

**CAÊ MATOS TEIXEIRA DE ALMEIDA**

**DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO**

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Pós-Doutor Wilson Alves de Souza

Salvador  
2010

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**CAÊ MATOS TEIXEIRA DE ALMEIDA**

### **DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO**

Dissertação apresentada ao Núcleo de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Wilson Alves de Souza – Orientador \_\_\_\_\_  
Pós-Doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Dirley da Cunha Júnior \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - SP  
Universidade Federal da Bahia – UFBA.

Jorge Sarmiento \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito \_\_\_\_\_  
Universidade Federal de Alagoas \_\_\_\_\_

Aos meus queridos pais, Rosangela, Tico e Wilson (*in memoriam*), e irmãos, Ythio, Juliana e Luana, pelo apoio incondicional e constante. A minha mulher, Thaís, simplesmente pelo fato de ela existir e me proporcionar o prazer de ver sua linda face. Aos meus amigos Mario, Valdir, Rebeca, Neto, Urbano, Diana e outros pelo apoio imprescindível nesta minha caminhada.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à Deus pela oportunidade que me deu de poder partilhar a minha vida com as pessoas que amo.

Agradeço a meu pai, ainda entre nós (em espírito e ideais), por ter me ensinado que o indivíduo só se faz único quando pensa por suas próprias convicções... e que o certo é ter poucas delas.

Agradeço a minha mãe, eterna vigilante e acolhedora, berço de segurança, fonte de amor e amizade infinita. Meu tudo. Te amo.

Agradeço a Tico por ser meu segundo pai, presente nas mais difíceis horas; sinônimo de apoio e amor constantes.

Agradeço aos meus irmãos, Ythio, Juli e Luana pelo simples fato de sorrirem na minha presença e exalarem o amor que nos alimenta e nos fortalece para vencer as dificuldades da vida.

Agradeço a minha linda mulher por ser o marco de consciência que me estabiliza, o leme de minhas condutas, o ar dos meus pulmões que se enchem e se esvaziam a cada dia difícil que se vivencia. Amor eterno existe e está personificado em você.

Agradeço ao meu orientador, Wilson Alves de Souza, pelo compartilhamento de seus conhecimentos.

Agradeço também àqueles que se acham meus inimigos, apesar de acreditar não tê-los, pois me proporcionaram a adversidade, essencial a qualquer crescimento humano.

Agradeço aos amigos, companheiros de trabalho e anônimos que, por um simples gesto ou palavra, fizeram o meu dia melhor.

A todos, o meu muito obrigado.

“Para ser o que sou hoje fui vários homens.  
E se volto a encontrar-me com os homens que fui, não me envergonho.  
Foram etapas do que sou.  
Tudo o que sei, custou as dores das experiências.  
Tenho respeito pelos que procuram, pelos que tateiam, pelos que erram.  
E, o que é mais importante, estou persuadido  
de que minha luz se extinguiria se eu fosse o único a possuí-la.”

Goethe

## RESUMO

Esta dissertação tem como objetivo principal analisar o direito a um serviço público judiciário adequado. Opta-se, neste trabalho, por enquadrar a atividade judicial, principalmente no seu aspecto administrativo, entre as modalidades de serviço público. Inúmeras são as vantagens decorrentes deste enquadramento. A principal delas é ampliar o número de critérios aferidores de qualidade para a realização do controle administrativo pelo Conselho Nacional de Justiça. O serviço judiciário deve, conforme disposição do art. 175, inc. IV *c/c* art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ser prestado de forma adequada. Os critérios de adequação relativos a esta atividade podem ser identificados em diversas legislações, quais sejam: Constituição Federal, Lei n.º 8.987/95, Lei n.º 8.078/90, Pacto de *San Jose da Costa Rica* e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Além delas, há os critérios impostos pelas decisões do Conselho Nacional de Justiça e aqueles decorrentes dos posicionamentos doutrinários pátrios. Em face do conteúdo jurídico-administrativo destas legislações, das competências e objetivos do Conselho Nacional de Justiça e dos escritos dos mais diversos doutrinadores, pode-se afirmar que existe um direito, de todo e qualquer cidadão, de obter do Estado uma prestação adequada dos seus serviços judiciários.

**Palavras-chave:** Serviço público adequado; Conselho Nacional de Justiça; Prestação jurisdicional adequada.

## ABSTRACT

This dissertation aims analyze the right to a suitable judicial public service. We decide on this document by framing the judicial activity, mainly in its administrative aspect, between various forms of public service. The most important is to increase the number of criteria of quality for the implementation of administrative control by the National Council of Justice. There are numerous advantages of this framework. The judicial service must to be provided adequately, as the provision of Art. 175, inc. IV c / c art. 37, caput of the Federal Constitution. The conditions of adequacy of this activity can be identified in several laws, namely: the Federal Constitution, Law n.º 8.987/95, Law n.º 8.078/90, the Pact of San Jose of Costa Rica and the Organic Law of the National Judiciary. In addition, there are the criterions imposed by decisions of the National Council of Justice and those arising from national doctrinal positions. In light of the legal content of these judicial and administrative laws, skills and goals of the National Council of Justice and the writings of many different legal scholars, we can say that there is a right of any citizen to obtain from the State, an adequate provision of its judiciary services.

**Keywords:** Suitable public service, National Council of Justice, Appropriate judicial provide.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	Artigo
arts.	Artigos
c/c	Cumulado com
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal de 1988
CJF	Conselho de Justiça Federal
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código de Processo Civil
CDC	Código de Defesa do consumidor
EC	Emenda Constitucional
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
inc.	Inciso
incs.	Incisos
LC	Lei Complementar
LOMAN	Lei Orgânica da Magistratura Nacional
ss.	Seguintes
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2 ESTADO E SERVIÇO PÚBLICO: SUJEITOS E OBJETOS</b> .....	16
2.1 PODERES, FUNÇÕES E ATIVIDADES ESTATAIS.....	18
<b>2.1.1 Considerações sobre poder, função, atividade e órgão públicos</b> .....	25
2.2 PODER OU FUNÇÃO EXECUTIVA.....	30
<b>1.2.1 Administração Pública</b> .....	35
2.3 PODER OU FUNÇÃO LEGISLATIVA.....	39
2.4 PODER OU FUNÇÃO JUDICIÁRIA.....	44
2.5 AGENTES PÚBLICOS E SEU VÍNCULO COM O ESTADO.....	48
<b>2.5.1 Divergência doutrinária sobre nomenclatura</b> .....	48
2.5.1.1 Funcionários públicos.....	49
2.5.1.2 Servidores/agentes públicos ou estatais e subdivisões.....	50
2.5.1.3 Agentes políticos.....	52
<b>2.5.2 Teorias sobre vínculo do agente público com o Estado</b> .....	54
2.5.2.1 Teoria da representação.....	55
2.5.2.2 Teoria do mandato.....	56
2.5.2.3 Teoria do órgão – vigorante hoje.....	57
<b>3 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE JURISDICIONAL</b> .....	58
3.1 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO.....	59
3.2 NOÇÕES DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA/JURISDICIONAL.....	61
3.3 SERVIÇO PÚBLICO JURISDICIONAL.....	66
<b>3.3.1 Compatibilidade de conceitos</b> .....	66
3.3.1.1 Importância do enquadramento no gênero “serviço público”.....	71
3.4 DEVER DE PRESTAÇÃO ADEQUADA DE SERVIÇO PÚBLICO.....	76
3.5 POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS PARA UMA PRESTAÇÃO INADEQUADA.....	77
<b>3.5.1 Reserva do possível</b> .....	78
<b>3.5.2 Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro</b> .....	88
3.5.3 Caso fortuito e força maior.....	90
<b>4 SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO</b> .....	93
4.1 SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO.....	93

<b>4.1.1 Critérios legais de adequação.....</b>	<b>93</b>
4.1.1.1 Art. 37 da Constituição Federal.....	94
4.1.1.1.1 Art. 37, <i>caput</i> , da Constituição Federal.....	94
4.1.1.1.2 Art. 37, §6º, da Constituição Federal.....	120
4.1.1.1.3 Art. 37, §8º, da Constituição Federal.....	120
4.1.1.2 Art. 39, §§ 2º e 7º, da Constituição Federal.....	121
4.1.1.3 Art. 74, I e II, da Constituição Federal.....	124
4.1.1.4 Art. 144, § 7º, da Constituição Federal.....	126
4.1.1.5 Art. 5º da Constituição Federal.....	127
4.1.1.5.1 Art. 5º, <i>incs. XXXIII da Constituição Federal</i> .....	127
4.1.1.5.2 Art. 5º, <i>inc. LXXIII da Constituição Federal</i> .....	128
4.1.1.6 Artigos 6º, 7º e 9º da Lei nº 8.987/1995.....	130
4.1.1.7 Artigos da Lei 8.078/90.....	135
4.1.1.7.1 Artigo 4º, <i>caput e incisos II, d, III, V e VII da Lei 8.078/90</i> .....	135
4.1.1.7.2 Artigo 6º, <i>inc. X da Lei 8.078/90</i> .....	140
4.1.1.7.3 Artigo 14, <i>caput e § 1º da Lei 8.078/90</i> .....	140
4.1.1.7.4 Artigo 20 <i>caput e § 2º da Lei 8.078/90</i> .....	141
4.1.1.7.5 Artigo 22 <i>caput e parágrafo único da Lei 8.078/90</i> .....	142
<b>4.1.2 Critérios doutrinários de adequação.....</b>	<b>142</b>
<b>4.1.3 Critérios jurisprudenciais de adequação.....</b>	<b>146</b>
4.1.3.1 Decisões do STF e STJ.....	146
<b>5 DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO.....</b>	<b>148</b>
5.1 SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO.....	148
<b>5.1.1 Critérios legais de adequação.....</b>	<b>148</b>
5.1.1.1 Art. 5º, <i>inc. LIII, LIV e LXXVIII da Constituição Federal</i> .....	149
5.1.1.1.1 <i>Direito a ampla defesa e ao contraditório</i> .....	156
5.1.1.1.2 <i>Direito a uma justiça pública</i> .....	159
5.1.1.1.3 <i>Direito a uma justiça integral e gratuita</i> .....	160
5.1.1.1.4 <i>Direito a não ocorrência de erros judiciários e de excessos prazais</i> .....	161
5.1.1.2 Pacto de São José da Costa Rica.....	164
5.1.1.3 Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN).....	166
<b>5.1.2 Critérios impostos pelo Conselho Nacional de Justiça.....</b>	<b>169</b>
5.1.2.1 Art. 92, I-A c/c art. 103-B, §§ 4º e 5º da Constituição Federal.....	169

5.1.2.1.1	<i>Informações sobre o Conselho Nacional de Justiça</i> .....	171
5.1.2.1.2	<i>Competências do Conselho Nacional de Justiça</i> .....	175
5.1.2.1.3	<i>Dados do Conselho Nacional de Justiça</i> .....	176
5.1.2.1.4	<i>Metas do Conselho Nacional de Justiça</i> .....	180
<b>5.1.3</b>	<b>Critérios doutrinários de adequação</b> .....	182
<b>5.1.4</b>	<b>Critérios jurisprudenciais de adequação</b> .....	190
5.1.4.1	Decisões do STF e STJ.....	190
5.2	DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO.....	198
5.3	DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO .....	199
5.4	DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO.....	201
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	205
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	209

## 1 INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 175 da Constituição Federal, *caput*, que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Complementa seu parágrafo único, inciso IV, da seguinte forma: “A lei disporá sobre: [...] IV - a obrigação de manter serviço adequado”. Tal previsão aponta para uma necessidade de adequação dos serviços públicos prestados pela Administração Pública. Dessume-se deste artigo, como consequência lógica, a existência de um direito do cidadão de receber serviço público adequado. Mas dois questionamentos surgem: quais os serviços abrangidos pela expressão “serviço público” e quais seriam os critérios identificadores da adequação destes?

A noção de serviço público não é uníssona na doutrina, jurisprudência e legislação. Há doutrinadores que conceituam de forma bastante ampla, abrangendo toda e qualquer atividade prestada pelo Poder Público. Outros, agindo de forma mais restritiva, pormenorizam tal conceito, especificando quais seriam as suas partes essenciais e imprescindíveis a sua identificação. A jurisprudência ora amplia ora restringe a concepção de serviço público. A legislação não se manifesta, de forma clara e precisa, a respeito do que seria tal instituto jurídico, deixando margem para lucubrações divergentes. O que há, na verdade, são previsões esparsas, explicitações de legislações de diferentes hierarquias e finalidades.

Diante dessa imprecisão conceitual, discute-se a respeito da possibilidade de inclusão da atividade judiciária (aqui englobando a atividade típica e atípica do Poder Judiciário) no rol dos serviços públicos. Conseqüentemente se analisa a conveniência de seu enquadramento neste rol e quais seriam os critérios adotáveis para identificação de sua adequação. É perceptível que o instituto “serviço público” é nitidamente utilizado, com maior frequência, para designar atividades exercidas, direta ou indiretamente, pelo Poder Executivo.

Muitos são os argumentos utilizados para justificar o afastamento da atividade judiciária da noção de serviço público e, portanto, da idéia de responsabilização: a atividade judiciária, principalmente a jurisdicional, é manifestação de um poder soberano titularizado pelo Poder Judiciário; os agentes que exercem tal espécie de atividade são agentes políticos, somente submetidos à Constituição Federal, o que os diferencia dos outros servidores públicos; o art. 37, § 6º da Carta Magna somente se referiria a agentes administrativos na sua expressão “agentes”, e não aos juízes, identificados, por muitos, como agentes políticos; necessária manutenção da independência funcional do magistrado no seu *mister* jurisdicional;

a manifestação em última instância, configurando coisa julgada, decorrente da atividade jurisdicional, não sendo possível haver controle posterior; etc.

Não são poucos os doutrinadores que preferem considerar o serviço público como gênero do qual seria espécie a atividade judiciária. Os argumentos são diversos, podendo ser citados alguns: o similar regime jurídico dos servidores públicos que integram o Poder Judiciário (salvo algumas prerrogativas peculiares); a concepção unitária<sup>1</sup> de responsabilização do Estado pela atividade danosa de seus agentes<sup>2</sup>; o monopólio estatal da atividade jurisdicional, representando uma atividade prestacional (típica e inevitavelmente pública) de extrema importância para os cidadãos; equiparação do magistrado a servidor público investido em seu cargo mediante concurso de provas ou de provas e títulos; flexibilização da coisa julgada em situações excepcionais; etc.

Não é o objeto deste trabalho analisar a (ir)responsabilidade do magistrado pelos resultados danosos decorrentes de sua atividade típica. Mas, reconhece-se que a noção de responsabilização dos juízes é um dos argumentos fortificantes da idéia de atividade judiciária como espécie de serviço público. Versar-se-á sobre este tema somente de forma acessória, pontual, no momento oportuno.

Considerando-se a atividade judiciária como serviço público passa-se a análise de outros dois pontos relevantes: o direito ao serviço público (adequado) de todo cidadão e os meios disponíveis de aferição da adequação deste serviço aos padrões de eficiência<sup>3</sup> previstos na lei, doutrina, jurisprudência e manifestações administrativas de órgãos integrantes do Poder Judiciário, a exemplo do Conselho Nacional de Justiça.

Antes de serem observados os critérios existentes para adequação do serviço público judiciário, mostra-se premente a necessidade de identificação dos principais problemas vivenciados pela Justiça brasileira. *Ab initio*, é relevante trazer a baila o problema da morosidade. A Ministra do STF, Cármen Lúcia, empossada em 2006, afirmou, ao ser sabatinada na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que “o cidadão já sabe que essa história de que a Justiça tarda, mas não falha não é verdadeira. Justiça que tarda, falha”<sup>4</sup>. Ruy Barbosa, na sua obra “Oração aos Moços”, já escrevia que

---

<sup>1</sup> Concepção unitária aqui descrita seria uma forma de analisar o assunto “responsabilidade do Estado” considerando o Ente Estatal como uma instituição única, responsável pelos seus agentes, independente da natureza da atividade exercida.

<sup>2</sup> A expressão “agentes” descrita no art. 37, § 6º da Constituição Federal é bastante abrangente, abarcando, inclusive, os magistrados, qualificados, por não poucos doutrinadores, como agentes políticos.

<sup>3</sup> Aqui a palavra eficiência foi utilizada em sentido lato, abrangendo todas as medidas necessárias a manutenção de um serviço público de qualidade.

<sup>4</sup> ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/815>>. Acessado em: 20 ago. 2006.

[...] a justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e assim, as lesa no patrimônio honra e liberdade. Os juízes tardinheiros são culpados que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinqüente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.<sup>5</sup>

A fim de fazer frente a este problema foi elaborada a Emenda Constitucional n.º 45/2004. Esta Emenda, ao incluir o inc. LXXVIII no rol do art. 5º deu azo ao surgimento do direito a uma duração razoável do processo, um dos aspectos englobados pelo *due process of law*. Tal previsão constitucional se sintoniza com a tendência do sistema normativo brasileiro de tornar o serviço judiciário mais célere, sob pena de cometer-se injustiça.

Alguns outros vícios podem ser constatados a partir de breve análise da atividade judiciária brasileira: excessiva burocratização do serviço público em geral, inclusive o judiciário; avantajado número de processos por juízes e auxiliares da justiça; falta de informatização da atividade judicativa (o julgar e atividades acessórias a este); falta de (ou deficiente) capacidade de gestão (de processos e de pessoas) dos desembargadores e juízes em seu *mister*; ausência de maior integração entre os órgãos julgadores (principalmente estaduais) a fim de compartilharem informações, argumentos judicantes, fundamentações legais e doutrinária, deixando tal atividade somente ao causídico (quando traz jurisprudências, transcrições de livros) na sua atuação em defesa de seu cliente; não unificação do sistema de informática em diversos dos órgãos judiciários brasileiros; etc.<sup>6</sup>

Como se nota inúmeros são os problemas que precisam ser enfrentados por aqueles que se importam com um restabelecimento da boa imagem do Poder Judiciário. Mas, para obterem sucesso em suas investidas, é necessário que sejam feitos planejamentos, estratégias, fixados parâmetros, meios e metas relacionados com um adequado funcionamento da Justiça brasileira. Alguns destes instrumentos otimizadores da atividade administrativo-judiciária já existem na legislação, na jurisprudência, doutrina e em outros órgãos judiciários existentes hodiernamente.

A atividade judicante, assim como qualquer serviço público, precisa ser prestado de forma adequada. É o que assevera, claramente, a Constituição Federal no seu art. 175, *caput* e

<sup>5</sup> BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo, Russel, 2004, p.47.

<sup>6</sup> É possível notar que a média de gastos da Justiça Estadual com informatização é muito baixa (2,2% do total de gastos desta justiça), principalmente em estados como a Bahia (0,9%), o que aponta para uma deficiência quanto à uniformização de sistema de informática entre as diversas Justičas nacionais. Acresce-se a isso o fato de que o número médio de computadores por servidor é de 0,87%, sendo que na Bahia há 0,89%. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acessado em: 15 jan. 2010.

parágrafo único, inc. IV<sup>7</sup>. Outros institutos legais explicitam a necessidade de manutenção de um serviço público adequado. É o que se nota a partir da análise de outros artigos da Constituição Federal (art. 5º, art. 37, art. 74, entre outros), da Lei 8.987/95 (Lei de Concessão e Permissão de Serviço Público), da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), Lei 9.784/99 (Lei sobre Processo Administrativo na Administração Pública Federal), Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Estes institutos são analisados de forma mais pormenorizada.

Os conflitos entre interesses particulares é sempre possível. Porém estes conflitos, quando envolvem direitos indisponíveis, não podem ser resolvidos no âmbito extrajudicial, via autocomposição ou autotutela. Faz-se necessária a intervenção do Estado-Juiz, como mediador necessário. Sendo o Estado o titular exclusivo da atividade jurisdicional, muita vez figura, por intermédio de seus agentes, como o grande responsável pelos prejuízos decorrentes de uma prestação inadequada. Diante de todas as manifestações doutrinárias, normativas e jurisprudenciais a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado, pode-se conceber que seja necessária, quiçá até imprescindível, a adoção de um mecanismo de controle da qualidade das atividades administrativo-judiciais prestadas pelo Estado e de responsabilização dos agentes causadores dos danos.

Perscrutar os mecanismos disponíveis para otimização da atividade de administração da justiça (e por conseqüência a atividade jurisdicional) adequando-a aos parâmetros aceitáveis, diante das demandas sociais submetidas ao crivo judiciário, é um dos principais objetivos colimados neste trabalho. Ademais, busca-se configurar o direito a um serviço público judiciário adequado.

---

<sup>7</sup> Art. 175 da Constituição Federal. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: [...] IV - a obrigação de manter serviço adequado.

## 2 ESTADO E SERVIÇO PÚBLICO: SUJEITOS E OBJETOS

A palavra “Estado”, segundo afirma Dalmo de Abreu Dallari<sup>8</sup>, surgiu, no sentido hoje adotado, com Maquiavel, em sua obra “O Príncipe”, escrita em 1513. Hoje a mesma expressão pode ser conceituada de forma multifacetada, a depender do enfoque que se pretende adotar na sua concepção. A fim de direcionar o trabalho, optar-se-á por um conceito mais sucinto e amplo, mas não pouco preciso, apresentado pelo mesmo Dalmo de Abreu Dallari: “[...] ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território.”<sup>9</sup> Neste conceito são apresentados os elementos constitutivos do Estado. Estes são apresentados pela maioria da doutrina como sendo os seguintes: soberania, o povo, o território. A este rol acrescentam, alguns, o elemento “finalidade”<sup>10</sup>.

A soberania pode ser conceituada como a “[...] capacidade de a pessoa política decidir a respeito de questões próprias sem a interferência de outro Estado”<sup>11</sup>. O Povo é o seu elemento pessoal, sendo conceituado ora de forma ampliativa<sup>12</sup>, ora de forma restritiva<sup>13</sup>. Darcy Ribeiro, ao escrever sobre a constituição do povo brasileiro<sup>14</sup>, apontou para

<sup>8</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.51

<sup>9</sup> *Idem. Ibidem*, p.119.

<sup>10</sup> Este último elemento constitutivo, a finalidade, é identificado pelos doutrinadores Manoel Jorge e Silva Neto, (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.259), Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 103), Marcel de La Bigne de Villeneuve (VILLENEUVE, Marcel de La Bigne de. *L'Activité Étatique*, Paris: Recueil Sirey, 1954, p.06), Alexandre Groppali (GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962, p.110 e 141).

<sup>11</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.259.

<sup>12</sup> Paulo Bonavides entende que há um conceito jurídico, um político e um sociológico de povo. Quanto ao primeiro, ele considera povo todos aqueles “[...] que se acham no território como fora deste, no estrangeiro, mas presos a um determinado sistema de poder ou ordenamento normativo, pelo vínculo de cidadania”. Quanto ao conceito político, aponta para “[...] quadro humano sufragante, que se politizou, ou seja, o corpo eleitoral”. Referente ao último sentido, o sociológico, povo “[...] é compreendido como toda a continuidade do elemento humano, projetado historicamente no decurso de várias gerações e dotado de valores e aspirações comuns”. Faz-se uma crítica a este último conceito, pois ele se confunde com o corriqueiro conceito de nação. (BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.74-78). Há também o posicionamento de Friedrich Müller no que tange a concepção de povo: “[...] destinatário de prestações civilizatórias do Estado”. (MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 55).

<sup>13</sup> Para Hans Kelsen povo “[...] é constituído pela unidade da ordem jurídica válida para os indivíduos cuja conduta é regulamentada pela ordem jurídica nacional, ou seja, é a esfera pessoal de validade dessa ordem”. (KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 334). Dalmo Dallari, da mesma forma restritiva, concebe povo como “[...] o conjunto dos indivíduos que, através de um momento jurídico, se unem para constituir o Estado, estabelecendo com este um vínculo jurídico de caráter permanente, participando da formação da vontade do Estado e do exercício do poder soberano”. (DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006, p.99-100).

<sup>14</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.



necessidade de formulação de um conceito de povo que englobe os mais diversos gêneros humanos encontrados na sociedade brasileira caracterizada da seguinte maneira pelo autor:

O povo-nação não surge no Brasil da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender às necessidades de sobrevivência e progresso. Surge, isto sim, da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela, através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato, um continuado genocídio e um etnocídio implacável. Nessas condições, exacerba-se o distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas, e entre estas e as oprimidas, agravando as oposições para acumular, debaixo da uniformidade étnico-cultural e da unidade nacional, tensões dissociativas de caráter traumático.<sup>15</sup>

Conclui o autor afirmando o seguinte:

Este livro (“O povo brasileiro”) é um esforço para contribuir ao atendimento desse reclamo de lucidez. [...] Primeiro pela análise do processo de gestação étnica que deu nascimento aos núcleos originais que, multiplicados, vieram a formar o povo brasileiro. Depois, pelo estudo das linhas de diversificação que plasmaram os nossos modos regionais de ser. E, finalmente, por via da crítica do sistema institucional, notadamente a propriedade fundiária e o regime de trabalho – no âmbito do qual o povo brasileiro surgiu e cresceu, constringido e deformado.<sup>16</sup> (grifo nosso)

Quanto a território há uma maior sintonia entre os doutrinadores, entendendo-o como o “[...] espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado, e isso significa, os seus órgãos, estão autorizados pelo Direito Internacional a executar a ordem jurídica nacional”<sup>17</sup>. Quanto ao último elemento (a finalidade), diz respeito à construção do bem comum, como se depreende do descrito no artigo 3º e incisos da Constituição Federal<sup>18</sup>. É um reflexo do império do Estado Democrático de Direito e do Constitucionalismo.

O constitucionalismo, em sua versão clássica, costuma ser identificado pela previsão expressa e organizada, numa Norma Superior, dos valores máximos de uma sociedade, principalmente a tripartição de funções estatais (legislativa, executiva e judiciária) e os direitos individuais dos seus cidadãos. Tal constitucionalização é destacada, pelos

<sup>15</sup> RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.21.

<sup>16</sup> *Idem. Ibidem*, p.23.

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 208.

