução consensual; direito à igualdade e à propriedade, desrespeitados quando com a mera finalidade de caixa não se aplicam a todos indistintamente os direitos em massa reconhecidos definitivamente pelo Judiciário, com o respectivo pagamento das diferenças devidas; e direito à boa administração, prejudicado pela violação aos princípios da Administração Pública mencionados no capítulo 2.

Reflexamente pode-se falar ainda que os direitos sociais e os direitos políticos reforçam a idéia da conciliação, porquanto, quando esta se realiza em casos em que efetivamente se verifica o direito do postulante, concretizam-se os fins do Estado, conforme exposto no tópico 2.

Como conseqüência da existência de toda essa gama de direitos fundamentais, surgem juridicamente, conforme se extraem das lições de Robert Alexy apresentadas no início do presente tópico, importantes limitações à atuação estatal em Juízo, antes de mais nada no aspecto negativo, no sentido de, por exemplo, não obstaculizar a realização de acordos ou a fruição do direito já reconhecido judicialmente (no caso concreto e/ou por jurisprudência consolidada dos Tribunais Superiores) com medidas protelatórias ou condicionantes que não se extraem da Constituição, não realizar interpretações restritivas relativas à conciliação que não se compatibilizem com a proporcionalidade e um juízo de ponderação, como verificado no caso da regulamentação infralegal da Lei nº 10.259/01 quanto aos acordos nos JEFs, não criar mecanismos que tornam na prática impossível ou muito complexa a realização dos acordos ou da fruição do direito reconhecido, etc.

Além disso há limitações no sentido positivo, consagrando um dever de agir do Estado, por exemplo, com a obrigação de o Legislativo criar normas jurídicas que tornem mais ágil o reconhecimento pelo Estado-Administração do que já definido pelo Estado-Juiz, ampliando as possibilidades de acordo e aplicação administrativa a todos os casos idênticos do que for definitivamente julgado em última instância, a organização da burocracia do Estado visando a facilitar os acordos e evitar recursos desnecessários, etc.

Tem-se, assim, que toda a ação do Estado-Administração no sentido de vedar ou limitar a prática de conciliação em Juízo em casos em que se mostre cabível pela análise dos fatos e precedentes judiciais acerca da matéria mostra-se em descompasso com as diretrizes fixadas pelos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 antes elencados, padecendo, portanto, do vício de inconstitucionalidade.

Dessa forma, aos órgãos de cúpula da Advocacia Pública cabe apenas a regulamentação não obstativa dos acordos, verificando-se situação de inconstitucionalidade por ação quando restringem os acordos por via infralegal.

Além disso, há inconstitucionalidade por omissão quando, diante de diversos precedentes, o Estado-Administração não traz facilitadores à atividade conciliatória com a edição de, por exemplo, súmulas administrativas. A inexistência de tais súmulas, contudo, não impede os acordos, suprindo-se a omissão inconstitucional em cada caso concreto pela atuação do Advogado Público que oficia nos autos.

Em conseqüência, a abertura de processo administrativo disciplinar pela realização de acordos com fundamento na ausência de ato administrativo de autorização específico ou de súmula administrativa viola a CF/88 e seu sistema de direitos fundamentais, gerando a responsabilidade do agente público que determinou a instauração do processo administrativo.

5. Conclusões

A partir do exposto tem-se as seguintes considerações finais: (i) a análise do cabimento da transação, nos termos das diretrizes constitucionais e principiológicas apresentadas no presente estudo, é ao mesmo tempo um poder e um dever da Administração Pública em Juízo, devendo seguir a orientação definida pelos precedentes judiciais definitivamente constituídos; (ii) cabe à Advocacia Pública assumir a responsabilidade e as atribuições que lhes foram conferidas constitucionalmente quanto à atividade de conciliação, de forma que o Estado-Administração passe a atuar em Juízo de acordo com o que

preconiza a Constituição Federal de 1988; (iii) essa é uma medida que, além de realizar o projeto constitucional quanto ao Poder Judiciário e à Advocacia Pública, trará a valorização das atividades dos Advogados Públicos, que atuam protegidos pela Constituição Federal de 1988.

6. Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

AMARAL E SILVA, Antonio Fernando Schenkel do. A técnica de acordos na justiça federal. Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, n. 75/76, jan-jul 2004.