<sup>18</sup> Art. 3º da Constituição Federal. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

doutrinadores, como uma das características principais do Estado de Direito. Sobre a origem do constitucionalismo clássico são feitas as seguintes considerações:

Chama-se constitucionalismo clássico o movimento ocorrido na Revolução Francesa de 1789, cuja marca indelével é a proteção dos direitos individuais contra a interferência do Estado.<sup>19</sup>

Complementa o mesmo autor da seguinte forma:

Na França, as idéias iluministas transportadas para o contexto político ensejaram o surgimento da *rationalization du pouvoir*, ou racionalização do poder, que significava simplesmente a necessidade de consolidação dos direitos individuais e da tripartição das funções estatais nas constituições.<sup>20</sup>

Como resta perceptível, dentre as principais características decorrentes do constitucionalismo está a distribuição das funções entre os órgãos estatais. Na Constituição Brasileira ela é percebida a partir da breve análise do art. 2º da Constituição Federal<sup>21</sup>. Optou-se, por mencionar, neste Texto Legislativo, a expressão “Poder”, ao revés de função ou órgão. Sobre este assunto é interessante fazer algumas considerações, enfocando qual o tipo de vínculo mantido entre o Poder Público e seus agentes públicos e quais as espécies deste gênero. Tais assuntos serão tratados nos tópicos a seguir.

## 2.1 PODERES, FUNÇÕES E ATIVIDADES ESTATAIS

Como é possível perceber, o art. 2º da Constituição Federal, ao explicitar que são “[...] poderes da União, independentes e harmônicos entre si [...]”, acabou por adotar a nomenclatura “Poder” para identificar as diversas funções, órgãos e atividades desempenhadas pelo Poder Público nas suas mais diversas finalidades. Devido à opção constitucional, podem ser identificados os Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo.

Tal visão tricotômica adveio, para a esmagadora maioria dos doutrinadores, das idéias do pensador Charles-Louis de Secondat (século XVII e XVIII), mais conhecido como Barão de Montesquieu, quando escreveu a sua obra “O espírito das leis”, publicada em 1748. Sobre o assunto fez as seguintes considerações o autor:

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo da magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-

<sup>19</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.45.

<sup>20</sup> *Idem. Ibidem*, p.45.

<sup>21</sup> Art. 1º da Constituição Federal. São poderes da união, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, Executivo e Judiciário

se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.<sup>22</sup>

Como se nota da transcrição acima, Montesquieu defendia a idéia de que o Estado se manifestava por intermédio de três poderes: o Poder Legislativo (órgão elaborador das leis e representado pelas câmaras de parlamentares); o Poder Executivo (órgão encarregado da administração do território, sendo titularizado geralmente por um Regente ou Monarca); e o Poder Judiciário (órgão responsável por garantir e fiscalizar o cumprimento das leis, sendo exercido por magistrados).

Apesar de relativo consenso doutrinário quanto à afirmação de que o berço da idéia da separação dos Poderes e da noção de controles recíprocos entre estes é o sobredito livro de Montesquieu, afirma Carl Schmitt o seguinte:

*The actual progenitor of the constitutional-theoretical teaching of the balance of powers is Bolingbroke, who propagated the idea of a reciprocal control and balancing, however, only in politically engaged writing and essays, not in a systematic exposition. The expressions he used for this are reciprocal restrictions, reciprocal control, reciprocal delay and detention. [...] Under influence of Bolingbroke Montesquieu draft an ideal image of the English constitution in the famous chapter 6 of the 11th book of his "spirit des lois" (1748).<sup>23</sup>*

Não obstante tal pequena divergência, tal idéia tripartite se estendeu até os dias atuais, como se nota em muitas das Constituições existentes no globo terrestre<sup>24</sup>. A expressão "Poder" perdura em inúmeros ordenamentos referindo-se a funções, órgãos e atividades

<sup>22</sup>MONTESQUIEU, C. L. de Secondat. *O espírito das Leis*. Brasília: UNB, 1995, p.119.

<sup>23</sup>SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham and London: Duke University, 2008, p.221. O trecho acima pode ser traduzido da seguinte forma: "O atual progenitor do ensino teórico-constitucional do equilíbrio de poderes é Bolingbroke, que propagou a idéia de um controle e balanceamento recíprocos, porém, somente em ensaios escritos politicamente engajados, não em uma exposição sistemática. As expressões que ele usou para essas restrições são recíprocas, controle recíproco, detenção e atraso recíprocos. [...] Sob a influência de Bolingbroke Montesquieu, projetor de uma imagem ideal da Constituição Inglesa no famoso capítulo 6 do décimo primeiro livro de seu 'espírito das leis'. (1748)"

<sup>24</sup>Na Constituição dos Estados Unidos da América constam as expressões *Presidential Power (Article II, Section 2)*, *Legislative Power (Article I, Section 1)* e *Judicial Power (Article III, Section 1)*; na Constituição do Canadá estão dispostas as mesmas expressões *Executive Power (Article III)*, *Legislative Power (Article IV)* e *Judicature (Article VII)*; na Constituição da Argentina há as expressões *Poder Legislativo (Título primero - Sección Primera)*, *Poder Ejecutivo (Título primero - Sección Segunda)*, *Poder Judicial (Título primero - Sección Tercera)*; na Constituição Paraguaia há previsão das seguintes: *Poder Legislativo, Poder Ejecutivo, Poder Judicial* (todos localizados no *Título I, artículo 3*), etc.

estatais. É o que se observa na Constituição Federal do Brasil. Hoje já se faz uma releitura<sup>25</sup> daquilo que havia sido defendido por Montesquieu, como se pode notar a partir do dito por Alexandre de Moraes:

[...] o Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que está fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).<sup>26</sup>

Complementa o mesmo autor dizendo que “a estes órgãos (legislativos, executivos e judiciários), a Constituição confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.”<sup>27</sup> O próprio conceito da palavra “poder” remete a um exercício de capacidade. É o que faz deduzir o autor François Chazel:

A noção de poder serve, aqui, a maioria das vezes, para designar a capacidade, por parte de um determinado ator, de conseguir os resultados visados e, em particular, de realizar ações eficazes. [...] é a correspondência entre os resultados obtidos e os desejos específicos do agente que constitui o sinal tangível de seu poder.<sup>28</sup>

Tal colocação deste autor francês aponta para a sintonia existente entre as palavras poder, capacidade e função. Daí a idéia de existirem funções estatais, ao revés de poderes, como dito por Montesquieu. Sobre a existência destas estatizadas funções em substituição da nomenclatura clássica (“Poder”), acrescenta a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele desdobra-se em três funções: a legislativa, a executiva e a jurisdicional. A primeira estabelece regras gerais e abstratas, denominadas leis; as duas outras aplicam as leis ao caso concreto: a função jurisdicional, mediante solução de conflitos de interesses e aplicação coativa da lei, quando as partes não o façam espontaneamente; a função executiva, mediante atos concretos voltados para a realização dos fins estatais, de satisfação das necessidades coletivas.<sup>29</sup>

Conclui-se, a partir dos supramencionados trechos, que o ideal de separação do poder estatal é conflitante com a noção de soberania, cujo titular exclusivo é o Estado. Até

<sup>25</sup> Hoje já se costuma relacionar a idéia de tripartição de “poderes” com a repartição de funções entre os órgãos estatais. O poder seria algo uno, indivisível, titularizado pelo Estado. Sua manifestação que seria multifacetada, distribuída entre os órgãos executivos, legislativos e judiciários.

<sup>26</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.411.

<sup>27</sup> *Idem. Ibidem*, p.411.

<sup>28</sup> CHAZEL, François. *Poder*. In: BAECHLER, J. [et. al.]. Trad. Teresa Curvelo. *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995, p.213.

<sup>29</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.50.

mesmo a expressão “separação” e não “divisão” de poder já foi objeto de análise. Eis os comentários de Carl Schmitt sobre o assunto:

*A great multiplicity of expressions and of perspectives on the general principle of organization of the separation of powers derives from this overview. The most general and comprehensive expression may be the phrase “separation of powers” suggested here. “Separation” means a complete isolation, one, however, that serves as a point of departure for the wider organization and then in the extended order again permits some connections. “Division” correctly means a distinction inside one of the several powers, for example, the division of the legislative power into two houses like a senate and a house of deputies.<sup>30</sup>*

Assim, a partir dos escritos logo acima, até mesmo a expressão “separação de Poderes”, tão difundida entre os autores constitucionalistas, é passível de crítica. Há que se considerar, diante do que se afirmou acima sobre o possível conflito entre a idéia de separação de poder e a de soberania estatal, que a melhor expressão parece ser “divisão de poderes”.

Há, ademais, o juízo, feito por alguns doutrinadores, de que não existiria, na realidade, uma separação de Poderes, mas sim de funções. Outros, mais radicais, asseveram que inexiste a teoria da separação dos Poderes em Montesquieu, a exemplo de Charles Eisenmann, comentado por José Joaquim Gomes Canotilho:

[...] a teoria da separação de poderes engendrou um mito. Consistiria este mito na atribuição a Montesquieu de um *modelo teórico* reconduzível à teoria dos três poderes rigorosamente separados: o executivo (o rei e os seus ministros), o legislativo (1.<sup>a</sup> Câmara e 2.<sup>a</sup> Câmara, câmara alta e câmara alta) e o judicial (corpo de magistrados). Cada poder recobriria uma função própria sem qualquer interferência dos outros. Foi demonstrado por EISENMANN que esta teoria nunca existiu em Montesquieu: por um lado, reconhecia-se ao executivo o direito de interferir no legislativo porque o rei gozava do direito de veto; em segundo lugar, porque o legislativo exerce vigilância sobre o executivo na medida em que controla as leis que votou, podendo exigir aos ministros conta da sua administração; finalmente, o legislativo interfere sobre o judicial quando se trata de julgar os nobres pela Câmara dos Pares, na concessão de amnistias e nos processos políticos que deviam ser apreciados pela Câmara Alta sob acusação da Câmara Baixa.<sup>31</sup>

Arremata o mesmo autor dizendo o seguinte:

<sup>30</sup> SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham and London: Duke University, 2008, p.222. O trecho transcrito acima pode ser traduzido da seguinte forma: “Uma grande multiplicidade de expressões e de perspectivas sobre o princípio geral de organização da separação dos poderes deriva desta visão geral. A expressão mais geral e completa pode ser a frase “separação de poderes”, sugerida aqui. “Separação” significa um completo isolamento, este, contudo, que serve como ponto de partida para a imensa organização e, então, na estendida ordem permite novamente algumas conexões. “Divisão” significa corretamente uma distinção dentro de um dos vários poderes, por exemplo, a divisão do poder legislativo em duas casas, como um Senado e uma Câmara dos Deputados.”

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993, p.260.

Além disso, mais do que separação, do que verdadeiramente se tratava era de *combinação* de poderes: os juízes eram apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei”; o poder executivo e legislativo distribuíam-se por três potências: o rei, a câmara alta e a câmara baixa, ou seja, a realeza, a nobreza e o povo (burguesia). O verdadeiro problema político era o de combinar estas três potências e desta combinação poderíamos deduzir qual a classe social e política favorecida.<sup>32</sup>

Apesar de acreditar-se na pertinência das afirmações supra transcritas, optar-se-á por manter, neste trabalho, a nomenclatura usual “separação de poderes”, para evitar maiores equívocos.

Conforme asseverado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e pela Constituição Federal, em seu art. 2º (já transcrito alhures), os Poderes devem ser independentes e harmoniosos entre si. Sobre as expressões “independência” e “harmonia” faz alguns pertinentes comentários o autor José Afonso da Silva:

Independência dos poderes. Significa (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais. [...] Harmonia entre os poderes. Verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do Poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, e especialmente dos governados.<sup>33</sup>

Como se deduz do escrito acima, tal idéia da separação dos Poderes implica uma necessidade de *checks and balances* (freios e contrapesos). Tal idéia pode ser facilmente compreendida a partir da análise do documento escrito pelos fundadores da Constituição dos Estados Unidos da América<sup>34</sup>, ao estabelecerem os princípios basilares desta:

*The supreme power is considered as including the legislative, judicial, and executive powers. The nature and employment of these several powers deserve a distinct attention. [...] A little attention to the subject will convince us, that these three powers ought to be in different hands, and independent of one another, and so balanced, and each having that check upon the other, that their independence shall be preserved--If the three powers are united, the government will be absolute, whether these powers are in the hands of one or a large number. The same party will be the legislator, accuser, judge*

<sup>32</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993, p.260.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.44.

<sup>34</sup> Um dos seus participantes ilustres é James Madison, chamado por muitos de “*Father of the Constitution*”.

*and executioner; and what probability will an accused person have of an acquittal, however innocent he may be, when his judge will be also a party. [...] Should the executive and legislative powers be united, mischiefs the most terrible would follow. The executive would enact those laws it pleased to execute, and no others – The judicial power would be set aside as inconvenient and tardy – The security and protection of the subject would be a shadow – The executive power would make itself absolute, and the government end in a tyranny [...]. Indeed the dependence of any of these powers upon either of the others, which in all states has always been attempted by one or the other of them, has so often been productive of such calamities, and of the shedding of such oceans of blood, that the page of history seems to be one continued tale of human wretchedness.<sup>35</sup>*

Os fundadores do constitucionalismo americano concluem tal documento formulando o seguinte princípio:

*That the legislative, judicial, and executive powers, are to be lodged in different hands, that each branch is to be independent, and further, to be so balanced, and be able to exert such checks upon the others, as will preserve it from a dependence on, or an union with them.<sup>36</sup>*

A Constituição dos Estados Unidos da América é referência em separação dos Poderes e controles recíprocos entre eles, como assevera Carl Schmitt:

*In the 1787 federal constitution of the United States of America, the system of separation is consciously applied and enforced. In other words, not only are reciprocal checks and controls enforced, but effective separations of power are also instituted to a great extent.<sup>37</sup>*

<sup>35</sup> FROHNEN, Bruce. *The American Republic: Primary Sources*. Disponível em: <<http://www.oll.libertyfund.org>>. Acessado em: 27 fev. 2009. A tradução do texto escrito acima em inglês é a seguinte: “O poder supremo é considerado como a inclusão dos poderes legislativo, judiciário e executivo. A natureza e o emprego desses respectivos poderes merecem uma atenção distinta. [...] Uma pouca atenção para o assunto nos convencerá de que esses três poderes deveriam estar em mãos diferentes e independentes uma da outra, e assim equilibrados, e cada um tendo que fiscalizar o outro, que suas independências devem ser preservadas - Se os três poderes estão unidos, o governo será absoluto se esses poderes estão nas mãos de um ou de um grande número. O mesmo partido será o legislador, acusador, juiz e executor, e que provavelmente uma pessoa acusada terá de ter uma absolvição, por mais inocente que seja, quando o juiz será também um partidário. [...] Os poderes executivo e legislativo deveriam estar unidos, as mais terríveis ofensas seguiriam. O executivo iria executar, satisfeito, a aprovação daquelas leis, e não outros - O Poder Judiciário recusaria como inconveniente e moroso - A segurança e a proteção do assunto seria uma sombra - O Poder Executivo tornar-se-ia absoluto, e o final do governo, uma tirania – Lewis, o décimo primeiro da França, pela astúcia e traição completa a união dos poderes executivo e legislativo daquele reino, e sobre essa União se estabeleceu um sistema de tirania. A França estava anteriormente subordinada a um governo livre. [...] Na verdade a dependência de qualquer destes poderes sobre qualquer um dos outros, a qual em todos os estados sempre tem sido tentada por um ou outro deles, tantas vezes tem sido produtiva de tais calamidades, e de derramamento como de oceanos de sangue, que a página da história parece ser um continuado da miséria humana.”

<sup>36</sup> FROHNEN, Bruce. *The American Republic: Primary Sources*. Disponível em: <<http://www.oll.libertyfund.org>>. Acessado em: 27 fev. 2009. O trecho transcrito acima pode ser traduzido da seguinte forma: “Que os poderes legislativo, judiciário e executivo sejam apresentados em mãos diferentes, que cada ramo seja independente, e, ainda, esteja tão equilibrado, e seja capaz de exercer tais fiscalizações sobre os outros, como preservá-las uma dependência, ou uma união com eles.”

<sup>37</sup> FROHNEN, Bruce. *The American Republic: Primary Sources*. Disponível em: <<http://www.oll.libertyfund.org>>. Acessado em: 17 dez. 2009. A tradução do texto escrito acima em inglês é a seguinte: “Na Constituição Federal de 1787 dos Estados Unidos da América, o sistema de separação é conscientemente

Estes “freios e contrapesos” necessariamente existentes entre os Poderes se manifestam por intermédio de um exercício dos controles e fiscalizações mútuas. Soma-se à reciprocidade de controles entre os Poderes, a existência de uma desconcentração das funções estatais como obstáculos à instalação de um governo tirânico. Quanto a este assunto menciona o autor Bruce Ackerman que “[...] o poder de fazer as leis deve ser exercido por uma instância distinta daquela que detenha o poder de implementá-las. Se se permitir que políticos rompam essa barreira, o resultado será a tirania.”<sup>38</sup>

A separação dos Poderes, adotada hoje no Brasil, segue o modelo originalmente adotado pelos Estados Unidos da América. Tal modelo tem sido alvo de críticas proferidas por alguns autores, como o doutrinador americano Bruce Ackerman. Ele afirma que o motivo da separação estadunidense tem demonstrado ser prejudicial ao estado de direito e a manutenção de uma boa governança. Eis os comentários do sobredito autor:

Não penso que a separação de poderes ao estilo estadunidense inviabilize completamente a especialização funcional. Mas, de vez em quando, a politização da administração pública pode tornar-se *tão* má, por *tanto tempo*, que pode incitar uma contra-reação enérgica e angariar esforços quase-constitucionais para isolar um centro decisório das pressões políticas cotidianas.<sup>39</sup>

Como se nota, não se deve simplesmente adotar uma separação de poderes segundo um modelo previamente estabelecido, a exemplo do estadunidense, mas sim buscar identificar qual o seu fundamento legitimador. Pensando nisso que se manifesta o mesmo autor:

Quando considerado como uma teoria da legitimidade democrática, a separação do poder legiferante ao estilo estadunidense, ou seja, entre presidente, câmara e senado parece um tanto quanto frágil. No entanto, quando a separação dos poderes é entendida como uma teoria da especialização funcional, seu potencial adquire considerável relevo.<sup>40</sup>

A separação dos Poderes, no estilo clássico atribuído à Montesquieu, deve ser encarada sob o enfoque funcional, ou seja, segundo um critério funcional. Cada um destes poderes tem sua própria função típica: o Poder Judiciário tem como atribuição predominante a de julgar, em última instância, todos os dissídios que sejam submetidos aos seus agentes jurisdicionais; o Poder Legislativo, como se deduz, exerce a função de criar as leis que irão

---

aplicado e executado. Em outras palavras, as fiscalizações e os controles executados não são apenas recíprocos, mas separações efetivas de poder são também instituídas em uma grande amplitude.”

<sup>38</sup> ACKERMAN, Bruce. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. *A Nova Separação dos Poderes*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.66.

<sup>39</sup> *Idem. Ibidem*, p.92.

<sup>40</sup> *Idem. Ibidem*, p.92.



reger a sociedade, além de exercer a fiscalização das atividades do Poder Executivo; este último executa as leis e cria as condições necessárias a sua efetivação.

Cabe, como se pode perceber, uma releitura da nomenclatura “Poder” para designar órgãos e funções exercidas pelo Estado. Não há uma divisão de atribuições entre Poderes soberanos estatais diversos, mas sim uma forma tripartite de manifestação do poder único e exclusivo do Estado. Uma distribuição de funções entre órgãos diferentes. Daí a importância do tópico a seguir.

### **2.1.1 Considerações sobre poder, função, atividade e órgão públicos**

Cada Poder, como afirma Manoel Augusto Sales Figueira, “[...] é, em princípio, indivisível e intransferível, sendo o povo o seu detentor originário”<sup>41</sup>. O mesmo autor acrescenta que, por garantia democrática, “o exercício desse poder é diversificado entre órgãos distintos, para o pleno exercício das funções que eles encerram”<sup>42</sup>. Assevera ainda, ao basear-se nos pensamentos de Hans Kelsen, o seguinte: “por divisão do poder, deve-se entender a unidade deste, na pluralidade das suas manifestações”<sup>43</sup>.

A separação de Poderes, como já afirmado, deve ser norteada por critérios funcionais. Mais do que isso, ela deve ser representada por uma separação de Funções (legislativa, executiva (administrativa) e judiciária), titularizadas por órgãos estatais. Sabe-se que cada um destes exerce um conjunto de atividades típicas e peculiares. O Órgão Executivo implementa as leis por intermédio de políticas públicas e pelo exercício do poder de polícia. O Órgão Legislativo é encarregado da função precípua de criar as leis e de fiscalizar os atos dos exercentes da Função Executiva. O Órgão Judiciário é investido da atribuição de julgar, em última instância, as lides que sejam submetidas a sua apreciação, inclusive aquelas que envolvam os outros Órgãos Estatais.

Apesar de se ter uma idéia bastante clara a respeito das funções de cada poder estatal, sabe-se que cada uma de suas atribuições não lhe são exclusivas. Em outras palavras, cada poder exerce a sua atribuição típica, que é naturalmente prevalente, e a atípica. Dentro destas atribuições anômalas, é perceptível o exercício de atividades comuns aos outros poderes numa dada situação. À guisa de exemplo, podem-se citar os seguintes: o Poder

---

<sup>41</sup> FIGUEIRA, Manoel Augusto Sales. *Estudos Propedêuticos de Direito Público e Privado*. Salvador: AMAB/UESB, 1995, p.112.

<sup>42</sup> *Idem*. *Ibidem* p.112.

<sup>43</sup> *Idem*. *Ibidem* p.112.

Judiciário elabora o seu próprio regimento interno, legislando internamente; o Presidente da República, integrante do Poder Executivo, edita medidas provisórias com força de lei; o Poder legislativo, através do Senado, julga o Presidente da República quando este comete crimes de responsabilidade. Parece claro que todos os Poderes estatais têm suas próprias funções principais, porém estas não lhe são exclusivas.

É perceptível que foram utilizadas, neste trecho introdutório, as expressões “Poder”, “Função”, “Órgão” para designar distribuição de atribuições estatais entre os seus agentes públicos – pessoas físicas, jurídicas, ou entidades despersonalizadas. Antes de prosseguir com este trabalho é imprescindível fazer algumas breves considerações a respeito do significado de cada uma destas expressões e de algumas outras com ele relacionadas.

O autor Antônio Ernani Pedroso Calhao faz algumas considerações a respeito das expressões “Poderes”, “Competência” e “Função”. Eis suas considerações a respeito do primeiro instituto: “Poderes – significam os complexos orgânicos do sistema do poder político dotados de funções ditas “supremas”, mas separados e interdependentes entre si, constituindo-se na ‘*ratio essendi*’ do Estado Constitucional.”<sup>44</sup>

O doutrinador Maurice Hauriou faz algumas considerações a respeito do que seja “poder”: “*El poder es una energía que, gracias a su superioridad, asume la empresa del gobierno de un grupo humano por la creación del orden y del Derecho.*”<sup>45</sup> Complementa o seu conceito o mesmo autor:

*Hay en esta definición tres esenciales: 1.ª El poder es una libre energía dotada de superioridad, es decir, que es, a la vez, una libertad, una energía y una superioridad. Que el poder sea una libertad aparece claramete en la soberanía Del Estado, que es una autonomía al mismo tiempo que un poder. Que es una energía parece evidente cuando se trata del poder de derecho, [...]. Que el poder sea una superioridad es precisamente lo que impide que sea una fuerza pura. [...] la fuerza es una noción cuantitativa, representa cierta cantidad de poder de voluntad o de voluntad de poder, servida por cierta cantidad de soldados, cañones y de ametralladoras. 2.ª El poder asume la empresa del gobierno de un grupo humano – El poder supone que existe un grupo humano, grande o pequeño, lo cual importa poco, que gobernar, y el gobierno de este grupo llega a constituir el fin del poder. 3.ª El poder gobierna por la creación continua del orden y del Derecho – depende esto de que el poder es una libertad que gobierna a otras libertades, y de que la libertad, bajo todas sus formas, debe conformarse al orden. El poder tendrá su manera propia de acomodarse, y*

<sup>44</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.33.

<sup>45</sup> HAURIOU, Maurice. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, p.177.

*consistirá em definir él mismo el orden en reglas positiva de derecho que deberán obedecer los súbditos que gobierna.*<sup>46</sup>

José Afonso da Silva considera que, em diferentes artigos da Constituição Federal, há diferentes sentidos para a palavra “Poder”:

*Poderes*, no art. 2º, são os *órgãos daquelas funções*, por isso são independentes e harmônicos entre si. Já, nos arts. 44 e 76 as expressões “Poder Legislativo” e “Poder Executivo” referem-se, respectivamente, às *funções daqueles órgãos*: legislativa e executiva. O Congresso Nacional (órgão) exerce o Poder Legislativo (função legislativa), o presidente da República (órgão) exerce o Poder Executivo (função executiva). No art. 92 se declara: “são órgãos do Poder Judiciário: (...)” – significa: *órgãos da função jurisdicional* – os que se enumera nos incisos do dispositivo.<sup>47</sup>

Uma outra expressão que diz respeito ao contexto ora estudado é a “competência”. Sobre ela assevera Antônio Ernani Pedroso Calhao:

[...] é o poder de ação e de atuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais com o fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional e legalmente incumbidos. [...] envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de ação (poderes) necessários para a sua prossecução.<sup>48</sup>

No âmbito jurisdicional tal expressão “competência” é visto sobre outro enfoque, mas é preservada a sua essência conceitual: “[...] o poder-dever de um órgão para executar parcela de atividades jurisdicionais que lhe é atribuída em virtude da divisão do trabalho.”<sup>49</sup>

Importante é trazer a baila as considerações do autor José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema:

Por competência entender-se-á no presente curso o poder de acção e de actuação atribuído aos vários órgãos e agentes constitucionais como fim de prosseguirem as tarefas de que são constitucional ou legalmente incumbidos. A competência envolve, por conseguinte, a atribuição de determinadas tarefas bem como os meios de acção (<<poderes>>) necessários para a sua prossecução.<sup>50</sup>

Como se observa, também são feitos comentários a respeito da palavra “função”. Trata-se de um instituto geralmente relacionado com a idéia de atividade que é exercida por um dado órgão, apesar de sua polissemia. Com base em sua etimologia é possível afirmar que a expressão função tem origem no termo em latim *functio* “[...] cujo o significado é o de

<sup>46</sup> HAURIOU. Maurice. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, p.177-179.

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.42.

<sup>48</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.33.

<sup>49</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.134.

<sup>50</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993, p.676.

cumprir algo ou desempenhar um dever ou uma atividade”<sup>51</sup>, ou seja, cumprir uma finalidade, funcionalizar. Não obstante a clareza do escrito, não há unanimidade quanto ao conceito deste vocábulo. É o que se percebe do trecho a seguir: “[...] o enunciado lingüístico ‘função’ é polissêmico. Os sentidos mais freqüentes de função podem condensar fórmulas sintéticas. Na literatura juspublicista, os sentidos mais correntes são os de função como ‘atividade’ ou como ‘poder do estado’.”<sup>52</sup> Nota-se uma confusão entre as palavras “função”, “poder” e “atividade”.

Sobre a polissemia do vocábulo “função” faz elucidativos comentários o doutrinador José Joaquim Gomes Canotilho:

Função no sentido de <<actividade>> (função judicial, função do Tribunal Constitucional); função como << tarefa >> (função da imprensa num Estado democrático, função constitucional das Forças Armadas); função como equivalente a << dimensão >> ou << aspectos >> de uma norma jurídica (função objectiva e função subjectiva das normas consagradoras de direitos fundamentais); função identificada com eficácia jurídica (mudança de função das normas programático-constitucionais de simples << apelos ao legislador >> para normas impositivas de tarefas); função como sinónimo de << poder >> (função de Estado); função equiparada a << competência >> (poderes de regulamentação ou conformação jurídica atribuídos a um órgão); função técnico-formalmente entendida como << relação de referência >> entre fim e efeito de uma norma (uma das funções das normas de competência é a função de protecção dos cidadãos através da delimitação e distribuição do exercício do poder por vários órgãos).<sup>53</sup>

Neste sentido arremata o mesmo autor:

Na doutrina juspublicística, os sentidos mais correntes são os de função como << atividade >> ou como << poder do Estado >>. Estes sentidos estarão presentes na exposição seguinte, devendo, porém, observar-se que a *ordenação material das funções de Estado* desenvolvida na mais recente literatura apela para o conceito de função como *relação referencial*. A função é sempre uma relação de referência entre uma norma de competência e os fins dessa mesma norma.<sup>54</sup>

Acresce-se a este rol o conceito de “órgão público” para fins de melhor compreensão da matéria em comento. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro ele pode ser conceituado como: “[...] unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado.”<sup>55</sup> Acrescenta a mesma doutrinadora que “[...] o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja uma de suas partes

<sup>51</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006, p.200.

<sup>52</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.34.

<sup>53</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993, p.677.

<sup>54</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.677.

<sup>55</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 505.

integrantes; [...] o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração Direta”<sup>56</sup>

Adiciona-se a esse conceito aqueles formulados pelos autores Hely Lopes Meirelles – “[...] centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem.”<sup>57</sup> – e Celso Antônio Bandeira de Mello – “[...] unidades abstratas que sintetizam os vários círculos de atribuições do Estado.”<sup>58</sup> Como resta claro, trata-se de um ente despersonalizado, não passível de responsabilização direta. Sempre está vinculado a uma pessoa jurídica que lhe é hierarquicamente superior, a quem deve obediência.

Apesar da preservação das idéias de Montesquieu em diversas Constituições quanto à divisão do Poder estatal em três, há uma flexibilização desta idéia. Em verdade, o poder é titularizado pelo Estado, caracterizado pela sua soberania. Eis os comentários do autor Alexandre de Moraes sobre o tema da separação dos Poderes:

[...] exercem todas funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece que o Estado constitucional de direito assenta-se na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse Rousseau, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão.<sup>59</sup>

Diante da exposição destes assuntos pode-se considerar que, apesar da divergência doutrinária quanto à conceituação de função, poder e atividade e quanto à escolha do vocábulo adequado para identificar os diversos âmbitos de atuação do Estado, não há grandes conseqüências práticas decorrentes de tal indecisão doutrinária. Optar-se-á por geralmente adotar, a partir deste ponto, a nomenclatura tradicional “Poder”, substituindo-a, quando conveniente, pelas expressões congêneres: “função” e “atividade”. Assim, segue uma análise mais perfunctória a respeito das atividades do Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo.

---

<sup>56</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 505.

<sup>57</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002. p.66.

<sup>58</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. refun. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p.140.

<sup>59</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.411.

## 2.2 PODER OU FUNÇÃO EXECUTIVA

Segundo o previsto no art. 2º da Constituição Federal os poderes da União são independentes e harmônicos entre si, exercendo atividades que visam atender ao interesse público. Visam, independente da vontade dos agentes públicos envolvidos, proporcionar o bem estar comum, coletivo. É o que determina o art. 1º, 2º e 3º da Constituição Federal de 1988. Todos, sem distinção, são regidos pelo Estado Democrático de Direito.

*Ab initio*, busca-se fazer uma análise a respeito de um destes Poderes integrantes da República Federativa do Brasil: o Executivo. Maurice Hauriou disserta a respeito deste Poder:

*Como operación de la voluntad, el poder ejecutivo es esencialmente un poder de decisión ejecutoria, es decir, el poder de voluntad que tiene la virtud de transformar cualquier proyecto de resolución em una decisión susceptible de ser inmediatamente ejecutada. [...] es competente, em principio, para preparar por sí mismo las decisiones que él hace ejecutorias; em segundo lugar, es igualmente competente para proceder a la ejecución de estas decisiones por sus propios medios, porque dispone de la fuerza pública [...].<sup>60</sup>*

O art. 76 da Constituição Federal ora vigente determina que “o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado”. Os deveres a que estão adstritos os Exercentes da Função Executiva são previamente estabelecidos no art. 78 do mesmo Instituto Legal: têm o “[...] compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil”. Nota-se, ademais, a principal finalidade do exercício de tal espécie de atividade neste mesmo artigo: “[...] promover o bem geral do povo brasileiro [...]”.

Como se nota a partir de breve leitura do art. 76 da Constituição Federal supra transcrito, o legislador constituinte adotou como forma de governo o presidencialismo, caracterizado pela existência de eleições periódicas para prover o cargo Presidente e de Vice-Presidente da República do Brasil para exercer suas funções num mandato de 04 (quatro) anos<sup>61</sup>. Em caso de impedimento ou vacância dos cargos de Presidente e de Vice Presidente,

<sup>60</sup> HAURIOU. Maurice. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003, p.473.

<sup>61</sup> Art. 82 da Constituição Federal. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição.

assumem, sucessivamente, a Presidência da antedita República o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal<sup>62</sup>.

Costuma-se relacionar, como funções peculiares do Poder Executivo, o exercício da “Chefia de Estado” e “Chefia de Governo”. Isto é o que afirma Alexandre de Moraes: “na estrutura do Poder Executivo verifica-se a existência de duas funções primordiais diversas, quais sejam, a de Chefe de Estado e de Chefe de Governo.”<sup>63</sup> Sobre cada uma destas funções são feitas as seguintes considerações:

[...] como Chefe de Estado o presidente representa, pois, nas suas relações internacionais (art. 84, VII e VIII, XIX), bem como corporifica, a unidade interna do Estado. Como Chefe de Governo, a função presidencial corresponde à representação interna na gerência dos negócios internos, tanto os de natureza política (participação no processo legislativo), como nos de natureza eminentemente administrativa (art. 84, I, II, III, IV, V, VI, IX a XXVII). Assim o Chefe de Governo exercerá a liderança da política nacional, pela orientação das decisões gerais e pela direção da máquina administrativa.<sup>64</sup>

O Autor José Afonso da Silva também faz a divisão das atribuições do Chefe do Executivo em Chefia de Estado e Chefia de Governo, mas acrescenta a este rol a Chefia da Administração federal. Com relação à primeira, afirma o seguinte:

Chefia de Estado, com as matérias relacionadas no art. 84, VII, VIII, XVIII, segunda parte (convocar e presidir o Conselho de Defesa Nacional), XIV (apenas no que se refere à nomeação de Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, por ser função de magistratura suprema), XV (nomeação de um terço dos membros do TCU – órgão não executivo – nomeação sujeita ao controle do Senado, por isso ato nem da chefia do Governo, nem da chefia da Administração), XVI, primeira parte (nomeação de magistrados: TRF, TRT, TRE, órgãos de outro Poder), XIX, XX, XXI, XXII;<sup>65</sup>

Quanto à segunda função do Poder Executivo, o mesmo autor faz os comentários expostos abaixo:

Chefia de Governo, com as matérias indicadas no art. 84, I, III, IV, V, IX, X, XI, XII (“conceder anistia e comutar pena” é atribuição de magistratura suprema da Nação, sempre encarnada no Chefe de Estado, mas a Constituição autorizou sua delegação, o que desqualifica para mera função de Governo), XIII, XIV (menos quanto à nomeação dos Ministros do STF e dos Tribunais Superiores), XVII (nomear membros do Conselho da República, não ato de mera chefia da Administração porque alguns são

<sup>62</sup> Art. 80 da Constituição Federal. Em caso de impedimento do Presidente e do Vice-Presidente, ou vacância dos respectivos cargos, serão sucessivamente chamados ao exercício da Presidência o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o do Supremo Tribunal Federal.

<sup>63</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.469.

<sup>64</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.469.

<sup>65</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.549.

eleitos pelo Senado e pela Câmara de Deputados), XVIII, primeira parte (convocar e presidir o Conselho da República), XXIII, XXIV e XXVII.<sup>66</sup>

No que tange à última função do Poder Executivo, Chefia da Administração federal, o mesmo autor tece comentários: “Chefia da Administração federal, com as matérias previstas no art. 84, II, VI, XVI, segunda parte (nomeação do Advogado-Geral da União, órgão do Poder Executivo), XXIV (também é em certo sentido ato de administração) e XXV.”<sup>67</sup>

O autor Manoel Jorge e Silva Neto, em perfeita sintonia com José Afonso da Silva, também acresce ao rol das atividades peculiares à Função Executiva o ato de Chefia da Administração Federal. Eis os escritos do primeiro:

*Chefia da Administração Federal:* o Presidente exerce a direção superior da Administração Pública Federal com o auxílio dos Ministros de Estado (art. 84, II), bem assim dispõe sobre sua organização e funcionamento, conforme previsto em lei (art. 84, VI).<sup>68</sup>

Resta evidente que não são uníssonos os autores quanto às atividades caracterizadora da Função Executiva e quanto aos limites das mesmas. Independente disso, segue-se adiante na análise de algumas das atribuições do Poder Executivo, personificados no Cargo de Presidente.

No inciso I do art. 84 da Constituição Federal está previsto que “compete privativamente ao Presidente da República: I - nomear e exonerar os Ministros de Estado”. Aqui se nota que o Poder Executivo também dispõe de alguns Órgãos Auxiliares a Presidência. Como mencionado alhures órgãos públicos são entidades jurídicas despersonalizadas, subordinadas à pessoa jurídica de direito público a que estão vinculados. Os Ministérios, como espécie deste gênero, são administrados por Ministros, escolhidos conforme disposição do art. 87 da Constituição Federal<sup>69</sup>. São livremente nomeados e demitidos pelo Presidente da República. São impostos diversos requisitos para um cidadão poder exercer tal função, como descrito adiante.

1) Ser brasileiro nato ou naturalizado. Incluía-se, neste rol, os portugueses que, apesar de estrangeiros, eram equiparados a brasileiros naturalizados por conta de um “Estatuto de igualdade”<sup>70</sup> entre brasileiros e portugueses firmado entre Brasil e Portugal em 1972.

<sup>66</sup> *Idem. Ibidem*, p.550.

<sup>67</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.550.

<sup>68</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.438.

<sup>69</sup> Art. 87 da Constituição Federal. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

<sup>70</sup> O Decreto Legislativo n.º 70.391 é aquele que reconhece a igualdade de direitos e deveres entre Brasileiros e Portugueses. Os principais artigos deste instituto legislativo são os seguintes: “Art. 1º Os portugueses no Brasil e os brasileiros em Portugal gozarão de igualdade de direitos e deveres com os respectivos nacionais. Art. 2º O



Ocorre que, com a criação da União Européia tal relação de reciprocidade, fundamento maior de sustentação deste Tratado, se viu prejudicada pela majoração das exigências do Reino Unido para ingresso de estrangeiros em seus territórios. Portugal se viu forçado a ceder às pressões dos outros países europeus, criando novas barreiras para ingresso e permanência de brasileiros dentro da linha de suas fronteiras. Tal movimento suscitou uma retaliação por parte do Brasil que, em 1993, editou o Decreto n.º 740 (art. 1º é seu centro legislativo<sup>71</sup>) que revogou algumas partes<sup>72</sup> do Decreto n.º 86.715/81 (“Estatuto do Estrangeiro”) que estabeleciam privilégios aos estrangeiros portugueses. Ademais, em 1994 foi editada uma Emenda Constitucional de Revisão n.º 03 dando nova dicção ao art. 12, § 1º da Constituição Federal: “Aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição”. Como se percebe, o legislador constitucional teve o cuidado de inserir uma condição neste instituto: “[...] se houver reciprocidade em favor de brasileiros [...]”. Como conclusão desta situação aqui descrita, hoje se encontra prejudicado o sobredito Acordo Internacional que prevê a equiparação de portugueses e brasileiros para efeitos

---

exercício pelos portugueses no Brasil e pelos brasileiros em Portugal de direitos e deveres, na forma do artigo anterior não implicará em perda das respectivas nacionalidades. Art. 3º Os portugueses e brasileiros abrangidos pelo estatuto de igualdade continuarão no exercício de todos os direitos e deveres inerentes às respectivas nacionalidades, salvo aqueles que ofenderem a soberania nacional e a ordem pública do Estado de residência. Art. 4º Excetuam-se do regime de equiparação os direitos reservados exclusivamente, pela Constituição de cada um dos Estados aos que tenham nacionalidade originária. Art. 5º A igualdade de direitos e deveres será reconhecida mediante decisão do Ministério da Justiça no Brasil e no Ministério do Interior, em Portugal, aos portugueses e brasileiros que a requeiram, desde que civilmente capazes e com residência permanente. Art. 6º A igualdade de direitos e deveres extinguir-se-á com a cessação da autorização de permanência no território do Estado ou perda da nacionalidade. Art. 7º (1) O gozo de direitos políticos por portugueses no Brasil e por brasileiros em Portugal só será reconhecido aos que tiverem cinco anos de residência permanente e depende de requerimento à autoridade competente. (2) A igualdade quanto aos direitos políticos não abrange as pessoas que no Estado da nacionalidade, houverem sido privadas de direitos equivalentes. (3) O gozo de direitos políticos no Estado de residência importa na suspensão do exercício dos mesmos direitos no Estado da nacionalidade.” Aquele Decreto é complementado por um outro Decreto n.º 70.436. Seus principais artigos são: “Art. 1º Este Decreto regula a igualdade de tratamento entre brasileiros e portugueses, concernente aos direitos e obrigações civis e ao gozo dos direitos políticos. Art. 2º São requisitos para a aquisição da igualdade direitos e obrigações civis: I - Capacidade civil, segundo a lei brasileira; II - Residência permanente no território brasileiro; III - Gozo da nacionalidade portuguesa. Art. 3º São requisitos para o gozo dos direitos políticos: I - Residência no território brasileiro pelo prazo de cinco anos; II - Saber ler e escrever o português; III - Estar no gozo dos direitos políticos no Estado da nacionalidade. Parágrafo único. Nos direitos políticos outorgados ao português não se incluem os que, por disposição constitucional, sejam privativos de brasileiros natos. Art. 4º O português poderá a qualquer tempo requerer o reconhecimento da igualdade de direitos e obrigações civis e do gozo dos direitos políticos. Parágrafo único. O pedido poderá ser feito cumulativamente ou em separado.”

<sup>71</sup> Art. 1º - Ficam revogados o § 3º do art. 27 e o parágrafo único do art. 69 do Decreto n.º 86.715, de 10 de dezembro de 1981.

<sup>72</sup> Art. 27 [...] § 3º - Ressalvados os interesses da segurança nacional e as condições de saúde de que trata o item V do artigo 5º, não se aplicam aos portugueses as exigências de caráter especial previstas nas normas de seleção de imigrantes, nem o disposto no artigo seguinte. (Revogado pelo Decreto n.º 740, de 3.2.1993); art. 69 [...] Parágrafo único - Ressalvados os interesses da segurança nacional e as condições de saúde de que trata o item V do artigo 5º, o estrangeiro de nacionalidade portuguesa, titular de visto de turista ou temporário, poderá igualmente obter a transformação dos mesmos para permanente. (Revogado pelo Decreto n.º 740, de 3.2.1993)

jurídicos<sup>73</sup>, por falta de reciprocidade. Destarte, para poder ser Ministro de Estado, o português terá que se naturalizar, como qualquer outro estrangeiro.

2) Ser maior de vinte e um anos. Não há muito que se discutir a respeito desta condição. Basta que se identifique o atendimento de tal condição etária, juntamente com as outras condições impostas pelo art. 87 da Constituição Federal<sup>74</sup>, para que possa ser escolhido como Ministro de Estado.

3) Estar em pleno gozo dos direitos políticos. Aqui diz respeito primeiro ao fato de ter título de eleitor. Em segundo lugar, de não ter sofrido qualquer tipo de punição referente à suspensão ou perda dos direitos políticos conforme descrição do art. 15 da atual Carta Magna.<sup>75</sup>

O art. 37, § 4º do mesmo Instituto Legal complementa aquilo que está descrito no art. 15: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

Nos outros incisos do art. 84 estão previstas as outras atribuições do Presidente da República, na chefia do Poder Executivo. Conforme classificação aqui adotada – credita-se a esta o maior grau de acerto –, são manifestações de Chefia de Estado as atribuições descritas nos diversos incisos do art. 84.<sup>76</sup> Quanto à função de Chefe de Governo exercida pelo Presidente, podem ser destacados outros incisos do mesmo artigo multicitado.<sup>77</sup> No que tange

<sup>73</sup> Disponível em: <[www.direitointernacional.110mb.com/DIPr/Texto7.doc](http://www.direitointernacional.110mb.com/DIPr/Texto7.doc)> Acessado em: 21 dez. 2009.

<sup>74</sup> Art. 87 da Constituição Federal. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

<sup>75</sup> Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

<sup>76</sup> Eis os incisos: “[...] VII - manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos; VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; [...] XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores [...]; XV - nomear, observado o disposto no art. 73, os Ministros do Tribunal de Contas da União; [...] XVIII - convocar e presidir [...] o Conselho de Defesa Nacional; XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; XX - celebrar a paz, autorizado ou com o referendo do Congresso Nacional; XXI - conferir condecorações e distinções honoríficas; XXII - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente;”

<sup>77</sup> São os incisos: “I - nomear e exonerar os Ministros de Estado; [...] III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição; IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução; V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente; [...] IX - decretar o estado de defesa e o estado de sítio; X - decretar e executar a intervenção federal; XI - remeter mensagem e plano de governo ao Congresso Nacional por ocasião da abertura da sessão legislativa, expondo a situação do País e solicitando as providências que julgar necessárias; XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os

à função de Chefe da Administração Pública Federal, podem ser destacados mais alguns incisos do art. 84 da Constituição Federal.<sup>78</sup>

Diante de tudo que fora exposto, fica caracterizado o conjunto de atribuições que são titularizadas pelo Chefe do Poder Executivo brasileiro, além de seus Auxiliares. Nota-se que são atividades que se misturam entre atividades legislativas (edição de decretos, medidas provisórias, v.g.), administrativas (dispor sobre a organização e funcionamento da administração federal, v.g.) e decisórias (decisão do Ministério da Justiça sobre a igualdade entre brasileiro e português de acordo com o Decreto 70.391/72).

### 2.2.1 Administração Pública

Depois da exposição da organização do Poder Executivo e das suas atribuições interessante é dissertar a respeito da noção de Administração Pública. Mostra-se relevante o estudo deste tema pela constante relação identificada por alguns doutrinadores entre o Poder Executivo e o que se denomina Administração Pública. Trata-se de um conceito de extrema importância para perfeita caracterização da Função Executivo-Administrativa.

Muitos doutrinadores relacionam o Poder Executivo com o conceito de Administração Pública. Isto é o que se pode perceber a partir da análise dos escritos de Manoel Jorge e Silva Neto:

Temos, conseqüentemente, a Administração Direta, composta pelos órgãos centrais do governo (Presidência da República, Governadores e Prefeitos e, respectivamente, Ministérios, Secretarias Estaduais e Secretarias Municipais), e a Administração Indireta, integrada pelos chamados entes

---

Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos; XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal [...], os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; [...] XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição [...]; XVII - nomear membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII; XVIII - convocar e presidir o Conselho da República [...]; [...] XXIII - enviar ao Congresso Nacional o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição; XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; [...] XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62; XXVII - exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.”

<sup>78</sup> Os referidos incisos são os seguintes: “II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal; [...] VI - dispor, mediante decreto, sobre: a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos; [...] XVI - nomear [...] o Advogado-Geral da União; [...] XXIV - prestar, anualmente, ao Congresso Nacional, dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa, as contas referentes ao exercício anterior; XXV - prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei”.

paraestatais (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).<sup>79</sup>

Tal posicionamento repete aquilo que está descrito no art. 4º do Decreto-lei n.º 200/67 que trata da Administração Federal.<sup>80</sup> O mesmo Decreto-lei explica, em seu art. 5º, o que seja cada uma destas entidades que compõem a Administração Pública Indireta.<sup>81</sup> O autor Celso Antônio Bandeira de Mello, ao se referir à expressão Administração Pública, faz uma análise coincidente com aquilo que está disposto no sobredito Decreto-lei. Discorre:

O Decreto-lei 200, de 25.2.67, com alterações posteriores – diploma que se propôs a regular a estrutura administrativa da organização federal –, divide a Administração Pública em Administração direta e indireta. Em tese, tal divisão deveria coincidir com os conceitos, dantes expostos, de centralização e descentralização administrativa, de tal sorte que “Administração centralizada” seria o sinônimo de “Administração Direta”, e “Administração descentralizada”, sinônimo de “Administração indireta” [...] Nos termos do Decreto-lei 200, Administração direta é a “que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios” (art. 4º, I), e Administração indireta ‘é a que compreende as seguintes categorias de entidades dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) Fundações Públicas’.<sup>82</sup>

Apesar da precisão com que expõe os sobreditos autores, ainda mais diante da clareza do trecho legislativo transcrito acima, há algumas outras formas de identificar a essência conceitual de “Administração Pública”. De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro ela pode ser caracterizada subjetiva ou objetivamente:

<sup>79</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.450.

<sup>80</sup> O art. 4º do sobredito Decreto-Lei tem o seguinte texto: “A Administração Federal compreende: I - A Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios. II - A Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: a) Autarquias; b) Empresas Públicas; c) Sociedades de Economia Mista; d) fundações públicas.”

<sup>81</sup> São seus escritos: “Art. 5º Para os fins desta lei, considera-se: I - Autarquia - o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada. II - Empresa Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, com patrimônio próprio e capital exclusivo da União, criado por lei para a exploração de atividade econômica que o Governo seja levado a exercer por força de contingência ou de conveniência administrativa podendo revestir-se de qualquer das formas admitidas em direito. III - Sociedade de Economia Mista - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, criada por lei para a exploração de atividade econômica, sob a forma de sociedade anônima, cujas ações com direito a voto pertençam em sua maioria à União ou a entidade da Administração Indireta. IV - Fundação Pública - a entidade dotada de personalidade jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, criada em virtude de autorização legislativa, para o desenvolvimento de atividades que não exijam execução por órgãos ou entidades de direito público, com autonomia administrativa, patrimônio próprio gerido pelos respectivos órgãos de direção, e funcionamento custeado por recursos da União e de outras fontes.”

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed. refun. ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 2001. p.134.

[...] em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa. [...] em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.<sup>83</sup>

O autor Dirley da Cunha Júnior também analisa a expressão “Administração Pública” dividindo-a em dois sentidos:

No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública corresponde a um conjunto de pessoas ou entidades jurídicas (de direito público ou de direito privado), de órgãos públicos ou de agentes públicos, que formam o aparelhamento orgânico ou estrutura formal da Administração [...] No sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública corresponde ao conjunto de funções ou atividades públicas, de caráter essencialmente administrativo, consistentes em realizar concreta, direta e imediatamente os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado.<sup>84</sup>

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Hely Lopes Meirelles também concebe Administração Pública de forma dicotômica:

Em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para a consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto de funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas.<sup>85</sup>

Como se nota, no sentido objetivo (ou material), a conceituação de Administração Pública trazida por esses três autores mencionados acima é mais ampliada, alcançando, inclusive, atividades exercidas por órgãos não integrantes do Poder Executivo. Isso se deve ao fato de que não somente o Poder Executivo executa atividades administrativas, mas também os outros dois.

Arremata o doutrinador José dos Santos Carvalho tecendo algumas afirmações, bastante precisas, a respeito da expressão Administração Pública:

A expressão administração pública [...] admite mais de um sentido. No sentido objetivo, exprime a idéia de atividade, tarefa, ação, enfim a própria

<sup>83</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 49.

<sup>84</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Podivm, 2009, p.28.