BARROS, Suzana de Toledo. A compreensão Jurídico-Dogmática dos Direitos Fundamentais. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 5. ed. São Paulo : Saraiva, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

FARIAS, Edilson Pereira de. Os direitos fundamentais. Colisão de Direitos - A honra a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: SAFE, 1996.

FREITAS, Juarez. Controle dos atos administrativos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. Rio de Janeiro: Ed. Líber Júris, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 17. ed. São Paulo : Malheiros, 2004. 960p.

SCHMITT, Carl. Teoria de la constitución. México: Ed. Nacional, 1970.

SILVA, Fernando Quadros da. Agências reguladoras: a sua independência e o princípio do estado democrático de direito. Curitiba: Juruá, 2002. 173p.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p.123-148.

NOTAS DE RODAPÉ

1. BISCARETTI DI RUFFIA, Paolo. In: Derecho Constitucional. Tecnos: Madrid, 1965, p. 115 apud MEIRELLES, Hely Lopes. In: Direito Administrativo Brasileiro. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 60.
2. LASSALE, Ferdinand. A essência da constituição. Rio de Janeiro: Líber Júrís, 1985.
3. HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Porto Alegre: Fabris, 1991.
4. SCHMITT, Carl. Teoria de la constitución. México: Ed. Nacional, 1970.
5. Kelsen, Hans. Teoria pura do direito. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
6. CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159.
7. CANOTILHO, op. cit., p. 1.183.
8. FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.
9. FREITAS, op. cit., p. 24.
10. FREITAS, op. cit., p. 25-26.
11. FREITAS, op. cit., p. 26.
12. FREITAS, op. cit., p. 27-28.
13. FREITAS, op. cit., p. 28.
14. FREITAS, op. cit., p. 28.
15. FREITAS, op. cit., p. 29.
16. FREITAS, op. cit., p. 32-33.
17. Quanto a essa questão o prof. Juarez Freitas ressalta que “os desdobramentos arrolados não devem fazer perder de vista, contudo, que o sistema administrativista não se coaduna com o domínio despótico do todo sobre a vontade particular, porque exige o primado (não supremacia) da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum. Desse modo, não consulta o interesse público, por exemplo, que persista o modelo iníquo de desobediência às ordens judiciais pela Administração Pública, incorrendo no abuso de recursos judiciais meramente protelatórios. Com efeito, a invocação do interesse

público, maculado por supostas razões subalternas do Estado, não pode servir de biombo ou argumento para o desacato ou crônicos descumprimento das decisões judiciais, nem para o acintoso menosprezo dos direitos fundamentais e, não raro, para manobras protelatórias ofensivas à dignidade da prestação da tutela jurisdicional". Op. Cit. p. 35.

18. op. cit. p. 34.

19. op. cit. p. 34.

20. op. cit. p. 40.

21. op. cit. p. 44.

22. op. cit. p. 49.

23. op. cit. p. 60.

24. op. cit. p. 61.

25. op. cit. p. 62.

26. op. cit. p. 71.

27. op. cit. p. 71.

28. op. cit. p. 71.

29. op. cit. p. 71.

30. op. cit. p. 74.

31. op. cit. p. 75.

32. AMARAL E SILVA, Antonio Fernando Schenkel. As técnicas dos acordos na Justiça Federal. Revista da Associação dos Juizes Federal do Brasil, Ano 21, n. 75/76, 2004, p. 93.

33. op. cit. p. 76.

34. op. cit. p. 77.

35. ALEXY, Robert. Teoria general de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993. p. 27.

op. cit. p. 186.

36. BARROS, Suzana de Toledo. A compreensão Jurídico-Dogmática dos Direitos Fundamentais. O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 1996. p.134.

37. op. cit. p. 187.

38. op. cit. p. 189.

39. op. cit. p. 195.

40. op. cit. p. 196.

41. op. cit. p. 138.

42. op. cit. p. 196.

43. op. cit. p. 218.

44. op. cit. p. 218.

45. op. cit. p. 238.

46. op. cit. p. 240.

47. op. cit. p. 94.

48. op. cit. p. 145.

49. op. cit. p. 141.

50. op. cit. p. 141.

51. op.cit. p. 141.

52. op. cit. p. 142.

REVISTA DE DOUTRINA DA 4ª REGIÃO
PUBLICAÇÃO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA DO TRF DA 4ª REGIÃO
- EMAGIS