<sup>85</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 62.

função administrativa, constituindo-se como o alvo que o governo quer alcançar. No sentido subjetivo, ao contrário, a expressão indica o universo de órgãos e pessoas que desempenham a mesma função [...].<sup>86</sup>

Complementando seus escritos, o mesmo doutrinador faz a divisão entre Administração Direta e Indireta. Sobre a primeira, escreve:

Administração Direta é o conjunto de órgãos que integram as pessoas federativas, aos quais foi atribuída a competência para o exercício, de forma centralizada, das atividades administrativas do Estado. Em outras palavras, significa que “a Administração Pública é, ao mesmo tempo, a titular e a executora do serviço público. A noção envolve alguns aspectos importantes. O primeiro consiste em considerarmos, nesse caso, o Estado como pessoa administrativa. Depois, é mister lembrar que a Administração Direta é constituída por órgãos internos dessas mesmas pessoas; tais órgãos são o verdadeiro instrumento de ação da Administração Pública, pois que a cada um deles é cometida uma competência própria, que corresponde a partículas do objetivo global do Estado. Por fim, vale destacar o objetivo dessa atuação: o desempenho das múltiplas funções administrativas atribuídas ao Poder Pública em geral.”<sup>87</sup>

Sobre Administração Pública Indireta, disserta o autor:

Administração Indireta do Estado é o conjunto de pessoas administrativas que, vinculadas à respectiva Administração Direta, têm o objetivo de desempenhar as atividades administrativas de forma descentralizada.<sup>88</sup>

Como se nota, não há divergência quanto à relação sensível entre a idéia de Administração Pública no sentido subjetivo e Poder Executivo. Mas no que tange ao sentido objetivo ou material, há uma margem de dúvida quanto aos limites da expressão. Quando se foca mais na função exercida (em detrimento do sujeito ou órgão que a implementa) abrange-se todo e qualquer ente estatal que exerça, em nome do Estado, uma função administrativa. Diante dessas afirmações, se torna fácil perceber que qualquer dos órgãos estatais, quer integrantes do Poder Legislativo, quer do Poder Judiciário, encontram-se enquadrados no conceito de Administração Pública no sentido material/objetivo.

Acredita-se que o conceito de Administração Pública é inevitavelmente integrado por um aspecto objetivo e um subjetivo. Isso se mostra aceitável, e diria até provável, a partir da concordância existente entre os autores quanto à bilateralidade semântica identificada na expressão Administração Pública. Destarte, adotar-se-á, a partir deste ponto do trabalho, a esta expressão como significante de um conjunto de órgãos (sentido subjetivo) integrantes dos

<sup>86</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 428.

<sup>87</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p.431.

<sup>88</sup> *Idem. Ibidem*, p.435.

Poderes estatais (Legislativo, Executivo e Judiciário) que exercem as mais importantes funções administrativas do Estado.

### 2.3 PODER OU FUNÇÃO LEGISLATIVA

Conforme dito alhures, o poder soberano do Estado se manifesta de forma tripartite. Utilizando a nomenclatura mais usual, costumam ser chamados de Poder Executivo, Legislativo e Judiciário. O primeiro destes já foi objeto de discussão no tópico anterior. Mas muito há que se dizer a respeito do Poder ou Função Legislativa. A principal característica desta função é ter como produto de suas atividades a legislação. Tal expressão tem uma aceção bastante similar entre os doutrinadores.

O próprio conceito de legislação, apresentado em dicionários, é semelhante aquele apresentado pelos estudiosos do direito. Constam, entre os verbetes do Michaelis, os seguintes conceitos de legislação: “1. Parte do Direito que se ocupa especialmente do estudo dos atos legislativos. 2. Direito de fazer leis. 3. Ato de legislar, de fazer leis. 4. O conjunto das leis de um país. 5. O conjunto de leis sobre determinada matéria.” Não há muita divergência quanto a esta concepção. Gilmar Mendes, ao se referir à função típica do Poder Legislativo, disserta como sendo: “[...] a edição de atos normativos primários, que instituem direitos e criam obrigações [...].”<sup>89</sup>

Aprofundando um pouco mais sobre o assunto, é possível analisar os escritos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, comentando Renato Alessi: “[...] legislação é o ato de produção jurídica primário, porque fundado única e diretamente no poder soberano, do qual constitui exercício direto e primário; mediante a lei, o Estado regula relações, permanecendo acima e à margem das mesmas;”<sup>90</sup>.

Como fora mencionado, a legislação é o produto de principal atividade exercida pelos órgãos que compõem o Poder Legislativo nacional. O meio por intermédio do qual se produz as legislações é conhecido como processo legislativo. Tal processo, conforme descrito na Constituição Federal em seu art. 59, compreende a elaboração de “I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções.” Este é um rol de legislações possíveis de serem criadas mediante processo legislativo.

---

<sup>89</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et.al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.873.

<sup>90</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 50.

Tal espécie de processo, principalmente o ordinário, é composto por três fases, como afirma Marcelo Novelino: “o processo legislativo ordinário compreende três fases: *introdutória*, na qual ocorre a iniciativa do projeto, *constitutiva*, englobando a discussão, votação, aprovação e sanção; e, *complementar*, formada pela promulgação e publicação.”<sup>91</sup>

Apesar de se saber que a função de criar leis é a principal atividade exercida pelo Poder Legislativo, sabe-se que não é a única. Sobre isso afirma Gilmar Ferreira Mendes:

No quadro de divisão de funções entre os Poderes da República, tocam ao Legislativo as tarefas precípua de legislar e de fiscalizar. O Poder Legislativo, porém, de modo não típico, também exerce funções de administrar (ao prover cargos da sua estrutura ou atuar o poder de polícia, p.ex.) e de julgar (o Senado processa e julga, por crimes de responsabilidade, o Presidente da República e o Vice-Presidente da República, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes das três Forças Armadas, nos crimes de mesma natureza conexos com os praticados pelo Chefe do Executivo; também processa e julga, por crimes de responsabilidade, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros dos Conselhos Nacionais da Justiça e do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União.<sup>92</sup>

Assim se nota que o Poder Legislativo se reveza no exercício de atividades típicas (legislar e fiscalizar o Executivo) – respectivamente descritas nos arts. 48 e 70 da Constituição Federal<sup>93</sup> – e atividades atípicas (processar, julgar, administrar) – descritas, exemplificativamente, nos arts. 51, IV e 52, I, II, XIII do mesmo Instituto Legal<sup>94</sup>. Antes de dissertar sobre as atribuições do Poder Legislativo é necessário fazer uma breve consideração a respeito de sua composição.

A respeito da estrutura do Poder Legislativo afirma, de forma clara, Dirley da Cunha Júnior: “[...] há entre nós órgãos legislativos da União (*Congresso Nacional*), dos Estados

<sup>91</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p.549.

<sup>92</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et.al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.853.

<sup>93</sup> Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União [...] Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

<sup>94</sup> Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: [...] IV – dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...] XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;



(Assembléia Legislativa), do Distrito Federal (*Câmara Legislativa*) e dos Municípios (*Câmara Municipal*).”<sup>95</sup> No âmbito Federal há o sistema do bicameralismo<sup>96</sup>. O Congresso nacional é representado pelo Senado Federal e a Câmara dos Deputados.

Sobre o bicameralismo, faz um breve e preciso histórico o autor José Afonso da Silva. Eis suas palavras:

É da tradição constitucional brasileira a organização do Poder Legislativo em dois ramos, sistema denominado *bicameralismo*, que vem desde o Império, salvo as limitações contidas nas Constituições de 1934 e 1937, que tenderam para o *unicameralismo*, sistema segundo o qual o Poder Legislativo é exercido por uma única câmara.<sup>97</sup>

Continua o mesmo doutrinador:

Debate-se muito sobre as vantagens e desvantagens de um ou de outro sistema. Mas a dogmática constitucional, desde a promulgação da Constituição dos EUA, recusa aceitar o unicameralismo nas federações, por entender que o Senado é câmara representativa dos Estados federados, sendo, pois, indispensável sua existência ao lado de uma câmara representativa do povo.<sup>98</sup>

A composição destas duas Casas Legislativas é diferente quanto ao sistema eleitoral adotado (majoritário ou proporcional) e quanto àqueles que são representados (se o povo ou o ente federativo “Estado”). É o que se nota a partir da leitura dos arts. 45 e 46 da Constituição Federal de 1988<sup>99</sup>. Acrescenta alguns detalhes ao texto legislativo Gilmar Ferreira Mendes:

A Câmara dos Deputados é a Casa dos representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional em cada Estado e no Distrito Federal. Já o Senado é composto por três representantes de cada Estado e do Distrito Federal, eleitos pelo sistema majoritário. O mandato dos senadores é de oito anos.<sup>100</sup>

Conforme a clara dicção do art. 44 da Constituição Federal de 1988, o Poder Legislativo Federal é integrado pelo Senado Federal e pela Câmara dos Deputados. O Congresso Nacional, que representa a união de ambas estas Casas legislativas, tem atribuições legislativas propriamente ditas e deliberativas. Isso é o que menciona Marcelo Novelino nos escritos abaixo repetidos:

<sup>95</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009. p. 921.

<sup>96</sup> Art. 44 da Constituição Federal. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

<sup>97</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.511.

<sup>98</sup> *Idem. Ibidem*, p.511-512.

<sup>99</sup> Art. 45. A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. [...] Art. 46. O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário.

<sup>100</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [*et.al.*]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.853.

Dentre as atribuições do Congresso Nacional estão as competências *legislativas e deliberativas*. Aquela é atribuída para dispor a respeito de todas as matérias de competência da União (arts. 22 e 24), em especial as elencadas no art. 48 da Constituição da República. Nesse caso, como as matérias são veiculadas por lei, é exigida a sanção do Presidente da República. A *competência deliberativa* (art. 49) deve ser veiculada por decreto legislativo, dispensando-se, portanto, a sanção do Presidente. Trata-se de uma competência exclusiva, ou seja, exercida isoladamente e que não comporta delegação.<sup>101</sup>

Sobre as atribuições não propriamente legislativas de cada uma das Casas Legislativas integrantes do Congresso Nacional, são bastante precisos os arts. 51 e 52 da Constituição Federal. O primeiro deles discorre a respeito das atividades exercíveis pela Câmara de Deputados. Seu número é bem menor do que aquelas creditadas ao Senado, no segundo artigo mencionado acima: o art. 51.<sup>102</sup>

Como já mencionado alhures, algumas destas atribuições são manifestação de uma função administrativa, a exemplo daquela descrita no inciso IV do supra transcrito artigo. Sobre as atribuições não propriamente legislativas de cada uma das Casas Legislativas integrantes do Congresso Nacional, são bastante precisos os arts. 51 e 52 da Constituição Federal.<sup>103</sup>

Como discorrido a respeito da Câmara de Deputados, o Senado também tem atribuições administrativas, a exemplo daquela descrita no inciso XIII do sobredito artigo. Ademais, é possível perceber que há uma função processadora e julgadora atribuída a esta casa legislativa. É o que se intui a partir do escrito no inciso I e II do mesmo artigo.

<sup>101</sup> NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p.529.

<sup>102</sup> São seus escritos: “Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; V - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.”

<sup>103</sup> O art. 52 tem o seguinte texto legislativo: “Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II - processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; [...] V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios; [...] X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal; [...] XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; [...]”

De grande importância é mencionar que ambas as Casas Legislativas têm o poder de compor a famigerada Comissão Parlamentar de Inquérito<sup>104</sup>. Tal Comissão tem atribuições investigativas semelhantes aquelas conferidas aos magistrados em seu *mister* jurisdicional.<sup>105</sup> Cita-se, ademais, a título de exemplo, que o Senado julga Presidente da República por crimes de responsabilidade. Assim, tanto o Senado quanto a Câmara dos Deputados podem exercer atividades que, a princípio, seriam privativas de um juiz.

Diante de tudo que fora exposto, é notório que não mais cabe falar que cada Poder tem uma atribuição que lhe seja exclusiva. Em verdade, os Poderes, em dados momentos, exercem funções diversas daquelas que comumente lhe são creditadas. Daí a grande dificuldade atual de se falar em separação de Poderes, como se fossem manifestações estatais soberanas dentro de uma competência bem delimitada e privativa de um dado órgão estatal. Hoje é melhor falar em separação de Funções. Todas elas seriam manifestações do Poder soberano do Estado, enquanto ente composto pelo seu povo, território, soberania e finalidade.

Diante disso que se adota, neste trabalho, a nomenclatura Função como sinônimo da clássica expressão “Poder”, ou como uma melhor expressão para designar as formas de exercício da soberania estatal e os órgãos que o realizam. Todas as Funções estatais, não fugindo a regra a Função Legislativa, exercem atribuições multifacetadas, variando entre legislativas, judiciárias e administrativas. Sobre este assunto é bastante precisa a colocação de Manoel Jorge e Silva Neto:

Não mais se aceita que a função legislativa tão-só elabore leis, a executiva apenas administre ou a judiciária se reduza à prolação de atos judiciais. Cada uma, ao seu modo, e se adstringindo ao marco de competências desenhado pelo legislador constituinte originário, termina por realizar atos que, de ordinário, não estariam enfeixados na sua principal atribuição.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> No Art. 58 da Constituição Federal há previsão da possibilidade de constituição de comissão, permanente ou temporária, a exemplo da Comissão Parlamentar de Inquérito: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.”

<sup>105</sup> No art. 58, § 3º da Constituição Federal está escrito: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.” Apesar da clareza da dicção deste artigo, há grandes críticas quanto à pertinência da afirmação de que as atividades exercidas pela CPI seriam assemelhadas aquelas exercidas pelos magistrados em seu *mister* jurisdicional.

<sup>106</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.359.

A fim de completar a análise sobre os Poderes que compõem o Estado brasileiro, no próximo tópico versar-se-á a respeito do Poder Judiciário, tecendo alguns comentários a respeito de suas características peculiares e de suas atribuições.

## 2.4 PODER OU FUNÇÃO JUDICIÁRIA

O art. 92 da Constituição Federal, antes da Emenda Constitucional n.º 45 de 2004 (EC 45), dispunha que os órgãos que compunham o Poder Judiciário eram o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), os Tribunais Regionais Federais (TRF's) e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Com o advento da sobredita Emenda, houve a inclusão neste rol do Conselho Nacional de Justiça. Nota-se que este é o único órgão judiciário que não tem atribuições jurisdicionais, sendo a sua principal função controlar a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes<sup>107</sup>.

A principal atividade exercida pelos magistrados em geral é julgar lides, resolver conflitos em última instância, mesmo que envolvendo qualquer dos outros Poderes estatais. O órgão máximo da estrutura judiciária é o Supremo Tribunal Federal. Apesar de não haver qualquer tipo de hierarquia entre os órgãos arrolados acima, o STF é o responsável pela guarda da Constituição Federal, norma máxima do ordenamento nacional.<sup>108</sup>

O STF é composto de 11 (onze) Ministros. Há diversos critérios impostos para integrá-lo quais sejam: ser brasileiro nato; estar no gozo de direitos políticos, ter mais de 35 (trinta e cinco) e menos de 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ter notável saber jurídico e reputação ilibada.

Suas funções básicas são: manter o respeito às previsões constitucionais; manter unidade substancial em todo o País; fazer controle concentrado<sup>109</sup> de constitucionalidade de leis ou atos normativos. Ademais, integram as suas atribuições: julgar lei ou ato normativo

---

<sup>107</sup> Art. 103-B, § 4º da Constituição Federal Vigente trata deste assunto: § 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: [...].

<sup>108</sup> É o que está estabelecido no art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, veja-se: “Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]”

<sup>109</sup> Tal nomenclatura é adotada pela maioria da doutrina. Mas há divergência quanto à adequação de tal expressão. O autor Manoel Jorge e Silva Neto, *verbi gratia*, afirma que, em verdade, o STF realiza um controle abstrato-concentrado. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.191-192).

federal ou estadual contrário a Constituição Federal (ADIN<sup>110</sup>; ADIN POR OMISSÃO<sup>111</sup>, ADPF<sup>112</sup>), julgar recurso extraordinário (interposto perante decisão que contrarie dispositivo constitucional, declarem inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgarem válida lei ou ato do governo local contestado em face de lei federal ou Constituição Federal) e julga mandado de injunção (contra omissão legislativa que impeça efetividade ou exercício de direito, contra o Presidente ou altas autoridades federais visando garantir efetividade de direito ou de liberdades constitucionais).

Os juízes, em geral, também podem exercer um tipo de controle de constitucionalidade, conhecido como controle difuso de constitucionalidade<sup>113</sup>. Tal controle, ao fim do julgamento, não produz os mesmos efeitos (*erga omnes*) do controle concentrado, tendo menos amplitude e abrangência. Ademais é possível acrescentar que os magistrados têm garantias inextensíveis aos alguns ocupantes de outros cargos públicos, como inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e vitaliciedade.

O STF exerce também um tipo de função normativa quando edita súmulas vinculantes, pois seu conteúdo é de observância obrigatória para os demais órgãos do Poder Judiciário e para administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal<sup>114</sup>. Tal atribuição foi inserida no rol de competências do STF também com a EC 45, que implementou uma reforma administrativa em muitos setores públicos brasileiros.

O STJ, logo abaixo do STF, é composto de, no mínimo, 33 (trinta e três) Ministros, como disposto no art. 104 da Constituição Federal. É o órgão judiciário responsável pela defesa da lei federal (art. 105, III, “a” e “b” da CF) e pela unificação da interpretação do disposto em lei federal (art. 105, III, “c” da CF). Além disso, supervisiona administrativa e orçamentariamente a justiça Federal, conforme previsão do art. 105, parágrafo único da CF.

A justiça da União é composta por uma justiça comum, chamada de justiça federal, e por algumas justiças especiais: militar (exceto a estadual), eleitoral e trabalhista. Os órgãos

---

<sup>110</sup> Tal abreviação equivale à ação declaratória de inconstitucionalidade, conforme previsão do art. 102, I da Constituição Federal.

<sup>111</sup> Tal abreviação equivale à ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão, conforme previsão do art. 103, § 2º da Constituição Federal.

<sup>112</sup> Tal abreviação equivale à arguição de descumprimento de preceito fundamental, conforme previsão do art. 102, § 1º da Constituição Federal.

<sup>113</sup> Tal nomenclatura é adotada pela maioria da doutrina. Mas há divergência quanto à adequação de tal expressão. O autor Manoel Jorge e Silva Neto, *verbi gratia*, afirma que, em verdade, o STF realiza um controle concreto-difuso. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.191-192).

<sup>114</sup> Eis a previsão do art. 103-A da Constituição Federal vigente. “o Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.”

judiciários encarregados de cada parcela de jurisdição neste caso são os seguintes: Juízes federais, Tribunais Regionais Federais (representando à primeira); Juízes e Tribunais Militares, além do Superior Tribunal Militar (STM); juízes eleitorais, Tribunal Regional Eleitoral (TRE) e Tribunal Superior Eleitoral (TSE); juízes trabalhistas, Tribunais Regionais Trabalhistas (TRT's) e Tribunal Superior Trabalhista (TST). Cada um destes órgãos exerce sua parcela do poder jurisdicional, sendo que esta é firmada de acordo com um critério material. Esta parcela de jurisdição é mais conhecida como competência material.

Após dissertar a respeito dos órgãos componentes do Poder Judiciário nacional, é necessário discutir, em resumo, quais seriam as funções típicas e atípicas deste Poder e quais seriam os fundamentos legitimadores da existência da Função Judiciativa. Cada indivíduo, como é notável, têm seus peculiares interesses, desejos, anseios, personalidades. Diante da incomensurável pluralidade humana os conflitos na coabitação são inevitáveis.

Em tempos pretéritos as divergências eram resolvidas segundo a “lei do mais forte” ou da vingança. Porém, com o advento do estado de direito, não mais se admitia tal conduta. Torna-se necessário a intervenção de um terceiro para intermediar a composição dos conflitos. Eis que surge a figura do Estado, prestador de jurisdição. Sobre o assunto afirma Manoel Jorge e Silva Neto:

De conseguinte, afastada está a autotutela (“fazer justiça com as próprias mãos”, como se costuma dizer), salvo exceções permitidas pelo ordenamento. Ora, se o Estado não autoriza que o indivíduo assim se conduza, incorreria em incrível paradoxo lógico se não apresentasse meio eficaz de desenlace do conflito que substituísse adequadamente a iniciativa individual. Aí está o fundamento político da função judicial: fornecer aos indivíduos meio institucionalizado (posto que oferecido pelo ente estatal).<sup>115</sup>

É sabido que o Estado detém o monopólio da função jurisdicional, resolvendo lides (salvo exceções legais). Mas o que vem a ser jurisdição? Conceitua de forma bastante clara o doutrinador Fredie Didier Júnior: “jurisdição é a realização do direito, por meio de terceiro imparcial, de modo autoritativo e em última instância (caráter inevitável da jurisdição). [...] pode ser vista como poder, função ou atividade.”<sup>116</sup> Ada Pellegrini Grinover, concordando com o autor supra mencionado, complementa:

Como poder, é a manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do

<sup>115</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.493.

<sup>116</sup> DIDIER JÚNIOR Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p. 69.

processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete.<sup>117</sup>

Não há muita divergência entre aqueles que escrevem sobre jurisdição, daí serem bastantes as duas transcrições dispostas acima. O exercício da jurisdição seria, portanto, a atividade típica do Poder Judiciário. Mas, assim como ocorre com os outros Poderes, esta não é sua única função. Em alguns casos, implementa atividades atípicas, como mencionado abaixo:

[...] o Judiciário não se atém exclusivamente à produção de atos judiciais, porque termina exercitando prerrogativa de natureza legiferante quando cria os respectivos regimentos internos dos tribunais. E, por sua vez, também administra quando decide sobre o preenchimento dos cargos relativos a seus serviços, ou concede férias e licenças aos agentes públicos a ele subordinados.<sup>118</sup>

É perceptível que há um exercício de atividades de diversas naturezas pelos aplicadores da jurisdição. O que reforça, ainda mais, a idéia de que não haveria uma efetiva separação de poder, mas sim uma separação (ou divisão, como se prefere aqui) de funções estatais atribuídas a órgãos distintos. Acredita-se que, por isso, todos estes órgãos seriam, de uma forma ou de outra, englobados pela expressão “Administração Pública” – fixe-se que este não é o foco deste trabalho, mas uma consideração acessória. Corroborando tal posicionamento, escreve José Afonso da Silva<sup>119</sup> sobre a dificuldade de se distinguir “jurisdição” e “administração”. Este autor cita, neste íterim, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal que afirma claramente que não há distinção entre jurisdição e administração, apesar do esforço de alguns autores para diferenciá-los.

A atividade judiciária se caracteriza principalmente pelo exercício da jurisdição, mas não somente por ela, o que implica uma maior tendência, neste trabalho, diante de todas estas incertezas demonstradas<sup>120</sup>, em se acreditar na existência de um só Poder: o do Estado, como manifestação de sua soberania. Destarte, o Poder Judiciário, assim como todos os outros, seriam parte de um todo único, se diferenciando, simplesmente, pela especificidade das

---

<sup>117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.147.

<sup>118</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.493.

<sup>119</sup> SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.500-501.

<sup>120</sup> A atividade administrativa é tida como aquela que geralmente caracteriza a Função Executiva. Esta, por conseguinte, é constantemente relacionada com a idéia de Administração Pública. Mas se notou, a partir de tudo que fora exposto até o momento, que não há perfeito consenso quanto ao conceito (subjeto ou objetivo) de Administração Pública e quanto aos órgãos que estariam abarcados por esta expressão. Também não há acordo sobre as diferenças entre administração e jurisdição. Acresce-se a este cenário a inexistência de sintonia doutrinária a respeito da efetiva separação (ou divisão) de poderes ou função.

atividades exercidas. Todos seriam serviços estatais, mais conhecidos como serviços públicos. Tal assunto será tratado, de forma mais perfunctória, alguns tópicos a seguir.

## 2.5 AGENTES PÚBLICOS E SEU VÍNCULO COM O ESTADO

O Estado, como é sabido, não age de forma direta. Sempre atua por intermédio de seus agentes. Muitas vezes a atuação é feita por intermédio de sujeitos inseridos no serviço estatal ao público por intermédio de concurso público de provas ou provas e títulos. Outros exercem funções públicas (aqui entendida a expressão em sentido lato) após serem escolhidos e nomeados por ocupantes de cargos políticos. Diante de tudo isso, o que se sabe é que o Estado nunca age diretamente, sem necessidade de uma pessoa física participando da formação da vontade de ação, da ação em si e do seu resultado.

Esses agentes públicos podem figurar, perante o Estado, como prestadores de serviço, como colaboradores, como empregados contratados segundo a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) ou como servidores vinculados ao Ente estatal mediante estatuto próprio. De acordo com o vínculo mantido entre o Poder Público e seu agente são diferenciadas as denominações atribuídas a estes servidores.

Diante da inquestionável importância de estudo deste tema, buscar-se-á, nos tópicos a seguir, demonstrar um panorama da divergência doutrinária existente sobre qual a melhor denominação dos agentes que prestam serviços a população brasileira em nome do Estado e qual o tipo de vínculo que os une.

### 2.5.1 Divergência doutrinária sobre nomenclatura

Muito já se escreveu a respeito dos ocupantes de cargos, empregos ou funções estatais. Mas não há consenso quanto à denominação destes agentes estatais. As legislações nacionais não são uníssonas quanto a este aspecto, sendo que em alguns institutos escolhem chamá-los de funcionários públicos, outras de servidores públicos ou só de agentes. Diante desta divergência legislativa e também da doutrinária, que se mostra relevante o estudo da matéria.



### 2.5.1.1 Funcionários públicos

Anteriormente os agentes que exerciam suas funções, cargos ou empregos em nome do Estado eram denominados “funcionários públicos”. É o que se percebe a partir de análise da Constituição Federal que precedeu a atual, de 1967<sup>121</sup>. O próprio Código Penal (Decreto-lei de 07 de dezembro de 1940), anterior a edição da Constituição de 1967, já considerava (e ainda considera, no seu artigo 327, pois ainda vigente), para efeito de responsabilização penal, funcionário público “[...] quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.” Complementa o mesmo artigo, no seu § 1º, que se equipara a “[...] funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.” Tal expressão, funcionário público, perdurou por muito tempo, até que os doutrinadores passaram a questionar a sua legitimidade diante das mudanças quanto aos regimes jurídicos dos agentes públicos e a diversidade de servidores existentes hoje.

No período de adoção da expressão funcionário público havia um regime jurídico único que regia todos os servidores estatais.

Atualmente, preferindo adotar uma expressão mais abrangente, as legislações concernentes à matéria e escritos doutrinários usam o vocábulo “agente público”<sup>122</sup> ou “servidor público”<sup>123</sup> como sinônimo de todos aqueles serventuários ou agentes que exercem uma atribuição pública em nome do Estado.

---

<sup>121</sup> A Constituição Federal de 1967 previa, em diversos institutos, a expressão “funcionário público” para identificar aqueles agentes que exercem suas atribuições em nome do Estado. Eis alguns de seus artigos que trazem a sobredita expressão: “Art 102. - Enquanto durar o mandato, o funcionário público ficará afastado do exercício do cargo e só por antigüidade poderá ser promovido, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para essa promoção e para aposentadoria. § 1º - Os impedimentos constantes deste artigo somente vigorarão quando os mandatos eletivos forem federais ou estaduais. § 2º - A lei poderá estabelecer outros impedimentos para o funcionário candidato, diplomando ou em exercício de mandato eletivo. Art 103 - A demissão somente será aplicada ao funcionário: I - vitalício, em virtude de sentença judiciária; II - estável, na hipótese do número anterior, ou mediante processo administrativo, em que se lhe tenha assegurado ampla defesa. Parágrafo único - Invalidada por sentença a demissão de funcionário, será ele reintegrado e quem lhe ocupava o lugar será exonerado, ou, se ocupava outro cargo, a este será reconduzido, sem direito à indenização.”

<sup>122</sup> O Art. 151 trata a expressão “agentes públicos” como sinônimo de todos aqueles que atuam em nome do Estado: “É vedado à União: [...] II - tributar a renda das obrigações da dívida pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, bem como a remuneração e os proventos dos respectivos agentes públicos, em níveis superiores aos que fixar para suas obrigações e para seus agentes; [...]”.

<sup>123</sup> O Art. 38 da Constituição Federal de 1988 prevê a expressão servidor público relacionando-o a ocupação de um cargo, emprego ou função pública: “Ao servidor público da administração direta, autárquica e fundacional, no exercício de mandato eletivo, aplicam-se as seguintes disposições: I - tratando-se de mandato eletivo federal, estadual ou distrital, ficará afastado de seu cargo, emprego ou função; [...]”.

### 2.5.1.2 Servidores/agentes públicos ou estatais e subdivisões

A doutrina, conforme foi dito, não se contentou com a denominação funcionário público, por acreditarem que não mais refletia a realidade nacional relacionada aos servidores estatais. O autor Dirley da Cunha Júnior<sup>124</sup>, seguindo tal tendência, optou por adotar a expressão agente público. São eles aquelas “[...] pessoas físicas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal.”<sup>125</sup> Sob este rótulo genérico podem ser enquadradas, segundo o mesmo autor<sup>126</sup>, as seguintes pessoas que exercem atribuições públicas: agentes políticos, servidores estatais e particulares em colaboração com o Estado. Celso Antonio Bandeira de Mello corrobora tal posicionamento ao afirma que

[...] esta expressão – agentes públicos – é a mais ampla que se pode conceber para designar genérica e indistintamente os sujeitos que servem ao Poder Público como instrumento expressivos de sua vontade ou ação, ainda quando o façam apenas ocasional ou episodicamente.<sup>127</sup>

Hely Lopes Meirelles, apesar de concorda com o fato de agentes públicos ser um gênero dotado de diversas outras espécies, discorda da classificação anterior. Ela menciona que a expressão agente público engloba: agentes políticos, agentes administrativos, agentes honoríficos, agentes delegados e agentes credenciados.<sup>128</sup> Tal posicionamento é contrário ao defendido pela grande maioria dos doutrinadores, como confirma a própria doutrinadora<sup>129</sup>. Há que se trazer a baila uma peculiaridade na classificação de Dirley da Cunha Júnior<sup>130</sup>, pois ele atribui a denominação “servidores administrativos do Estado” aos servidores públicos, aos empregados públicos, aos servidores temporários e aos servidores militares. Com exceção destes últimos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>131</sup> chama todos os restantes de servidores públicos.

<sup>124</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 255.

<sup>125</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.73.

<sup>126</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.255-256.

<sup>127</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 219.

<sup>128</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74.

<sup>129</sup> “Essa classificação não corresponde exatamente à dos demais autores pátrios.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 74). Cita, em nota de rodapé da mesma página, alguns doutrinadores que discordam de seu posicionamento: Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Celso Antonio Bandeira de Mello.

<sup>130</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.258.

<sup>131</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.509.

Os servidores públicos “[...] são uma espécie dentro do gênero ‘agentes públicos’”<sup>132</sup>, conforme Celso Antonio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meirelles<sup>133</sup>. Aqueles são novamente subdivididos, segundo esta Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>134</sup>, em servidores estatutários (ocupantes de cargo regulados por estatuto próprio), empregados públicos (ocupantes de emprego público, sob regime celetista) e servidores temporários (contratados por tempo determinado para suprir necessidade pública excepcional). Ela conceitua o sub-gênero “servidores públicos” como sendo aquelas “[...] pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades da Administração Indireta, com vínculo empregatício e mediante remuneração paga pelos cofres públicos”<sup>135</sup>.

Quanto ao último sub-gênero apresentado por Dirley da Cunha Júnior e Maria Sylvia Zanella Di Pietro em suas classificações doutrinárias (os particulares em colaboração com o Poder Público), representariam todos aqueles que prestam serviço ao Estado, mesmo que sem vínculo empregatício e sem remuneração. Eles consideram que esta espécie de servidor exerce função estatal sob as seguintes formas: por requisição (a exemplo dos jurados no Tribunal do Juri), por delegação (*verbi gratia*, os concessionários e permissionários de serviço público), por *sponte propria* (como quando um gestor de negócio público espontaneamente assume uma função pública em momento de emergência, atendendo a necessidades públicas urgentes) ou por contratação para fins de locação civil de serviços, a exemplo da contratação de um advogado para sustentação oral perante Tribunal.

É fácil notar que está longe de serem uníssonos os doutrinadores que versam a respeito da matéria. Mas, por acreditar no maior acerto da nomenclatura adotada por Celso Antonio Bandeira de Mello (seguido por diversos outros, como se notou), opta-se por adotar a nomenclatura agentes públicos como gênero, tendo como espécies os agentes políticos, os servidores públicos (ou estatais) e particulares em colaboração com o Poder Público. No tópico a seguir, analisar-se-á o conceito e demais peculiaridades sobre os agentes políticos.

---

<sup>132</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 219.

<sup>133</sup> “[...] os *servidores públicos* constituem subespécies dos *agentes públicos administrativos*, categoria que abrange a grande massa de prestadores de serviços à Administração e a ela vinculados por relações profissionais, em razão de investidura em cargos e funções, a título de emprego e com retribuição pecuniária.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 386-387).

<sup>134</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.512.

<sup>135</sup> *Idem. Ibidem*, p.512.

### 2.5.1.3 Agentes políticos

É perceptível, ao se perscrutar os mais diversos livros que tratam sobre o assunto, que não há consenso entre os doutrinadores sobre o núcleo conceitual e sobre quais os agentes do Estado que podem ser chamados de agentes políticos. Uns creditam tal qualificação somente aqueles que ocupam cargos eletivos e exercem atividades de governo. Outros, de forma mais ampliativa, enquadram neste gênero os servidores que ocupam cargos de grande importância – na definição de prioridades do Estado Brasileiro e na realização ou controle de políticas públicas. Neste cenário de grande divergência que se constrói este tópico.

O doutrinador Dirley da Cunha Junior afirma que agentes políticos são aqueles que “[...] exercem funções políticas e titularizam cargos ou mandatos de altíssimo escalão, somente se subordinando à Constituição federal [...] ocupam o escalão máximo da estrutura orgânica do Estado”<sup>136</sup>. Hely Lopes Meirelles acrescenta:

São os componentes do Governo nos seus primeiros escalões, investidos em cargos, funções, mandatos ou comissões, por nomeação, eleição, designação ou delegação para o exercício de atribuições constitucionais. Esses agentes atuam com plena liberdade funcional, desempenhando suas atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas na Constituição e em leis especiais. Têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade, que lhes são privativos. [...] em doutrina, os agentes políticos têm plena liberdade funcional, equiparável à independência dos juízes nos seus julgamentos, e, para tanto, ficam a salvo de responsabilização civil por seus eventuais erros de atuação, a menos que tenham agido com culpa grosseira, má-fé ou abuso de poder.<sup>137</sup>

Manoel Jorge e Silva Neto descreve um conceito complementar, afirmando que agentes políticos são aqueles que “[...] não se submetem ao poder hierárquico quando realizam a respectiva atividade [...] todo aquele agente público que decide acerca da própria atividade.”<sup>138</sup>

*Ab initio*, é possível notar que tais conceitos, à semelhança de tantos outros analisados na doutrina pátria, não são muito profundos, o que abre uma margem de dúvidas e discrepâncias conceituais. Alguns equívocos são identificáveis nos mesmos. Nota-se, no último conceito, a afirmação de que os agentes políticos “[...] não se submetem ao poder

<sup>136</sup> CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.256.

<sup>137</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 75-76.

<sup>138</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.462.

hierárquico quando realizam a respectiva atividade [...]”<sup>139</sup>, mas tal afirmação não se compatibiliza com o exercício das atividades dos Ministros de Estado – é concorde na doutrina que integram o rol dos agentes políticos. No conceito de Hely Lopes Meirelles, apesar de ser o mais completo até então encontrado, é possível apontar um grande equívoco no trecho transcrito acima: ele afirma que todos os agentes políticos são responsabilizáveis por crime de responsabilidade – “têm normas específicas para sua escolha, investidura, conduta e processo por crimes funcionais e de responsabilidade [...]”. É sabido que não são todos os magistrados que podem responder por tal espécie de crimes. Há também o aspecto “independência funcional”, apontado pela mesma autora, como característica identificadora dos agentes políticos. Esta idéia se contradiz com a necessária subordinação hierárquica a que alguns agentes políticos (*exempli gratia*, Ministros de Estado) estão submetidos.

Devido às imprecisões dos sobreditos conceitos e ao seu inerente pecado da pouca profundidade, posicionamentos diversos se arvoram a identificar os limites subjetivos e objetivos caracterizados desta espécie de agentes. Cabe mencionar que este não é o foco deste trabalho, mas um mero degrau para comprovação das conclusões que se obtém aqui.

Alguns autores, a exemplo de Hely Lopes Meirelles<sup>140</sup>, tecem comentários a respeito do assunto. Consideram que são agentes políticos: os Chefes do Executivo (Presidente da República, Governadores e Prefeitos), os membros das Corporações Legislativas (Senadores, Deputados e Vereadores), do Poder Judiciário (magistrados em geral), os do Ministério Público (Procuradores da República e de Justiça, Promotores e Curadores Públicos), do Tribunal de Contas (Ministros e Conselheiros) e o das representantes diplomáticos.<sup>141</sup> Quanto à inclusão dos Juízes entre os agentes políticos há um posicionamento favorável do STF.<sup>142</sup>

Contrariando tal posicionamento, vem Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>143</sup> afirmar que são agentes políticos: o Presidente da República, o Vice e seus Ministros; os Governadores, os Vices e seus Secretários de Estado; os Prefeitos, os Vices e seus Secretários

<sup>139</sup> *Idem. Ibidem*, p.462.

<sup>140</sup> “Os agentes políticos exercem funções governamentais, judiciais e quase-judiciais, elaborando normas legais, conduzindo os negócios públicos, decidindo e atuando com independência funcional nos assuntos de sua competência.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 76.)

<sup>141</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 77.

<sup>142</sup> Esta é uma das decisões proferidas pelo STF a respeito da qualidade de agente político atribuída aos magistrados, cuja parte principal do voto do Ministro Relator Néri da Silveira, é a seguinte: “[...] A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie *agente político* com investidos par ao exercício de *atribuições constitucionais*, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. [...]” (STF, 2ª Turma, RE 228.977-2/SP, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 12.04.2002, p.66)

<sup>143</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.222.

municipais; os Senadores; os Deputados Estaduais e os Vereadores. Percebe-se que este autor exclui do multicitado rol os representantes diplomáticos, os membros do Tribunal de Contas, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Corroborando totalmente este posicionamento Diógenes Gasparini<sup>144</sup>. Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>145</sup> confirma parcialmente, pois afirma que há uma tendência de se acreditar (não defende explicitamente isso)<sup>146</sup>, que os membros do Poder Judiciário são agentes políticos, mas não inclui neste rol os do Ministério Público. Como parece claro, os doutrinadores estão longe de serem uníssonos quanto a esta matéria.

O autor Dirley da Cunha Júnior<sup>147</sup> ainda defende a inclusão, no rol dos agentes políticos, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, pela importante função fiscalizadora exercida por estes entes para a manutenção da qualidade do serviço judiciário e das promotorias de justiça e procuradorias da república.

Apesar de, como dito, tal assunto estar longe de ser o foco deste trabalho, acredita-se que os agentes políticos são somente aqueles encarregados diretos de implementar políticas públicas, executando atividades de governo. Quase sempre compõem a Administração Direita, figurando como os cargos mais altos do Estado brasileiro. São eles os seguintes: o Presidente da República, o Vice e seus Ministros; os Governadores, os Vices e seus Secretários de Estado; os Prefeitos, os Vices e seus Secretários municipais; os Senadores; os Deputados Estaduais e os Vereadores. Não obstante se considerar que o Ministério Público e os Magistrados interferem, muitas vezes, de forma intensa no direcionamento de políticas públicas, não se acredita a eles, neste trabalho, a qualidade de agentes políticos. Acredita-se, realmente, que reconhecê-los como excluídos deste rol de agentes políticos não implica qualquer redução da importância titularizada por eles quanto aos rumos que a Nação brasileira toma para si. Não há qualquer demérito nisso.

### 2.5.2 Teorias sobre vínculo do agente público com o Estado

Há muito tempo a doutrina busca explicar qual o tipo de relação mantida entre os agentes públicos e os Entes estatais aos quais estes são subordinados. Muitas foram as teorias

<sup>144</sup> Segundo Diógenes Gasparini os agentes políticos são: “[...] o Presidente da República e o Vice, os Governadores e Vices, Os Prefeitos e Vices, os Ministros de Estado, os Secretários estaduais e municipais, os Senadores, os Deputados e Vereadores.” (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 5. ed., rev. atual. E aum., São Paulo: Saraiva, 2000, p.141.)

<sup>145</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.512.

<sup>146</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.512.

<sup>147</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p.256-258.

que se enveredaram por tais caminhos objetivando precisar tal vínculo. O escopo maior era atribuir ao Estado qualquer atuação lesiva do funcionário público. Dentre as teorias sobre a matéria, identificamos a da representação, a do mandato e a teoria do órgão.

### 2.5.2.1 Teoria da representação

A teoria da representação, conforme dito acima, se propôs a explicar o regime sobre o qual haveria uma transferência de poderes entre o Estado e seus agentes. Como é claro notar, todas as matérias que tratam sobre representação, apresentam como imprescindível para sua identificação a existência de uma incapacidade absoluta do ente a ser representado, no caso, o Estado. Os agentes públicos seriam, assim, os representantes estatais.

Quanto a esta teoria, fora formulado um questionamento: caso haja um dano decorrente da atuação dos representantes do Estado (agentes públicos), quem será responsabilizado? Não existe resposta razoável a tal pergunta que não abale a estrutura lógica dessa teoria. Sendo o Estado o representado – portanto incapaz –, não seria responsabilizado pelos danos causados pelos seus representantes. Tal realidade é insustentável diante pressuposição da responsabilidade Estatal como uma das idéias inerentes a noção de Estado de Direito. O Estado é irresponsável remonta a uma época em que se confundia a soberania com a vontade do governante, geralmente um monarca.

O autor Hely Lopes Meirelles versa a respeito desta teoria criticando-a:

Pela teoria da representação, considerava-se o agente como representante da pessoa, à semelhança do tutor e do curador dos incapazes. Mas como se pode conceber que o incapaz outorgue validamente a sua própria representação?<sup>148</sup>

A autora Maria Silvia Zanella Di Pietro tece excelentes comentários a respeito desta teoria da representação conforme citação abaixo:

O agente público é representante do Estado por força de lei; equipara-se o agente à figura do tutor ou curador, que representam os incapazes; a teoria também foi criticada, quer por equiparar a pessoa jurídica ao incapaz, quer por implicar a idéia de que o Estado confere representantes a si mesmo, quando não é isso que ocorre na tutela e curatela; além disso, essa teoria, da mesma forma que a anterior, teria outro inconveniente: quando o representante ou mandatário ultrapassasse os poderes da representação, a

---

<sup>148</sup> MEIRELLES, Hely lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. Atual., Malheiros, 2002, p.42.

pessoa jurídica não responderia por esses atos perante terceiros prejudicados<sup>149</sup>.

Diante da impropriedade dessa teoria, passa-se ao estudo de outra, denominada teoria do mandato, que tenta, sem êxito, superar as imperfeições que acometeram teoria da representação.

#### 2.5.2.2 Teoria do mandato

Outra teoria que busca explicar este vínculo mantido entre o Estado e seus agentes públicos é a teoria do mandato. Segundo esta, considera-se que o Poder Público age, por intermédio de seu agente, como um titular do direito age por intermédio de seu procurador, transferindo-lhe poderes. Em outras palavras, a teoria do mandato pressupõe que o agente público exerce sua atividade como mandatário do Estado.

É perceptível que, para se conceber uma transferência de poderes, há necessidade de existência de, no mínimo, dois entes personificados e capazes de fazê-lo. No caso em voga, de um lado teria o Estado (enquanto ente apartado de seus agentes) e do outro o agente público. Mas como conceber que uma Pessoa Jurídica estatal, enquanto ente jurídico (abstrato, virtual, não físico), transfira poderes para pessoas físicas sem que haja, no mínimo, uma pessoa física que emita a sua vontade e formalize a transferência? O Estado, sem seus agentes, não tem como manifestar sua vontade, o que o impede de transferir poderes sem a intermediação de, no mínimo, um representante seu. Assim faltaria a capacidade de emissão de vontade ao Estado, o que prejudica irremediavelmente a aceitabilidade desta teoria.

Sobre tal teoria é bastante pertinente o comentário formulado por Hely Lopes Meirelles: "Pela teoria, do mandato considerava-se o agente(pessoa física) como mandatário da pessoa jurídica, mas essa teoria ruiu diante só da indagação de quem outorgaria o mandato."<sup>150</sup> Maria Silvia Zanella Di Pietro acrescenta: "Pela teoria do mandato, o agente público é mandatário da pessoa jurídica; a teoria foi criticada por não explicar como o Estado, que não tem vontade própria, pode outorgar o mandato."<sup>151</sup>

A partir das percebidas limitações existentes nessa teoria, passa-se a analisar a teoria do órgão, adotada hodiernamente como aquela que melhor explica a relação Estado-agentes. Eis o tópico a seguir para cumprir tal desiderato.

<sup>149</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.505.

<sup>150</sup> MEIRELLES, Hely lopes de. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed. Atual., Malheiros, 2002, p.42.

<sup>151</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.504.



### 2.5.2.3 Teoria do órgão – vigente hoje

Como já fora mencionado alhures, o órgão é uma entidade desprovida de personalidade própria, mas dotada de competências, atribuições, agentes próprios. O órgão, assim, seria identificado abstratamente pelos seus agentes (servidores próprios) e pelas suas funções (atividades exercidas e conferidas por uma pessoa jurídica que lhe é hierarquicamente superior). Aproveitando-se desta idéia, criou-se a teoria do órgão para explicar o vínculo existente entre o Estado, principalmente com relação à manifestação de sua vontade e realização de suas ações típicas.

A teoria do órgão, majoritariamente adotada atualmente, foi criada há muito, por um autor alemão. Assim relata Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça: “A Teoria do Órgão, criada por Otto Gierke, conclui e sustenta que o Órgão é parte do corpo da entidade e, assim sendo, todas as suas manifestações de vontade são consideradas como da própria entidade.”<sup>152</sup> Com o advento desta teoria superaram-se as contradições que acometiam as outras duas. O órgão seria parte da pessoa jurídica a que está vinculado, da mesma forma que o agente é vinculado à Pessoa Jurídica de Direito Público cuja vontade manifesta. Tais noções se compatibilizam com a idéia de responsabilização estatal, inerente ao Estado de Direito. Assim, considera-se o Estado não como um ente incapacitado, carente de representação, nem como um outorgante de poderes a um mandatário. O Estado, perante tal teoria, é tratado como titular de um poder soberano, responsável pelos seus atos e pelos atos realizados pelos seus agentes.

Destarte, os agentes seriam os sujeitos que expunham a vontade estatal, sendo a sua voz. Essa teoria é a que vigora patrocina, pois concebe que todos os agentes públicos agem em nome do Estado, explicitando a sua vontade, o que vai além da concepção de mandato ou de representação.

---

<sup>152</sup> MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal*. Disponível em: <[www.unifor.br](http://www.unifor.br)> Acessado em: 06 de janeiro de 2010.

### 3 SERVIÇO PÚBLICO E ATIVIDADE JURISDICIONAL

Como já afirmado acima, há inúmeros conceitos de Estado. Dentre os diversos conceitos, relevante é transcrever aquele apresentado por León Duguit – considerado por alguns (a exemplo de Edson Jacinto da Silva<sup>153</sup>) como um dos fundadores da *École du Service Publique* (Escola do Serviço Público).<sup>154</sup> Eis os termos utilizados pelo autor francês:

*En interior de la nación y dentro de los límites del territorio ocupado por esta nación, los gobernantes, diferenciados de los gobernados y monopolizando la fuerza, deben emplear esta fuerza en organizar y controlar el funcionamiento de los servicios públicos; de esta suerte los servicios públicos vienen a ser uno de los elementos del Estado, y al llegar aquí tocamos ya en cierto modo lo que constituye el punto culminante del concepto del Estado, tal como lo hemos expuesto, y que podemos resumir diciendo: <<El Estado no es, como se ha pretendido hacerle, y como durante algún tiempo se ha creído que era, un poder de mando, una soberanía; es una cooperación de servicios públicos organizados y controlados por los gobernantes>>.*<sup>155</sup>

O mesmo autor complementa seus comentários afirmando o seguinte:

*Los gobernantes se hallan a su vez obligados a poner todas sus aptitudes propias al servicio de la solidaridad social; y sus declaraciones o manifestaciones de voluntad se imponen al respeto de todos cuando están determinadas por un fin de solidaridad. [...] por el momento basta advertir y dejar establecido de manera precisa e permanente, que los poderes de los gobernantes tienen por único fundamento sus obligaciones, y que la actividad de los gobernantes se ejercita únicamente, por relación de efecto a causa, en virtud de los deberes que les impone la disciplina social.*<sup>156</sup>

Percebe-se que tal citação relaciona a idéia de Estado à noção de serviço público. Tal noção é corroborada pela autora Andrea Nárriman Cezne ao escrever sobre tal assunto:

Quanto à doutrina, a construção do conceito de serviço público como base da noção de serviço público teve como seu principal responsável León Duguit, partindo da crítica à teoria da autolimitação subjetiva do Estado em busca de um fundamento para a crescente intervenção do Estado em setores antes

<sup>153</sup> “Foi a partir das idéias de León Duguit no início do século passado, que floresceu na França a noção sobre o conceito, já que foi ele o precursor da chamada Escola do Serviço Público e que foi de grande importância naquela época.” (SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e Permissão no Serviço Público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004, p.54.)

<sup>154</sup> Andrea Nárriman Cezne (CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 42, n. 167, p.321-327, jul./set. 2005) e Pedro Gonçalves (GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Almedina: Coimbra, p. 28) são exemplos de autores que citam o autor León Duguit como referência quando se trata de serviço público.

<sup>155</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, p.64.

<sup>156</sup> *Idem. Ibidem*, p.65.

exclusivos da iniciativa privada. A teoria da autolimitação subjetiva consistia na idéia de que o Estado seria ora titular da autoridade (*puissance publique*), ora uma pessoa civil, desprovida de prerrogativas. Se o Estado atuasse no setor de atividades privado, devia sujeitar-se ao direito civil. O conceito de serviço público surge da busca de um novo critério de justificação da atuação do Estado, não mais alicerçada na idéia de soberania, ou na expressão de uma autoridade (*puissance publique*). Duguit busca uma nova teoria de legitimação do Estado, baseada na noção de serviço público.<sup>157</sup>

Outro autor, Edson Jacinto da Silva, comentando o defendido por León Duguit, afirma: “León Duguit foi quem primeiro introduziu o conceito de serviço público, estabelecendo a substituição do fundamento que repousava na idéia de soberania do Estado, justamente ela noção de serviço público.”<sup>158</sup>

Tais considerações enfatizam, ainda mais, a importância de se conceituar serviço público. Assim como acontece na formulação do conceito de Estado, também há muita divergência a respeito da essência conceitual do instituto jurídico “serviço público”. Em meio a estas discrepâncias, buscar-se-á apontar qual a forma mais adequada de concebê-lo diante dos objetivos aqui almejados.

### 3.1 NOÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO

Conforme mencionado acima, León Duguit é um dos principais integrantes da “Escola de Serviço Público”, desenvolvido, no século passado, na França. Saber um pouco mais sobre esta Escola é extremamente importante já que “todos os conceitos brasileiros de serviços públicos apresentados pela doutrina foram, de alguma forma, influenciados pela doutrina francesa.”<sup>159</sup> León Duguit conceitua serviço público como

*[...] toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, e porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante.*<sup>160</sup>

Tal conceito é bastante amplo, o que permite enquadrar toda atividade estatal no gênero serviço público. O autor Mário Masagão, concordando com tal idéia e com um pouco

<sup>157</sup> CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. In: Revista de Informação Legislativa, ano 42, n.º 167, jul./set., 2005, p.323.

<sup>158</sup> SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004, p.54-55.

<sup>159</sup> SCORSIM, Ericson Meister. *Regime jurídico do serviço de televisão a cabo*. Disponível em: <<http://www.direitoacomunicacao.org.br/>>. Acessado em 20 de fevereiro de 2010.

<sup>160</sup> DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005, p.65.

com o defendido pelo doutrinador francês, defende a idéia de que todas as funções estatais, incluindo a jurisdicional e a legislativa, são incluídas entre os serviços públicos, pois os conceitua de uma forma bastante ampla: “[...] toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins”<sup>161</sup>.

O autor Edson Jacinto da Silva formula o seu conceito seguindo a mesma orientação ampliativa: “O serviço público é, pois, o que realiza o Estado quer o indivíduo precise ou tenha interesse nele, ou não. Portanto, são os atos das autoridades públicas visando satisfazerem a necessidade coletiva.”<sup>162</sup> Paulo Dourado de Gusmão, citado por Edson Jacinto da Silva afirma que serviço público é o “[...] conjunto de atos destinados a atingir os fins do Estado.”<sup>163</sup>

Como se pode notar, trata-se de um conceito bastante abstrato e abrangente. Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, define-se como “[...] toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público”<sup>164</sup>. O autor Celso Antônio Bandeira de Mello concebe que o mesmo instituto pode ser conceituado da seguinte forma:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo<sup>165</sup>.

Inúmero são os conceitos que podem ser trazidos a baila<sup>166</sup> para ilustrar a multicitada divergência. Alguns elementos podem ser identificados como comuns a todos estes conceitos.

<sup>161</sup> MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1968. p. 252.

<sup>162</sup> SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004, p.54.

<sup>163</sup> GUSMÃO, Paulo Dourado de *apud* SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004, p.55.

<sup>164</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.55.

<sup>165</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 95.

<sup>166</sup> Elenca-se, aqui, diversos outros conceitos de serviço públicos formulados por doutrinas nacionais e internacionais: “É a prestação que a administração efetua de forma direta ou indireta para satisfazer uma necessidade de interesse geral.” (DIEZ, Manuel Maria, *Manual de derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p.16.); “Chamamos serviço público ao modo de atuar da autoridade publica a fim de facultar, por modo regular e continuo, a quantos deles careçam, os meios idôneos para satisfação de uma necessidade coletiva individualmente sentida.” (CAETANO, Marcelo. [et. al.] “*Manual de derecho administrativo*”, tomo II, Buenos Aires: Plus Ultra, 1980, p.1.043.); Serviço público é toda atividade de uma coletividade pública visando a satisfazer um objetivo de interesse geral (LAUBADÉRE, Andre de. *Manuel du Droit administratif*, L.G.D.J., Paris, 1976, p.21, In: CARVALHO FILHO, José Santos. 21.ed., Lumen Juris, 2009, p.308.); “Serviço publico é todo aquele prestado pela administração ou por seus delegados, sob as normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundarias da coletividade ou simples conveniências do estado. Fora dessa generalidade não se pode, em doutrina, indicar as atividades que constituem serviço publico, porque variam de acordo com as exigências de cada povo e de cada época. Nem se pode dizer que são as atividades coletivas vitais que caracterizam os serviços públicos, porque ao lado destas existem

Sobre o assunto afirma Héctor Mairal sistematizando os principais pontos da teoria de serviço público francesa:

[...] (i) um elemento objetivo ou funcional: a presença de uma atividade que satisfaz necessidades de interesse geral (dito de outra forma, um elemento teleológico se for considerado o interesse geral como um fim); (ii) um elemento subjetivo ou orgânico: formado por uma pessoa jurídica pública que desempenha a atividade ou que controla a sua execução pelos particulares; e (iii) um elemento normativo: as regras exorbitantes do direito privado que se aplicam à atividade.<sup>167</sup>

Mesmo diante desta sistematização feita por Héctor Mairal, é inevitável chegar à conclusão que está longe de haver uma concordância entre os administrativistas sobre tal instituto. Destarte, existe, ainda, muito espaço para discussão sobre o assunto. Tal abertura permite fazer algumas considerações sobre a possibilidade (ou até probabilidade) de se incluir a atividade judiciária entre os serviços públicos prestados pelo Estado brasileiro. Mas tal assunto será objeto de um tópico que será, mais a frente, esmiuçado.

### 3.2 NOÇÕES DE ATIVIDADE JUDICIÁRIA/JURISDICIONAL

O conceito de jurisdição já fora mencionado por diversos autores, sendo que não há muita divergência quanto aos seus elementos e características essenciais. Mas pouco se fala a respeito das diferenças existentes entre a atividade judiciária e a atividade jurisdicional. Então, antes de qualquer consideração a respeito da inclusão da atividade prestada pelo Poder Judiciário entre as espécies de serviços públicos, é necessário precisar os elementos discrepantes entre essas duas espécies de atividades.

Interessante é transcrever, neste trabalho, os conceitos clássicos de jurisdição, afirmados pelos doutrinadores italianos Giuseppe Chiovenda e Francesco Carnelutti. O primeiro assim a conceitua:

A função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de

---

outras, sabidamente desprovida pela coletividade, que são realizadas pelo estado como serviço publico.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26. ed., Malheiros, 2001, p.311.); “Serviço público é toda atividade prestada pelo estado ou por seus delegados, basicamente sob o regime de direito público, com vistas a satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21.ed., Lumen Juris, 2009, p.308.)

<sup>167</sup> MAIRAL, Héctor. *La ideología del servicio público*. In: *Revista de Derecho Administrativo*, ano 5, nº. 14, Buenos Aires, p.367.

particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente efetiva.<sup>168</sup>

O segundo doutrinador, Francesco Carnelutti, relaciona a jurisdição a uma atividade que realiza uma “justa composição de uma lide”<sup>169</sup>. Este conceito, apesar de ter sido objeto de algumas críticas<sup>170</sup> por parte de inúmeros processualistas, ainda é seguido e corroborado por alguns doutrinadores brasileiros, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci que considera a jurisdição como “[...] o poder atribuído, constitucionalmente, ao Estado para aplicar a lei ao caso concreto, compondo litígios e resolvendo conflitos.”<sup>171</sup>

Seguindo o posicionamento dos críticos de Francesco Carnelutti, afirma José de Albuquerque Rocha que jurisdição é “[...] a função estatal que tem a finalidade de garantir eficácia dos direitos em última instância no caso concreto, inclusive recorrendo à força, se necessário.”<sup>172</sup> Completa asseverando: “[...] no direito brasileiro, a jurisdição caracteriza-se, do ponto de vista estrutural, por ser exercida, preponderantemente, por órgãos do Poder Judiciário, independentes e imparciais, através do devido processo legal.”<sup>173</sup>

Apesar desta divergência no que tange à imprescindibilidade da presença de uma lide para se caracterizar a jurisdição, é relevante mencionar que a jurisdição é majoritariamente considerada como atividade típica do Poder Judiciário que visa aplicar o direito em última instância – configurando a famigerada coisa julgada.<sup>174</sup> Então o que vem a ser atividade judiciária?

A própria escolha, pelo legislador constitucional de dividir o Estado brasileiro em Poder Judiciário, Legislativo e Executivo já aponta para uma realidade: a atividade judiciária é gênero, de que é espécie a atividade jurisdicional. Tal posicionamento é corroborado por

<sup>168</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de Direito Processual Civil. vol. 2. Campinas: Bookseler, 1998, p.08.

<sup>169</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

<sup>170</sup> Francesco Carnelutti credita ao instituto “lide” como elemento essencial à conceituação de jurisdição. Ele conceitua lide como “[...] *il conflitto di interessi qualificato dalla pretesa di uno degli interessati e dalla resistenza dell’altro*”. (CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936, p.40). Este trecho é constantemente traduzido pelos autores da seguinte forma: “[...] o conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro.” Esta sua noção é alvo de muitas críticas, pois, conforme a maioria da doutrina, nem todo exercício da jurisdição se dá perante uma lide, como no caso da jurisdição voluntária.

<sup>171</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 179.

<sup>172</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.64.

<sup>173</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.64.

<sup>174</sup> A coisa julgada pode ser concebida, segundo a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 6º, § 3º, como “[...] a decisão judicial de que já não caiba recurso.” Em outras palavras, é “[...] a proibição imposta a todos os juízes de pronunciarem-se sobre situação jurídica substancial já definida por sentença não mais sujeita a recurso.” (ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.257).

inúmeros autores nacionais a exemplo de Lair da Silva Loureiro Filho<sup>175</sup>, José Cretella Júnior<sup>176</sup> e Edmir Netto de Araújo<sup>177</sup>. Acresce-se a esta celeuma sobre o conceito de atividade jurisdicional e judiciária outra divergência sobre uma espécie de jurisdição: a voluntária. Alguns nem creditam a este tipo de atividade, exercida pelos magistrados, o título de jurisdição:

Quanto a impropriamente chamada jurisdição voluntária, entendemos não ser jurisdição em sentido próprio, seja por não versar sobre conflitos sociais, seja por não destinada a concluir, em definitivo, o processo de efetivação do direito, seja finalmente, por não estar instrumentalmente ligada aos processos jurisdicionais de conhecimento e execução.<sup>178</sup>

Outro autor, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, confirma a divergência doutrinária logo após formular um conceito de tal espécie (ou não) de jurisdição:

[...] a voluntária é exercida quando o Estado-juiz limita-se a homologar a vontade dos interessados, não havendo interesses litigiosos. Entretanto, a aceitação da jurisdição voluntária é uma das questões mais controvertidas na doutrina, suscitando diversas polêmicas. A respeito, cumpre salientar o posicionamento de duas importantes teorias, a clássica ou administrativista e a revisionista [...].<sup>179</sup>

Como notado, o autor, ao discorrer sobre o assunto, menciona a existência de duas teorias: a administrativista e a revisionista. Sobre a primeira, escreve, com precisão:

A doutrina nacional majoritária afirma que a jurisdição voluntária não constituiria típica função jurisdicional, nem ao menos seria voluntária, eis que sua verificação decorreria de exigência legal, com o intuito de conferir validade a determinados negócios jurídicos escolhidos pelo legislador. Nesse

<sup>175</sup> “Considera-se atividade jurisdicional como espécie da atividade judiciária. Esta, por sua vez, abrange todos os atos praticados por agentes do Poder Judiciário. Desta forma, serão judiciários os atos dos juízes no exercício da atividade estritamente jurisdicional (de sua competência exclusiva), contenciosa ou voluntária, bem como aqueles por eles praticados como administradores, consubstanciados nos atos materialmente administrativos. Somam-se a estes os atos praticados por servidores do Poder Judiciário, por seus colaboradores a qualquer título, a demora excessiva na prestação, a falha do serviço, anônima ou não.” (LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade Pública por Atividade Judiciária*. São Paulo: RT, 2005, p.82.)

<sup>176</sup> “Judiciais (= judiciários) são todas as atividades do Poder Judiciário, específicas ou inespecíficas, sem indagação de sua natureza, contenciosa ou graciosa. Tudo que promana do Judiciário é judicial, orgânica ou formalmente considerado. As atividades judiciais esgotam, assim, todas as possibilidades funcionais do Poder Judiciário. As jurisdicionais não. São apenas uma parte das atividades judiciárias.” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1972, p.227.)

<sup>177</sup> “[...] veremos o Poder Judiciário desenvolvendo uma série imensa de atividades que não se enquadram no conceito de atos jurisdicionais. Tais são, por exemplo, os atos (administrativos) de administração geral de seus serviços (pessoal, material, transportes, comunicações, finanças, licitações, etc.). E, uma vez que a atividade jurisdicional pressupõe uma pretensão contestada, esse fato exclui de pronto toda uma série de atos (além dos puramente administrativos) judiciais da qualificação de ato jurisdicional.” (ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981, p.86-90)

<sup>178</sup> ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007, p.65.

<sup>179</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.62.

sentido, ela é definida como “administração pública de interesses privados”.<sup>180</sup>

Sobre a segunda teoria, denominada revisionista, bem escreve o mesmo autor: “avançando consideravelmente na doutrina, tal teoria tem recebido a adesão de consagrados processualistas, que entendem ser a jurisdição voluntária verdadeiro exercício da função jurisdicional.”<sup>181</sup> Fredie Didier Júnior corrobora tal pensamento, mas faz alguns outros comentários pertinentes:

Prevalece na doutrina brasileira a concepção de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário. [...] Esta construção doutrinária é um tanto tautológica. Partem da premissa de que a jurisdição voluntária não é jurisdição, porque não há lide a ser resolvida; sem lide, não se pode falar de jurisdição. Não haveria, também, substitutividade, pois o que acontece é que o magistrado se insere entre os participantes do negócio jurídico, não os substituindo. Porque não há lide, não há partes, só interessados; porque não há jurisdição, não seria correto falar de ação nem de processo, institutos correlatos à jurisdição: só haveria requerimento e procedimento. Porque não há jurisdição, não há coisa julgada, mas mera preclusão – fundam-se os doutrinadores, ainda, no art. 1.111 do CPC, que afirma: ‘A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos, já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes’.<sup>182</sup>

Apesar da opção deste doutrinador (Humberto Dalla Bernardina de Pinho) e de outros, a exemplo de Fredie Didier Júnior<sup>183</sup>, ser pela admissibilidade da jurisdição voluntária como manifestação de função jurisdicional (apresentando inclusive exemplos<sup>184</sup>), não se pode ignorar os posicionamentos discordantes, que são majoritários, como afirmado por estes mesmos autores nos seus respectivos textos transcritos acima. Um exemplo de autor que se manifesta a favor da maioria é Misael Montenegro Filho:

Na jurisdição voluntária, como afirmado anteriormente, o magistrado se apresenta na condição de representante do Poder Judiciário, como verdadeiro administrador, levando-nos a concluir que a função jurisdicional na espécie voluntária aproxima-se de outra função estatal, como tal da executiva ou administrativa.<sup>185</sup>

<sup>180</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.62.

<sup>181</sup> *Idem. Ibidem*, p.63.

<sup>182</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2008, p.98.

<sup>183</sup> É possível tirar tal conclusão a partir dos escritos no livro de Fredie Didier Júnior: DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2008, p.98.

<sup>184</sup> “São exemplos de jurisdição voluntária, a saber: nomeação de tutores e curadores, homologação de separação judicial, emancipação e alienação judicial dos bens de menor, autenticação de livros comerciais, aprovação dos estatutos das fundações, retificação dos atos do registro civil, etc.” (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.63).

<sup>185</sup> MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6.ed., São Paulo: Atlas, 2010, p.48-49.



As discordâncias a respeito das diferenças perceptíveis entre “jurisdição” e “administração” e sobre as discrepâncias quanto aos tipos de atividades exercidas pelos magistrados que efetivamente manifestam jurisdição trazem uma pitada de insegurança semântica e material ao assunto “atividade(s) típica(s) do Poder Judiciário”.

Destarte, a opção que se apresenta como a mais correta parece ser a de que o conjunto de atividades exercidas pelo Poder Judiciário deve ser denominado como atividade judiciária, e não somente como jurisdicional. Aquela abarca atividades típicas e atípicas deste Poder. Sobre esta tipicidade ou atipicidade das funções de cada Poder estatal ainda é possível fazer uma afirmação, diante do cenário que até agora se delineou: a atividade administrativa é inerente a todos os Poderes e, por isso, deve ser considerada ou como uma atividade típica de cada um deles ou como uma atividade comum a todos eles; a partir desta consideração, torna-se um pouco (ou muito) contraditório continuar com a sustentação da existência de atividades típicas e atípicas diante do próprio questionamento da subsistência de Poderes separados; esta afirmação se torna é ainda mais forte diante das considerações sobre o fato de não haver um limite semântico preciso para identificar a “jurisdição” (atividade principal da Função Judiciária) e diferenciá-la da “administração” (atividade predominantemente do Executivo).

Como é notado, optou-se por inserir, no título deste trabalho, o adjetivo “judiciário” por se creditar, a esta palavra, uma maior abrangência quanto a real natureza das atividades exercidas pelo Poder Judiciário. Não são exercidas somente atividades de julgamento de conflitos em última instância (jurisdição segundo a teoria clássica), mas também há atribuições que são executadas pelos magistrados e seus auxiliares que se aproxima, em muito, daquelas executadas pelos integrantes do Poder Executivo, majoritariamente relacionado (no enfoque subjetivo) com o conceito de Administração Pública.

Para finalizar tal tópico, faz-se um breve resumo a respeito do posicionamento aqui adotado quanto à função jurisdicional: acredita-se que a jurisdição, em muitos aspectos se assemelha a atividade administrativa, sendo que não se nega que há sensíveis diferenças; a jurisdição voluntária, diante de tudo que fora escrito até agora, estaria mais próxima do conceito de atividade administrativa do que jurisdição; há grande dificuldade de se falar em atividade típica do Poder Judiciário (assim como de qualquer Poder) diante das considerações feitas sobre a (in)existência da separação dos poderes (ou funções) e da multiplicidade de espécies de atividades exercidas por todos os Poderes esporadicamente.

### 3.3 SERVIÇO PÚBLICO JURISDICIONAL

Como parece claro, a concepção de serviço público varia de acordo com o doutrinador que se propõe a concebê-lo. Há os mais abrangentes e os mais restritos, porém em todos os conceitos, com exceção de poucos, podemos incluir a atividade judiciária como uma espécie de serviço público. Daí também dever ser prestado de maneira adequada, segundo os rigores da lei.

Tal compatibilidade de conceitos pode ser notada no tópico a seguir.

#### 3.3.1 Compatibilidade de conceitos

A dilatação do conceito de serviço público, como restou demonstrado acima, não é algo que somente poucos doutrinadores se dispuseram a fazer. Em verdade, muitos doutrinadores, inclusive Edson Jacinto da Silva, formularam conceitos tão amplos que se tornou difícil delimitar o que seria e o que não seria serviço público dentre as atividades estatais. Apesar da grande abrangência do seu conceito, esse último autor afirma que a atividade judiciária não pode ser considerado serviço público, mas não apresenta motivos. Se reserva a dizer que “[...] serviços públicos são todos os serviços que o Estado presta aos seus administrados para cumprir o seu fim, exceto os serviços judiciários”<sup>186</sup> Tal afirmação não pode ser aceita sem, antes, ser submetida a algumas críticas e considerações. Discorda-se de tal afirmação pelos argumentos descritos a seguir.

A imprecisão dos conceitos de serviço público é um dos argumentos que permite adotá-lo como gênero em o qual está inserida, como espécie, a atividade judiciária. O próprio precursor da “Escola de Serviço Público”, Leon Duguit, apresenta conceito ampliativo deste instituto. Analisando os conceitos mais amplos, percebe-se que a vinculação do serviço ao atendimento de um fim estatal é o único elemento essencial para qualificá-lo como serviço público. Como se sabe, o fim público é inerente a atividade judiciária.

Perscrutando os conceitos mais restritivos de serviço público, a exemplo do formulado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>187</sup> e por Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>188</sup>,

---

<sup>186</sup> SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004, p.59.

<sup>187</sup> “[...] toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público.” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.55).

nota-se que, além da destinação coletiva, inclui-se, entre os elementos inerentes a tal conceito, os seguintes: ser prestado, direta ou indiretamente, pela Administração Pública; ser prestado sob o regime predominante ou exclusivamente público; oferecer alguma utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados. O que se nota é que, mesmo diante dos conceitos mais restritivos, a atividade judiciária não poderia ser excluída do rol dos serviços públicos. Segue-se com a argumentação.

Conforme se afirmou alhures, a atividade administrativa é inerente a todos os Poderes e, por isso, deve ser considerada ou como uma atividade típica de cada um deles ou como uma atividade comum a todos eles. Soma-se a isso o fato de que todos os Poderes também exercem atribuições consideradas, por muitos, como típicas de Poderes estatais diversos, a exemplo da edição de Medida Provisória pelo Presidente da República (função legislativa, comumente relacionada com o Poder Legislativo); a elaboração de Regimentos Internos pelos Tribunais (outro exemplo de função legislativa); e o julgamento do Presidente, pelo Senado, nos crimes de responsabilidade (função jurisdicional comumente relacionada com o Poder Judiciário).

Todos os Poderes exercem funções legislativas, judiciárias e executivas (administrativas). Isto também se aplica ao Poder Judiciário, ainda mais quando se encara a atividade judiciária como gênero de que faz parte a atividade jurisdicional. Admitindo-se tal afirmação como verdadeira, torna-se inevitável chegar à conclusão de que é contraditório sustentar a existência de atividades típicas. Tal constatação se torna ainda mais clara quando se analisa os argumentos daqueles que defendem que existe somente um Poder, soberano, manifestado por diversas funções exercidas por diferentes órgãos.

Mesmo que se ignore a pertinência dos argumentos dispostos nos dois parágrafos anteriores e se continue a defender a atividade jurisdicional como típica do Poder Judiciário, há outro óbice lógico a ser superado por aqueles que assim acreditam. Não há um limite semântico preciso para identificar o conceito de “jurisdição” (atividade principal da Função Judiciária) e diferenciá-lo daquele comumente atribuído à “administração” (atividade predominante no Executivo).

A constatação da presença da lide como essencial a caracterização da jurisdição é um dos focos de divergência doutrinária. Outro ponto de divergência, que alimenta a chama

---

<sup>188</sup> “[...] toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestados pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009. p.664).

da discordância entre os autores quanto à essência conceitual da atividade jurisdicional, diz respeito à jurisdição voluntária. Muitos a consideram como atividade administrativa (administração da justiça). Acredita-se que a jurisdição, em muitos aspectos se assemelha a atividade administrativa, apesar de não se negar que há sensíveis diferenças, principalmente quanto a sua aptidão a formar a coisa julgada. Mas, conforme se acredita aqui, a jurisdição voluntária, diante de tudo que fora escrito até agora, estaria mais próxima do conceito de atividade administrativa do que jurisdição.

Como dito acima, alguns autores<sup>189</sup> afirmam que serviço público somente pode ser prestado pela Administração Pública. Mais uma vez se percebe uma imprecisão doutrinária quanto ao conceito desta. Conforme mencionado alhures, alguns a concebem objetivamente, outros, subjetivamente. No enfoque objetivo, geralmente se identifica como centro semântico da Administração Pública o exercício da função administrativa. Como demonstrado, a função administrativa é exercida, indistintamente, por todos os órgãos componentes do Estado brasileiro, inclusive pelo Judiciário. Destarte, fácil é notar que o Poder Judiciário pode ser inserido no conceito objetivo de Administração Pública, principalmente por exercer atividade de administração (gestão) da justiça. Tal opção ampliativa do conceito de Administração Pública apresenta grandes vantagens, como a submissão do Poder Judiciário ao conteúdo principiológico descrito no *caput*<sup>190</sup> e § 6º<sup>191</sup> do art. 37 da Constituição Federal.

Na ótica subjetiva, é destacado pela doutrina a qualidade (importância<sup>192</sup>) dos órgãos responsáveis pelo exercício das funções administrativas, o que, via de regra, aponta para similitude entre Administração Pública e Poder Executivo. Aqueles que admitem como unicamente possível a análise subjetiva da Administração Pública, incorrem neste erro.

Após tantas afirmações, proveitoso é resumir os argumentos pró-inclusão da atividade judiciária no rol dos serviços públicos, apresentando suas respectivas conseqüências lógicas:

1) Não existe uma efetiva separação de Poderes no Brasil, mas sim uma subdivisão do Poder uno, titularizado pelo Estado, entre entidades personificadas e despersonificadas

---

<sup>189</sup> Pode-se exemplificar Maria Sylvia Zanella Di Pietro, como se nota de seu conceito apresentado na nota de rodapé 167.

<sup>190</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

<sup>191</sup> Art. 37 [...] § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

<sup>192</sup> Considerados como órgãos centrais do Estado brasileiro, que manifestam a soberania estatal em suas atividades, realizadoras dos principais fins estabelecidos na Constituição federal.

(órgãos) – tal afirmação aponta para a necessidade de considerar os Poderes de forma unitária, unidos sob uma nomenclatura única “Administração Pública”, distinguindo-os, principalmente (ou até exclusivamente) quanto à especificidade de suas atividades;

2) Não há que se falar em atividade típicas de um Poder ou de outro, já que cada um deles exerce uma pluralidade de atribuições legislativas, executivas (administrativas) e judiciárias – fortifica-se o argumento de unidade do Poder estatal e da necessidade de se adotar denominação e tratamento únicos para as entidades centrais de cada ente federativo brasileiro;

3) A concepção da jurisdição e sua diferenciação da atividade administrativa não é concorde na doutrina, principalmente quando se analisa a caracterização da jurisdição voluntária – tal controvérsia aponta para a necessidade de se admitir que existe uma proximidade entre muitas atividades exercidas pelo Poder Judiciário e as atividades administrativas, todas nomeadas genericamente atividade judiciárias;

4) A indissociável relação entre Estado e serviço público, afirmada por alguns autores, e a imprecisão conceitual deste último instituto são notáveis – implicam admitir que todo aquele que age em nome do Estado, servindo aos seus fins, exerce serviço público, ainda mais se se considerar que não há separação de Poderes nem funções típicas (exclusivas) de cada um deles individualmente;

5) São elementos comuns aos conceitos de serviço público a prestação, direta ou indiretamente, pela Administração Pública; ser prestado sob o regime predominante ou exclusivamente público; oferecer alguma utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados – O Poder Judiciário, detentor do monopólio da atividade judiciária (incluindo a jurisdicional), é parte da Administração Pública em seu sentido objetivo, submetendo-se aos mesmos princípios e regras descritas no art. 37 da CF; a atividade estatal é prestada sob regime exclusivamente público, principalmente por ser monopolizada pelo Estado; oferece uma utilidade, fruível diretamente pelo cidadão que aciona o magistrado, que se traveste na resolução do conflito (jurisdição contenciosa) ou no cumprimento da lei perante situações desprovidas de litigiosidade (jurisdição voluntária).

6) Acresce-se a este contexto a existência de controvérsia sobre o enquadramento dos magistrados entre os agentes políticos, diferenciando-os dos outros agentes públicos – os magistrados, apesar de dotados de prerrogativas e garantias próprias e não obstante ocuparem cargos de extrema importância para manutenção da ordem e paz internas, exercem serviço público e são equiparados aos outros agentes públicos prestadores de atividades destinadas ao

atendimento de fim coletivo; tal conclusão é reforçada por todos os argumentos dispostos anteriormente.

Corroborando as conclusões aqui dispostas sobre a inclusão da atividade judiciária entre os serviços públicos assevera Juary C. Silva, defendendo, inclusive, uma possível responsabilização do Estado por tal espécie de serviço:

Efetivamente, aceito que o Estado, no desempenho da função jurisdicional, desenvolve um serviço público - o que temos por irrecusável e óbvio - depreende-se que o Estado-jurisdicção é tão responsável pelos seus atos lesivos, quanto o é, no respeitante aos seus, o Estado-Administração. Realmente, todo o serviço público implica a idéia de responsabilidade de quem o executa, em qualquer modalidade, em face da jurisdicização da atividade estatal e da submissão do Estado ao Direito, nos moldes do constitucionalismo subsequente à Revolução Francesa<sup>193</sup>.

O doutrinador Lair da Silva Loureiro Filho, faz alguns comentários sobre a diferenciação entre atos jurisdicionais e atos de administração, afirmando que são bem distintos. Não obstante isso, confirma o posicionamento defendido acima de que o Poder Judiciária prestaria serviço público, como se nota a partir da análise do trecho transcrito abaixo:

[...] soa razoável entender a atividade judiciária espécie do gênero serviço público em sentido amplo. Circunscrito à atividade estatal ressalvadas exceções definidas e disciplinadas por lei (como a arbitragem prevista pela Lei 9.307/1996) poucas atribuições do Estado apresentam feição tão estatal como a prestação jurisdicional. Ao lado do fisco, da diplomacia, da atividade legiferante e da segurança, o Judiciário não só presta serviço inegavelmente público mas essencial, eminente e exclusivamente público e político.<sup>194</sup>

Corroborando tal pensamento, acrescentando algumas palavras ao contexto da responsabilização estatal, o autor Edmir Netto de Araújo:

os atos do Poder Judiciário, jurisdicionais ou administrativos, são atos das pessoas físicas que exercem o serviço público judiciário, em nome do Estado: portanto, empenham, se danosos, a responsabilidade da pessoa jurídica (Estado) que representam<sup>195</sup>.

O mesmo autor acrescenta dizendo: "também ocasiona essa responsabilidade a omissão ou demora do serviço judiciário, não individualizado o responsável pelo dano"<sup>196</sup>. Trata-se de hipótese de responsabilidade do Estado por uma prestação jurisdicional

<sup>193</sup> SILVA, Juary C. *A responsabilidade do estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder*. São Paulo: Saraiva, 1985. p 119.

<sup>194</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.88-89.

<sup>195</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.181.

<sup>196</sup> *Idem. Ibidem*, p.181

defeituosa, por uma não prestação ou por uma prestação intempestiva, logo ineficaz e ineficiente diante dos fins a que se destina. Apesar de não ser o centro do trabalho, a admissão da possibilidade de responsabilização do Estado por uma prestação de serviço judiciário defeituosa reforça a idéia de unificação do tratamento (sob o nome Administração Pública) das Funções estatais e enquadramento da atividade judiciária entre os serviços públicos.

Acresce-se ao cenário aqui construído o fato de que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em seu site oficial, chama a atividade judiciária de serviço público<sup>197</sup>. Neste mesmo local apresenta suas diretrizes e missão, relacionada com o aperfeiçoamento das atividades exercidas pelo Poder Judiciário.

Parece não haver argumentos que derrubem a afirmação da atividade judicativa como uma das espécies de serviço público exercido pelo Estado. E, ademais, não há qualquer demérito em se admitir isso. Em verdade, só há vantagens, como será demonstrado no tópico a seguir.

### 3.3.1 Importância do enquadramento no gênero “serviço público”

Fora argumentado, alguns tópicos acima, que não há efetiva separação de Poderes, mas sim uma distribuição do Poder estatal (uno e soberano) entre os diversos órgãos integrantes do Estado brasileiro: Executivos, Judiciários e Legislativos. Também fora objeto de análise o possível enquadramento do Poder Judiciário no conceito de Administração Pública pelo exercício de atividades nitidamente administrativas e pela imprecisão quanto à diferenciação entre a jurisdição e administração. Ademais, fora mencionado que há doutrinadores, como um dos fundadores da Escola de Serviço Público francesa (León Duguit), que defendem uma relação intrínseca entre a noção de Estado e serviço público. Soma-se ainda a este contexto a imprecisão conceitual deste último instituto jurídico, o que permite o enquadramento da atividade judiciária entre as espécies de serviço público.

Mas é normal surgir o questionamento do leitor quanto à necessidade de se considerar a atividade judiciária como espécie de serviço público. A resposta a esta indagação é simples: reconhecendo este enquadramento, é possível submeter à atividade judiciária (no

---

<sup>197</sup> “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em Brasília-DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça.” (Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.)

seu conteúdo administrativo, não no conteúdo decisório) a um detalhado controle de qualidade (com critérios e condições próprias), imposto, pelos mais diversos institutos jurídicos, aos serviços públicos como tradicionalmente concebidos. Além desses critérios, somam-se aqueles já impostos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ao estabelecer metas a serem cumpridas pelo Poder Judiciário. Quanto maior o número de mecanismos tendentes a otimizar o serviço judiciário, melhor ele será prestado.

Por muito tempo se resistiu em admitir a possibilidade de controle de qualidade da atividade judiciária, mesmo que em sua gestão administrativa. Tal receio se fundava no desejo de manter intocável a independência dos magistrados em sua atividade de resolução de conflitos e de controle de legalidade e de constitucionalidade exercido sobre os outros Poderes. Sob tal pretexto, buscou-se afastar da atividade judicante toda e qualquer interferência externa. Alguns exemplos de interferências permitidas pela Constituição Federal (antes do advento da EC n.º 45 e da conseqüente criação do CNJ) podem ser apresentadas: a nomeação pelos Chefes do Executivo, com a participação do Legislativo, de Ministros integrantes do STJ e STF e de Tribunais Superiores<sup>198</sup> (e outros magistrados<sup>199</sup>); controle exercido pelo Legislativo e Executivo sobre atividades do Judiciário quanto a orçamento<sup>200</sup> e a mudanças no serviço judiciário<sup>201</sup>, etc. Tais interferências são extremamente conservadoras, sendo que pouco intervêm diretamente na forma de implementação da atividade administrativo-judiciária.

Alguns argumentos foram criados e corroborados, reciprocamente, pela doutrina e jurisprudência, para sustentação da impossibilidade de ampliação do controle do Poder Judiciário pelos outros Poderes ou pelos cidadãos. Dois deles são: a afirmação dos magistrados como agentes políticos – dotados de independência funcional e orgânica absoluta, regulamentação legal e privilégios próprios, além de não submetidos à hierarquia; e a irresponsabilidade do Estado por prejuízos decorrentes da atividade judiciária (salvo erro

---

<sup>198</sup> Conforme previsão do art. 84, XIV da CF: “Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei; [...]”

<sup>199</sup> Conforme previsto no art. 84, XVI da CF: Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XVI - nomear os magistrados, nos casos previstos nesta Constituição, e o Advogado-Geral da União;

<sup>200</sup> Conforme previsto no art. Art. 99 da CF: “Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira. §1º - Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias.”

<sup>201</sup> Conforme está escrito no art. 96 da CF: “Compete privativamente: [...] II - ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao Poder Legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169: a) a alteração do número de membros dos tribunais inferiores; b) a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores, onde houver; c) a criação ou extinção dos tribunais inferiores; d) a alteração da organização e da divisão judiciárias;



judiciário, que é extremamente restritivo). Mas, como se argumenta em diversos pontos deste trabalho, tais afirmações, mesmo que consideradas como pertinentes (o que não é o caso), não afastam a necessidade (e conveniência) de ampliação do controle da atividade judiciária enquanto espécie de serviço público que é.

Tal receio de preservação da independência do Judiciário trouxe algumas conseqüências, que podem ser analisadas nos seus pontos positivos e nos negativos. O que se pode apontar como conseqüência negativa deste receio foi a atribuição do poder de administrar/gerir a atividade judiciária (além do exercício da jurisdição) quase totalmente aos magistrados, muitas vezes não dotados de conhecimentos técnicos de administração bastantes para exercitar tal atividade gerencial de forma otimizada. Sobre o assunto emite uma opinião, bastante pertinente, Antonio Ernani Pedrosa Calhao:

No que concerne ao Poder Judiciário brasileiro, o núcleo irradiador da autonomia administrativa-financeira está contido nos arts. 2º, 96 e 99 da Constituição Federal, combinado com os arts. 21 e 102 da Lei Complementar 35/79 (Loman). Nesses dispositivos, está desenhado um modelo administrativo centrado nos tribunais, como instâncias gerenciais que dispõem de competência para escolher, dentre seus pares, seus dirigentes, com mandatos bienais. Como decorrência lógica dessa autonomia encontra-se, também, a prerrogativa para a organização de secretarias, serviços auxiliares e juízos que, historicamente, desenvolveram um modelo burocrático de inspiração *weberiana* com hierarquia escalonar extremamente rígida, o que resultou em problemas que se tornaram crônicos ao longo da história.<sup>202</sup>

Tal deficiência gerencial agrava alguns outros problemas vivenciados pelo Poder Judiciário, a exemplo da sobrecarga suportada pelos mesmos agentes judicantes devido ao acúmulo de funções processuais *strito sensu*<sup>203</sup> com funções administrativas e de gestão.

Sob o ponto de vista positivo, pode-se analisar a incansável tentativa dos doutrinadores e magistrados de afastar qualquer controle adicional de suas atividades como uma busca por garantir o maior grau de liberdade (funcional e de consciência) aos juízes em suas funções judicantes. Tal relação entre autonomia administrativa e independência do poder é demonstrada pelo Autor Marcello Caetano:

[...] a autonomia administrativa é manifestamente empregada nas leis para excluir a submissão da entidade autônoma aos deveres de hierarquia. Uma entidade autônoma administrativamente é aquela que possui poderes para

<sup>202</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedrosa. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.152-153.

<sup>203</sup> Aqui se utilizou esta expressão para englobar todos os atos ordinatórios, probatórios e decisórios a que está incumbido o magistrado no que tange ao andamento dos processos submetidos a sua apreciação.

tomar decisões executórias sem ter de acatar ordens superiores nem estar sujeita à superintendência, e à disciplina de outra entidade administrativa.<sup>204</sup>

O doutrinador José Adércio Leite Sampaio apresenta um conceito próprio de independência do Judiciário, também fazendo menção da competência administrativa titularizada pelo Judiciário:

Se somarmos elementos normativos e empíricos, podemos definir a independência do Judiciário como a condição, garantida pelas normas constitucionais e pelas práticas políticas, de os órgãos do Judiciário tomarem suas decisões administrativas e jurisdicionais com base em suas convicções do que é devido, segundo o sistema de fontes do direito constitucionalmente estabelecido, sem receio das conseqüências ou represálias advindas dos outros poderes, políticos ou sociais.<sup>205</sup>

Reconhece-se o valor dos esforços para preservar a independência do Judiciário. Mas é preciso saber quais são as formas mais adequadas de manter a liberdade dos agentes judicantes e quais são as conseqüências de se ignorar a necessidade de melhorar a gestão dos serviços judiciários para atendimento de seus fins primordiais: manutenção da paz, da ordem, dos direitos (individuais e coletivos) e da segurança jurídica. Quanto menos adequada/eficiente/eficaz<sup>206</sup> se mostra a prestação jurisdicional, menor é o grau de confiabilidade depositado nela pela população. É importante saber que existe uma diferença entre independência funcional (juiz no julgamento de suas lides) e independência organizacional (juiz gerindo e administrando seus processos e o serviço de seus auxiliares). Somente a segunda é restringível e controlável, sob pena de se ferir irremediavelmente o Estado Democrático de Direito.

A criação do Conselho Nacional de Justiça, mesmo que nos moldes atuais<sup>207</sup>, foi um grande passo na superação de dois “pré-conceitos”: de não se admitir a possibilidade de ampliação do controle da qualidade do serviço judiciário prestado à população; e de identificar que há incompatibilidade entre a independência dos magistrados (em suas funções decisórias) e o controle das atividades administrativas do Poder Judiciário como um todo. É sim, desejável, como se pretende aqui comprovar, que haja um controle de qualidade das

---

<sup>204</sup> CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003, p.70.

<sup>205</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p.04.

<sup>206</sup> Expressões aqui utilizadas no sentido mais amplo, englobando tudo aquilo que é necessário para que torne a atividade judiciária mais merecedora dos créditos e poderes conferidos pela Constituição Federal e pelo povo.

<sup>207</sup> Fez-se esta ressalva quanto à criação do CNJ pelo fato de que, a própria opção do legislador constitucional pela inclusão deste órgão entre os integrantes do Poder Judiciário, já demonstra a força do receio de muitos sobre a admissão de controle externo das atividades judiciárias, mesmo que sobre suas atividades puramente administrativas.

atividades administrativo-judiciárias e que se reconheça que a admissão de tais afirmações não afeta, em nada, a independência funcional dos magistrados no seu *mister* judicante.

Neste ponto que a adoção do serviço judiciário como espécie de serviço público mostra-se útil aos fins deste trabalho. Não são poucos os livros, jurisprudências e legislações que já versaram a respeito dos mais diversos critérios de adequação de serviços públicos em geral. Muitos deles podem ser úteis no estabelecimento de uma atividade judiciária mais bem gerida e, portanto, mais adequada. Mas tal assunto será tratado em momento oportuno neste trabalho.

Com a criação do Conselho Nacional de Justiça rompeu-se o preconceito de se admitir um controle de qualidade da atividade judiciária, principalmente das atividades relacionadas com a administração da justiça<sup>208</sup>. Mas isso não é suficiente. É necessário trazer, para este cenário, alguns outros critérios (geralmente impostos para outras espécies de serviços públicos), compatibilizando-os segundo as peculiaridades inerentes à atividade judiciária.

Demonstrou-se que não há qualquer inconveniente na afirmação da atividade judiciária como espécie de serviço público, principalmente pelos argumentos já elencados alhures – não efetiva separação de Poderes, não existência de atividades exclusivas de um dado Poder; a amplitude do conceito de serviço público e de Administração Pública, podendo englobar os serviços prestados pelo Poder Judiciário; a clareza da constatação de que os magistrados exercem atividades de gestão, administrativas, gerenciais; e a confusão quanto ao núcleo conceitual do conceito de jurisdição, causando divergência, inclusive, quanto à inserção da jurisdição voluntária entre as atividades jurisdicionais ou de administração da justiça. Tais considerações se não apontam para o total acerto da opção de chamar a atividade judiciária de serviço público, indicam, pelo menos, que não há qualquer demérito (defende-se aqui que só há vantagens) em se aceitar tal afirmação.

Destarte, é necessário que se considere a atividade administrativo-judiciária, *mutatis mutandis*, como submetida aos diversos critérios impostos aos serviços públicos em geral. Ademais, é preciso que faça uma opção entre duas situações: se rompa o ciclo vicioso de atribuir, somente a magistrados (de forma periódica, transitória e não técnica<sup>209</sup>), a função de

---

<sup>208</sup> A expressão “administração da justiça” é aqui adotada como identificadora de todas as atividades de gestão, administração (ou seja, não propriamente jurisdicionais) distribuídas entre todos os órgãos e agentes integrantes do Poder Judiciário.

<sup>209</sup> Quando se usa, neste trecho, o adjetivo “periódico e transitório” refere-se ao mandato de 02 (dois) anos em o qual os Presidentes de Tribunais exercem suas funções de direção da atividade judiciária, juntamente com seus pares, do seu respectivo órgão e da justiça a ele vinculado. Também, quando se transcreveu a expressão “não técnica”, referiu-se a deficitária formação dos magistrados em matérias relacionadas com atividades de gestão e

gerir e qualificar as atividades administrativas do Poder Judiciário, atribuindo-as a terceiros capacitados para tal; ou que se capacite o magistrado para gerir o órgão de que faz parte, gerencie suas atribuições jurisdicionais ou coordene seus auxiliares, sem submetê-lo, com isso, a uma sobrecarga de trabalho. Independente da situação a qual se atribui o maior grau de pertinência e aceitabilidade, apresenta-se como de extrema importância considerar a existência de um serviço público judiciário e a possível compatibilização dos critérios de adequação impostos a todos os serviços em geral. Adiciona-se a este cenário a afirmação de que existem mais legislações e mais doutrina que escreveram sobre a qualidade de serviços públicos do que aquelas que versam sobre uma atividade judiciária de qualidade.

### 3.4 DEVER DE PRESTAÇÃO ADEQUADA DE SERVIÇO PÚBLICO

A Constituição federal, em seu art. 175, que “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Complementa o parágrafo único deste mesmo artigo, em seu inc. IV, que a lei disporá sobre “a obrigação de manter serviço adequado”. Enfatizando ainda mais tal exigência, prescreve o art. 6º da Lei nº 8.987/1995 que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”. Os parágrafos deste instituto legal ainda acrescentam que serviço adequado é aquele que “satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”.

A partir destes institutos, é possível sustentar a existência de um dever do Estado de prestar serviços de forma adequada. O art. 31 da Lei 8.987/95 confirma tal realidade.<sup>210</sup> Como face de uma mesma moeda, parece claro notar a existência de um direito, do usuário, a um exercício adequado do serviço público. Com relação a este direito, menciona, explicitamente, o artigo art. 7º da Lei nº 8.987/1995 que “[...] são direitos [...] dos usuários [...] receber serviço adequado [...]”<sup>211</sup>. Este mesmo artigo faz uma ressalva quanto à possível cumulação

---

administração, o que dificulta o alcance de uma melhor qualidade do serviço judiciário, principalmente no que tange a suas atividades não jurisdicionais.

<sup>210</sup> Ver inteiro teor do artigo recortado da Lei 8.987/95: “Art. 31 - Incumbe à concessionária: I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato.”

<sup>211</sup> Ver inteiro teor do artigo recortado da Lei 8.987/95: “art. 7º - Sem prejuízo do disposto na Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; [...] IV- levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;”

da aplicabilidade desta lei com o previsto na Lei 8.078/90 no que tange a tal espécie de direito. Outros artigos desta lei, a exemplo do art. 6º, versam a respeito do dever do estar de manter uma prestação adequada de seus serviços.

Alguns artigos da Constituição Federal também reforçam a existência deste dever, a exemplo do descrito no art. 5º, inc. XXIII, XXXII a XXXIV, XLI, LIII a LVI, LXXIII, LXXV, LXXVIII, art. 37, *caput*, § 6º, § 8º *caput* e inc. II, art. 39, § 2º e §7º, art. 74, *caput* e incisos I e II, art. 144, § 7º, art. 218, § 3º e 4º, etc. A Lei 8.078/90 versa também, em alguns de seus artigos, a respeito do dever de adequação dos serviços, públicos ou privados, e do direito dele decorrente, quais sejam: art. 4º *caput* e incisos (principalmente o inc. VII que fala sobre a necessária melhoria do serviço público), art. 6º *caput* e incisos (principalmente o inc. X que fala sobre o direito a uma adequada e eficaz prestação de serviço público em geral), art. 14, art. 22 (este é o principal artigo sobre o assunto), art. 23, *caput*, art. 24, *caput*, art. 39, inc. VIII, art. 76, IV, “a”, art. 107, *caput*.

A doutrina também discorre a respeito da pertinência em se considerar o Estado como devedor de um exercício de atividades públicas com eficiência, eficácia, segurança, moralidade, legalidade, entre outros critérios. A própria jurisprudência<sup>212</sup> corrobora tal posicionamento, decidindo pelo necessário enquadramento de alguns serviços nos parâmetros de qualidade impostos pela lei e pela doutrina majoritária.

Tais assuntos serão tratados de forma mais pormenorizada alguns tópicos a seguir. O que se pretendeu aqui, neste tópico, foi demonstrar a existência de um dever estatal de prestar, adequadamente, seus serviços públicos em geral. Quanto à submissão da atividade judiciária a estas mesmas exigências e sobre os peculiares critérios impostos a ela, versar-se-á alguns tópicos a seguir.

### 3.5 POSSÍVEIS JUSTIFICATIVAS PARA UMA PRESTAÇÃO INADEQUADA

É sabido que o Estado, desde que passou a ter a obrigação de garantir o exercício de direitos (individuais, coletivos, difusos), tornou-se devedor da prestação de atividades tendentes a possibilitar o exercício destes pelos seus cidadãos. A atuação estatal deixou de ser negativa, meramente absentista, para se tornar positiva, ativa, interventiva. Os serviços

---

<sup>212</sup> Tal jurisprudência será apresentada de forma mais aprofundada no tópico que versa sobre os critérios de adequação do serviço público.

públicos, em geral, surgiram como meio, por excelência, de o Poder Público proporcionar condições aos indivíduos para satisfazer suas necessidades reconhecidas na lei.

Com tal atuação positiva do Estado, ocorreu uma sobrecarga dos órgãos e entidades públicas. A principal causa disso foi o crescimento, em progressão quase geométrica, da quantidade de deveres e obrigações que assumiram no decorrer dos anos sob o império do Estado Democrático de Direito. Inevitável foi haver o inchaço da máquina pública, com mais servidores, mais atribuições e mais gastos.

Novos serviços foram surgindo de forma proporcional à diversificação dos direitos positivados. Apesar do crescimento em quantidade de serviços estatais, nem sempre eram acompanhados da imprescindível qualidade. Diferentes relações jurídicas foram mantidas entre cidadão e Estado, nem sempre (ou quase nunca) favoráveis aos primeiros. A atividade estatal nem sempre era adequada aos padrões de qualidade exigíveis pragmática, legal e principiologicamente, o que suscitou conflitos. Os danos causados precisavam ser reparados ou compensados. A estrutura estatal se tornou tão complexa e onerosa que inúmeras teorias passaram a surgir para regular sua responsabilização. Na mesma medida, muitos argumentos foram criados pelos doutrinadores para eximir o Poder Público de arcar com todo e qualquer prejuízo decorrente de suas atividades e justificar uma prestação de serviço defeituosa.

É neste cenário, brevemente relatado aqui, que se faz um estudo sobre as justificativas, apontadas pelos Entes estatais, para motivar uma prestação inadequada de serviço público, incluindo o judiciário. Serão analisados todos principalmente quanto aos limites que devem ser respeitados para sua aceitação enquanto justificadores de uma prestação de serviço público inadequada e como excludentes da responsabilidade estatal.

### **3.5.1 Reserva do possível**

Parece claro concluir que a escassez de recursos financeiros é uma realidade nacional, senão universal. Por mais que a estrutura estatal esteja aparelhada, dificilmente ela irá conseguir atender a toda a demanda social existente em uma dada sociedade. Esta limitação talvez nunca tenha fim, ainda mais quando se verifica que ela é agravada pela corrupção de agentes estatais, algo que acontece no Brasil.

Sabe-se que para haver o atendimento dos direitos dos cidadãos e o cumprimento dos deveres estatais para com estes, é necessário que haja disponibilidade financeira. Quanto maior o nível de atendimento das regras constitucionais, maior deverá ser a dotação

orçamentária correspondente para a realização das atividades socializantes. O Pacto de *San José da Costa Rica*, promulgado no Brasil por intermédio do Decreto 678/92, estabelece, em seu artigo 26, a obrigação do Estado de progressivamente atender os direitos fundamentais na medida dos recursos disponíveis, o que remete a idéia de reserva do possível.<sup>213</sup>

A dificuldade de suprir as carências sociais é grande, mas tal óbice, em algumas situações, não pode ser utilizado como fundamento (absoluto) para a não garantia de um mínimo de condições de vida digna para os cidadãos. Circunstância comum, hodiernamente, é o desaguamento de um sem número de ações nas mãos de Magistrados, buscando efetivação de direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal e em outras legislações pátrias. A atividade do Poder Judiciário passa a exercer papel de extrema relevância na busca de impor, ao Estado, o cumprimento dos seus deveres legalmente estatuídos.

Neste cenário, surge o princípio ou teoria da “reserva do possível”, erigida na Alemanha. Tal teoria fora originada a partir de discussões mantidas num processo que fora proposto perante a Corte Constitucional Federal Alemã. Em uma de suas decisões paradigmáticas<sup>214</sup>, sustentou-se que o atendimento dos direitos sociais legalmente reconhecidos estaria condicionado a existência de recursos financeiros, sendo que somente devem ser atendidas as pretensões razoáveis, dentro dos limites institucionais e econômicos vivenciados pelo Poder Público.

Sobre esta decisão e sobre este assunto comenta o autor Sérgio de Oliveira Netto:

A teoria do alcunhado princípio da reserva do possível, é cediço, tem como berço as decisões proferidas pela Corte Constitucional Federal da Alemanha. Pelas quais se sustentou que as limitações de ordem econômica podem comprometer sobremaneira a plena implementação dos ditos direitos sociais. Ficando a satisfação destes direitos, assim, na pendência da existência de condições materiais – especialmente econômicas – que permitam sua atendibilidade. Assim é que, a origem remota deste posicionamento pode ser encontrada no julgamento do famoso caso ocorrido na Nação Germânica (BverfGE n.º 33, S. 333). No qual uma ação judicial então proposta, visava obter uma decisão que permitisse a certo estudante cursar o ensino superior público. Embasado na garantia prevista pela Lei Federal alemã de livre escolha de trabalho, ofício ou profissão. Tendo em vista que não havia

---

<sup>213</sup> Eis os termos do sobredito artigo: “Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

<sup>214</sup> BverfGE: coletânea das decisões do Tribunal Constitucional Federal, n.º 33, S. 333.

disponibilidade de vagas em número suficiente para todos os interessados em frequentar as academias públicas.<sup>215</sup>

Complementa o mesmo autor:

Neste *leading case*, conforme relatam os anais de repertório de jurisprudência, restou estabelecido que somente se pode exigir do Estado o atendimento de um interesse, ou a execução de uma prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites da razoabilidade. Salientando ainda a Suprema Corte Germânica que, os intitulados direitos sociais (que, de regra, exigem uma prestação positiva – de fazer – por parte do Poder Público) 'estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade'. O que inviabilizaria que fossem requeridas providências do Estado acima de um patamar logicamente razoável de exigências sociais. Razão pela qual, destarte, acabou por rechaçar a dialética de que o Poder Público estaria obrigado a disponibilizar um número ilimitado de vagas, para acolher todos os interessados em ingressar nas universidades públicas.<sup>216</sup>

No supramencionado caso judicial, discutiu-se um pedido formulado por um estudante que pleiteava ingressar no ensino superior público independentemente da indisponibilidade de vagas. Desconsiderando qualquer critério de razoabilidade, ele desejava que fosse extrapolado o número de vagas, possibilitando o seu ingresso no estudo universitário gratuito. Como se nota, tal pretensão foi indeferida por não ser razoável exigir, do Estado, a assunção de tamanha obrigação diante de sua capacidade prestacional.

Parece claro que fora estabelecida a regra de que somente se pode exigir do Poder Público o atendimento de um interesse ou pretensão quando dotados de razoabilidade. Nestes contornos, surge a idéia da “reserva do possível”. De acordo com esta teoria, não basta que a legislação confira alguma prerrogativa aos membros da sociedade; é imprescindível que existam recursos materiais capazes de viabilizar a sua implementação efetiva, devendo ser atendidas todas aquelas pretensões qualificadas como razoáveis.

Corroborando tal afirmação, afirma Andréas Joachim Krell que “[...] estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade.”<sup>217</sup> O princípio da reserva do possível, como aparenta ser evidente, não versa apenas a respeito da incapacidade do Estado para suprir todos os direitos previstos na lei e para atender as pretensões formuladas, em juízo, pelos seus cidadãos. Diz respeito, também, a

---

<sup>215</sup> NETTO, Sérgio de Oliveira. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em: 20 fev. 2010.

<sup>216</sup> NETTO, Sérgio de Oliveira. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em: 20 fev. 2010.

<sup>217</sup> KRELL, Andréas Joachim. Controle judicial dos serviços públicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p.41.



imprescindível presença de razoabilidade quanto ao que seria o menor grau de efetivação de direitos exigível do Estado e quanto ao cabimento de pedidos formulados judicialmente a serem atendidos face às diversas carências financeiras estatais.

Um dos grandes problemas enfrentado pelos juristas, nesta questão, é precisar o que seria uma pretensão razoável. O próprio conceito de razoabilidade não é perfeitamente delimitado, o que dá margem a interpretações divergentes. Isto acontece principalmente pelo fato de se discutir razoabilidade (e/ou proporcionalidade) quando há uma pequena margem de certeza quanto aos limites de um direito ou de atuação do particular ou da Administração. Com relação a esta última, há uma majorada liberdade de escolha quando está realizando um ato discricionário. Sobre a razoabilidade na atuação pública, versa Agustín Gordillo:

*La decisión “discrecional” del funcionario será ilegítima, a pesar de no transgredir ninguna norma concreta y expresa, si es “irrazonable,” lo cual puede ocurrir fundamentalmente cuando: a) no de los fundamentos de hecho o de derecho que la sustentan, o b) no tenga en cuenta los hechos acreditados em el expediente, o públicos y notorios; o se funde en hecho o pruebas inexistentes; o c) no guarde una proporción adecuada entre los medios que emplea y el fin que la ley desea lograr, o sea, que se trate de una medida desproporcionada, excesiva en relación de aquella causa o motivo.*<sup>218</sup>

O autor José dos Santos Carvalho Filho formula um conceito que é aplicável tanto no âmbito privado, quanto no público:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro dos limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos *standards* de aceitabilidade.<sup>219</sup>

Adiciona-se a esta imprecisão conceitual, a incerteza sobre ao conteúdo de alguns direitos positivados no ordenamento nacional<sup>220</sup>. A abertura conferida pela abstração do conceito de razoabilidade somada à imprecisão do conteúdo destes direitos confere um alto

<sup>218</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, 1, tomo: Parte general. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p.X-21.

<sup>219</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.36.

<sup>220</sup> Um exemplo paradigmático pode ser citado aqui: o direito à saúde. O conteúdo deste direito é só aparentemente preciso. Na prática – principalmente diante de algumas demandas apresentadas ao Poder judiciário – seus limites se tornam bem imprecisos. É razoável defender-se que o direito à saúde englobe o direito de todos ser submetido, as expensas do Estado, a tratamento experimental excessivamente dispendioso, mesmo que os custos impossibilitem a realização de políticas públicas relacionadas a prevenção de diversas doenças? A resposta que parece ser mais acertada é “não”. Analisando este exemplo, nota-se o grau de incerteza quanto ao verdadeiro conteúdo de alguns direitos e quanto a real existência, *in abstracto*, de um mínimo existencial.

grau de discricionariedade ao Poder Público no momento de estabelecer suas prioridades nos gastos públicos. Neste particular, até mesmo o controle exercido pelo Poder Judiciário é dificultado, pois predomina a idéia de não possibilidade de controle judicial de atividades discricionárias (exceto quanto a sua legalidade). A doutrina corrobora tal posicionamento, a exemplo de Hartmut Maurer, que perfeitamente escreve sobre o assunto tratado neste parágrafo:

A vinculação à lei da administração pode [...] ser estreita; mas ela também pode ser frouxa, enquanto à administração, por concessão de poder discricionário, permanece um espaço de atuação ou, por determinação de conceitos jurídicos indeterminados, é admitido um espaço de apreciação [...]. O afrouxamento da vinculação à lei afrouxa também o controle judicial administrativo, uma vez que os tribunais administrativos somente podem revisar *juridicidade* da atuação administrativa. À medida que compete à administração um espaço de poder discricionário ou de apreciação, *ela* tem o direito à “última decisão”.<sup>221</sup>

O poder discricionário é conceituado pelo mesmo doutrinador da seguinte forma:

O poder discricionário concerne ao lado da consequência jurídica de uma regulação. Ele está então dado, quando a administração, na realização de um tipo legal, pode escolher entre modos de conduta distintos. A lei não liga ao tipo uma consequência jurídica (como na administração legalmente vinculada), mas autoriza a administração para ela própria determinar a consequência jurídica, em que ou lhe são oferecidas duas ou mais possibilidades ou lhe é destinado um certo âmbito de atuação. O poder discricionário pode-se relacionar a isto, *se* a administração, no fundo, deve intervir e tornar-se ativa (poder discricionário de resolução) ou a isto, *qual* das medidas possíveis e admissíveis no caso concreto deve ser tomada (poder discricionário de seleção).<sup>222</sup>

Diante do posicionamento do sobredito autor quanto ao controle judicial de atividades discricionárias, relevantes são os comentários são feitos por Celso Antonio Bandeira de Mello:

Exposta a significação da discricionariedade administrativa, sem nada lhe sonegar a verdadeira densidade e consistência lógica, percebe-se que se trata, necessária e inexoravelmente, de um poder demarcado, limitado, posto que à falta delas perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia inculcar o caráter de comportamento “intralegal”. Ademais, cumpre reconhecer, ainda imperativo racional, que há meios de se determinar sua extensão. Caso contrário os ditames legais que postulam discricionária administrativa, desenhando-lhe o perfil, perderiam qualquer sentido e seriam palavras ocas, valores nulos, expressões sem conteúdo ou,

<sup>221</sup> MAURER, Hartmut. Trad. Luis Afonso Heck. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p.142.

<sup>222</sup> *Idem. Ibidem*, p.143.

mais radicalmente, atestados flagrantes de inconseqüência do próprio Estado de Direito.<sup>223</sup>

É perceptível que este cenário de incerteza e abertura proporciona à Administração Pública uma ampla liberdade de ação e de escolha quanto aos destinos dos orçamentos públicos. Ademais, abrem as portas para a alegação da “reserva do possível” como justificativa para a inadimplência estatal quanto ao cumprimento de suas obrigações constitucionais. Transpôs-se uma teoria alemã para a realidade brasileira sem que fossem respeitadas as suas características originais. Mas, imprescindível é notar que há sempre limites para atuação estatal, apontando para uma constante possibilidade (ou melhor, imprescindibilidade) de controle a ser realizado pelo Poder Judiciário.

Para perfeita compreensão das bases lógicas da teoria da reserva do possível é preciso que ela seja analisada considerando a idéia de razoabilidade. O caso concreto em o qual será aplicada esta teoria é que irá permitir a determinação de quais são os pleitos razoáveis. Dentro deste contexto, é necessário observar o seguinte: o quanto do “mínimo existencial” é garantido pelo Estado, para, então, se julgar como admissível (ou não) o uso do argumento da insuficiência orçamentária como justificativa do inadimplemento de demanda social ou jurídica; o quanto o Estado é eficiente na execução de seus serviços e no gasto do orçamento disponível (incluindo os atos tendentes a prevenir e coibir atuações corruptas dos agentes públicos).

A realidade sócio-política do Brasil em muito discrepa da visualizável na Alemanha, principalmente em termos de eficaz quanto ao cumprimento de deveres sociais e políticos impostos por suas legislações. O Brasil, um dos representantes dos países emergentes, está longe de vivenciar a mesma realidade. A desigualdade social é uma de suas principais características, sendo que também apresenta uma injusta distribuição de renda e conseqüente carência, da maior parte da população, de mínimas condições de sobrevivência digna.

Sobre o assunto afirma, com bastante acerto, Andreas Joachim Krell:

São os direitos sociais que mais têm suscitado controvérsias no que diz respeito a sua eficácia e efetividade, inclusive quanto à problemática da eficiência ou suficiência dos instrumentos jurídicos disponíveis para lhes outorgar a plena realização.<sup>224</sup>

Complementa o mesmo autor:

---

<sup>223</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.45.

<sup>224</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a.36, n.144, out./dez, 1999, p.239.

Constitui um paradoxo que o Brasil esteja entre os dez países com a maior economia do mundo e possua uma constituição extremamente avançada no que diz respeito aos direitos sociais, enquanto mais de 30 milhões de seus habitantes continuam vivendo abaixo da linha de pobreza ('indigência'). A maioria dessas pessoas não encontram um atendimento de qualidade mínima nos serviços públicos de saúde, de assistência social, vivem em condições precárias de habitação, alimentam-se mal ou passam fome.<sup>225</sup>

Neste cenário de grande miserabilidade, o que implica reconhecer um imensurável descompromisso estatal com os programas descritos nos primeiros artigos da Constituição Federal<sup>226</sup>, não há como ajustar a idéia de reserva do possível a parâmetros tão discrepantes, sem antes submetê-la a uma adaptação. Principalmente se se reconhece que há, geralmente, uma atuação ineficiente do Poder Público nacional, não uma insuficiência de recursos para proteção dos direitos conquistados até hoje. Isto é notório quando se analisa a arrecadação fiscal do Brasil. A carga tributária bruta brasileira alcançou, no ano de 2008, o percentual de 36,2% (trinta e seis vírgula dois por cento<sup>227</sup>). Tal situação piora ainda mais quando se conclui que a maior parcela de contribuição recai sobre aqueles que menores rendas dispõe, como demonstram os dados do IPEA<sup>228</sup> descritos abaixo:

Faixa de renda	Carga tributária 2004	Carga tributária 2008
até 2 mínimos	48,8%	53,9%
2 a 3 mínimos	38%	41,9%
3 a 5 mínimos	33,9%	37,4%
5 a 6 mínimos	32%	35,3%
6 a 8 mínimos	31,7%	35%
8 a 10 mínimos	31,7%	35%
10 a 15 mínimos	30,5%	33,7%

<sup>225</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.36, n.144, out./dez, 1999, p.239-240.

<sup>226</sup> "Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana; [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

<sup>227</sup> De acordo com os dados fornecidos pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), divulgados no dia 30/12/2009, a carga tributária bruta brasileira cresceu de 32,8% em 2004 para 36,2% em 2008, mas de forma diferente para cada parcela da população. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br>>. Acessado em: 09 jul. 2009.

<sup>228</sup> Dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acessado em: 09 jul. 2009.

15 a 20 mínimos	28,4%	31,3%
20 a 30 mínimos	28,7%	31,7%
+ de 30 mínimos	26,3%	29%
<b>Total</b>	<b>32,8%</b>	<b>36,2%</b>

Fonte: IPEA

A elevada carga tributária nacional aponta para uma aparente riqueza orçamentária no Estado brasileiro. Mas isso não implica o atendimento das maiores e mais importantes necessidades humanas no Brasil. O autor Gustavo Amaral, citando Cristovam Buarque, traz os seguintes escritos sobre o direito à saúde, denunciando, ainda mais, o tratamento desigual direcionado aos ricos em detrimento dos pobres no Brasil:

O Brasil tem padrões de Primeiro Mundo em todas as mazelas que atingem igualmente ricos e pobres, como é o caso da poliomielite e da AIDS; ou nos assuntos que beneficiam apenas os ricos, como a qualidade industrial, os aeroportos. Mas mantém-se entre os piores do mundo naquilo que pode ser limitado aos pobres, como a desnutrição, a educação, a saúde.<sup>229</sup>

É sabido que grande parcela da população não goza de um mínimo de condições para sua sobrevivência condigna. A inércia estatal, conforme mencionado acima, é visível. Ignorando toda a carência material vivenciada pelos cidadãos brasileiros (no que tange ao atendimento dos seus mínimos direitos individuais e fundamentais), o Poder Público afirma não ter capacidade de atuar, de forma positiva, na implementação de políticas socializantes.

Nesta realidade de desrespeito aos mais diversos direitos da população, que se aquilada a importância dos magistrados em seu *mister* jurisdicional. O processo judicial se tornou o último instrumento (ou última instância pública) para concretização de direitos. Apesar disso, a interferência do Poder Judiciário em determinadas atividades da Administração é encarada com reservas por alguns doutrinadores. Antes mais do que hoje, mas ainda há grande resistência em se admitir a análise judicial de mérito administrativo (inerente aos atos discricionários), peculiar na atividade de implementação de políticas públicas.

Sobre a impossibilidade de controle judicial de mérito administrativo motivador de determinados atos administrativos versa Alexandre Amorim Rocha:

A administração pública também está sujeita ao controle judicial – distinto dos controles interno e externo, mas inerente ao estado de direito. Esse

<sup>229</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.36-37.

controle é exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário por meio da função jurisdicional, visando a defender os administrados e manter a administração dentro das normas legais vigentes. O seu objeto são os atos administrativos praticados pelo Executivo, pelo Legislativo e pelo próprio Judiciário. Trata-se, portanto, de um controle da legalidade dos atos administrativos, abrangendo o exame de sua conformidade com a legislação, bem como os elementos fáticos e princípios gerais que o legitimaram. Na perspectiva do sistema de controle externo, o que, em tese, não seria permitido ao Poder Judiciário é o controle do mérito administrativo, ou seja, da conveniência, oportunidade e justiça dos atos de gestão: o mérito administrativo, relacionando-se com questões políticas e elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direito.<sup>230</sup>

A realidade administrativa nacional é caracterizada por apresentar inúmeras hipóteses em que o administrador pode agir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, como já mencionado alhures. Para aqueles que acreditam ser uma discricionariedade estatal a definição de prioridades públicas (incluindo destinação de orçamentos), a interferência do Poder Judiciário, nesta área, é considerada impossível ou difícil. Algumas decisões fazem reverberar tal posicionamento, como a descrita a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO N.º42.530.5/4, j. 11/11/1997. (TJSP, 2ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Alves Bevilacqua) Não há se admitir que um poder se imiscua em outro, invadindo esfera de sua atuação específica sob o pretexto da inafastabilidade do controle jurisdicional e o argumento do prevalecimento do bem maior da vida. O respectivo exercício não mostra amplitude bastante para suscitar ao Judiciário exame das programações, planejamento e atividades próprias do Executivo substituindo-o na política de escolha de prioridades na área de saúde, atribuindo-lhe encargos sem o conhecimento da existência de recursos para tanto suficientes. Em suma: juridicamente impossível impor-se, sob pena de lesão ao princípio constitucional da independência e harmonia dos poderes, obrigação de fazer, subordinada a critérios tipicamente administrativos, de oportunidade e conveniência, tal como já se decidiu.

Os doutrinadores que se manifestam favoravelmente a possibilidade do controle judicial do mérito administrativo consideram que este somente ocorre quando balizado por critérios de legalidade, podendo englobar a teoria dos motivos determinantes, do desvio de finalidade e o desrespeito a princípios constitucionais. O STJ manifesta-se, sobre o assunto, da seguinte forma:

Resp. n.º 443310/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJ 03/11/2003. [...] 2. A atuação da Administração Pública, deve seguir os parâmetros da

---

<sup>230</sup> ROCHA, Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acessado em: 20 fev. 2010.

razoabilidade e da proporcionalidade, que censuram o ato administrativo que não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei almeja alcançar. 3. A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é o conceito que se infere a *contratio sensu*; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser’. A proporcionalidade, como uma das facetas da razoabilidade revela que nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.

Ao se conceber que o conceito de reserva do possível está inarredavelmente atrelado a idéia do razoável, cuja concepção é nitidamente imprecisa, chega-se a seguinte conclusão: a pretensão oposta ao Estado, via ação judicial, pode facilmente ser considerada, de acordo com os interesses e conveniências estatais, como não razoável. Em outras palavras, o Poder Público, diante de seus próprios objetivos, pode justificar a sua omissão em cumprir suas obrigações sociais previstas na lei, alegando a irrazoabilidade da pretensão diante da sua contemporânea incapacidade financeira e institucional.

Mas como conceber a existência desta discricionariedade quando nem o mínimo de condições dignas de sobrevivência dos cidadãos é atendido? Nas sociedades periféricas, é preciso dotar a parcela da população excluída de condições mínimas ao exercício de suas capacidades. Em outras palavras, dar-lhes condições para a liberdade real, a fim de gozarem de liberdade jurídica, além da material, respeitando-se sempre o princípio da supremacia da Constituição e o orçamento.

Corroborando tal posicionamento, Dirley da Cunha Júnior afirma, com extrema pertinência, o seguinte:

Num Estado em que o povo carece de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver, onde pululam cada vez mais cidadãos socialmente *excluídos* e onde quase meio milhão de crianças são expostas ao trabalho escravo, enquanto seus pais sequer encontraram trabalho e permanecem escravos de um sistema que não lhes garante a mínima dignidade, os direitos sociais não podem ficar reféns de condicionamentos do tipo *reserva do possível*<sup>231</sup>.

É inegável que existem limites fáticos ao exercício de direitos sociais prestacionais, concernente, via de regra, à disponibilidade material<sup>232</sup> e jurídica<sup>233</sup> de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Mas, além disso, a prestação reclamada há de

<sup>231</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 309-310.

<sup>232</sup> Expressão aqui utilizada para indicar a efetiva existência de recursos para custear algumas atividades estatais.

<sup>233</sup> Expressão aqui utilizada para indicar a previsão, no orçamento anual, da verba que se pretende gastar com o exercício de um dado serviço estatal e o respeito ao Plano de Diretrizes orçamentárias legitimamente construído.

corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Isso significa dizer que mesmo dispondo, o Estado, de recursos e tenha o poder de disposição destes, não se configura uma obrigação de prestar algo se não estiver balizada por critérios de razoabilidade.

Diante disso, a conclusão que parece inevitável é a de que o princípio (ou teoria) da “reserva do possível” não pode ser utilizado, no Brasil, com os mesmos moldes em os quais fora criado. Ademais, não pode se usado como justificativa para a omissão de um Estado, quando este demonstrar-se ineficiente para cumprir os seus deveres sociais e legais. Isto se apresenta ainda mais claro quando se observa o estado de miserabilidade em que se encontra a maior parte da população brasileira, desprovida totalmente do mínimo de condições para uma sobrevivência digna de qualquer ser humano.

Porém, como já fora asseverado, a razoabilidade somente pode ser aferida em cada caso concreto, diante de cada demanda social. A teoria da reserva do possível não poderá ser usada como justificativa para uma prestação inadequada de serviço público se presentes as seguintes condições: o direito não atendido pelo Estado ser de exigência razoável; haver disponibilidade orçamentária pelo Estado para atendimento das exigências individuais (concretas) e legais; haver eficiência da Administração Pública no exercício de suas atividades. Assim, para identificar o cabimento ou não da alegação da reserva do possível, será necessário considerar o direito não atendido pelo Estado e a demanda formulada individual ou coletivamente; o orçamento disponível pelo Estado para realização de políticas públicas socializantes; e o grau de eficiência da Administração Pública envolvida no caso na disposição de seus fundos.

### **3.5.2 Culpa exclusiva da vítima ou de terceiro**

Conforme mencionado, o Estado, ao prestar seus serviços, deve evitar causar, aos seus cidadãos, prejuízos. Em certos momentos a atuação estatal, por qualquer inadequação no seu exercício, acarreta danos a direitos. Havendo nexos causal entre a conduta do Poder Público e resultado negativo suportado, surgirá o dever de indenizá-lo ou repará-lo. Tal obrigação somente será afastada quando se verificar a presença de uma das excludentes de responsabilidade. Neste rol, também pode ser incluída a culpa exclusiva da vítima.

As mencionadas excludentes funcionam como justificativa para uma atuação inadequada do Estado. Algumas delas rompem o nexos causal entre o dano e a conduta administrativa e afastam qualquer reprovabilidade na conduta do causador de um dado



prejuízo. Tal é o que ocorre quando há uma culpa exclusiva daquele que suportou os ônus do serviço viciado.

Os artigos 929 e 930 do Código Civil atual<sup>234</sup> tratam das hipóteses em que não se admitirá a responsabilização daquele que não deu causa a um dano. Sobre a culpa exclusiva da vítima, costumam os autores, a exemplo de Sérgio Cavalieri Filho, tecer os seguintes comentários e propõe uma nomenclatura alternativa:

A culpa exclusiva da vítima [...] é causa de exclusão do próprio nexos causal, porque o agente aparente causador direto do dano, é mero instrumento do acidente [...]. A boa técnica recomenda falar em fato exclusivo da vítima, em lugar de culpa exclusiva. O problema, como se viu, desloca-se para o terreno do nexos causal, e não da culpa. [...] o fato exclusivo da vítima exclui o próprio nexos causal em relação ao aparentemente causador direto do dano, pelo quê não se deve falar em simples ausência de culpa deste, mas em causa de isenção de responsabilidade.<sup>235</sup>

O mesmo autor ainda acrescenta o “fato de terceiro”, que ocorre quando uma pessoa alheia a relação entre a conduta danosa e a vitimização, provoca o resultado negativo. Eis os seus comentários: “Em casos tais, o fato de terceiro, segundo a opinião dominante, equipara-se ao caso fortuito ou força maior, por ser uma causa estranha à conduta do agente aparente, imprevisível e inevitável.”<sup>236</sup>

Esta excludente de responsabilidade é citada pela maior parte dos autores. Se utilizando da tautologia, devido à clareza destas expressões, pode-se conceber que este instituto jurídico representa a exclusão da obrigação estatal de reparar ou compensar danos quando estes forem exclusivamente decorrentes de atividade voluntária ou espontânea do prejudicado ou de terceiro alheio ao Estado. O que ocorre nesta hipótese é o seguinte: independente do Estado ser diligente e cuidadoso na realização de qualquer atividade administrativa, acontece uma lesão devido a fato externo e absolutamente independente imputável ao lesionado ou a terceiro.

Cabe mencionar que a multicitada excludente não se confunde com a culpa concorrente da vítima, que representa uma concausa. Quando ambos agem, o Estado e a vítima, de forma inadequada ou ilegal e contribuem para que o resultado indesejado aconteça, haverá concorrência de culpas. Assim, indevida é a total exclusão da responsabilidade por

---

<sup>234</sup> Eis os termos dos sobreditos artigos do Código Civil atual: “Art. 929. Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram. Art. 930. No caso do inciso II do art. 188, se o perigo ocorrer por culpa de terceiro, contra este terá o autor do dano ação regressiva para haver a importância que tiver ressarcido ao lesado.”

<sup>235</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.82-83.

<sup>236</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.84.

parte de qualquer das duas partes. Quanto ao Estado, será igual, não o eximindo da sua obrigação indenizatória, mas poucará o valor da indenização devida.

A culpa exclusiva da vítima ou de terceiro é também considerada causa excludente da responsabilidade estatal, pois haverá o rompimento do nexo entre o resultado danoso e a conduta do Estado, além do afastamento de qualquer culpa ou dolo deste.

### 3.5.3 Caso fortuito e força maior

Como fora descrito acima, há teorias sobre a responsabilidade extracontratual do Estado que admitem a existência de causas excludentes da obrigação de reparar os danos causados. Estas causas geralmente são enumeradas, segundo a maioria dos autores, da seguinte forma: força maior, o caso fortuito e a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Atualmente, com o crescimento das hipóteses de danos ensejadores de responsabilização do Estado, este ente se viu diante da necessidade de ampliar as formas de se escusar de suas obrigações para com os prejudicados. Diante disso, passou a se utilizar do princípio alemão da reserva do possível, já explicado anteriormente

Há grande divergência na doutrina a respeito dos limites que determinam o que seja força maior e do que seja caso fortuito. O Código Civil, buscando contornar esta imprecisão conceitual, optou por prevê-los em um mesmo artigo, sem precisar claramente qual seria um e qual seria outro. Este estatuto legal, em seu artigo 393, parágrafo único, versa da seguinte forma: “o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”.

Há, independente disso, uma grande confusão na doutrina a respeito do conceito destes institutos. Chega-se ao ponto de um autor conceituar força maior da mesma forma que outro conceitua o caso o fortuito. É o que acontece, *exempli gratia*, com Maria Silvia Zanella Di Pietro e Caio Mário da Silva Pereira. A primeira concebe força maior como o “[...] acontecimento imprevisível, inevitável e estranho à vontade das partes, como uma tempestade, um terremoto, um raio”<sup>237</sup>. O segundo, de forma totalmente oposta, identifica o caso fortuito como “[...] o acontecimento natural, ou o evento derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio do céu, a inundação, o terremoto”<sup>238</sup>. Há ainda o conceito formulado por Hely Lopes Meirelles “[...] é o evento da natureza, imprevisto e inevitável, que

<sup>237</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p.518.

<sup>238</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *Instituições de direito civil*. v II, 19 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006. p. 384.

impede absolutamente a execução do contrato”<sup>239</sup>. Diante deste empasse, optar-se-á por utilizar o conceito unitário formulado pelo Código Civil.

O caso fortuito, (assim também a força maior) por advir do um acaso, de uma imprevisão, de um acidente, demonstra-se como algo que não poderia ser evitado pela vontade humana ou estatal. Para aqueles que defendem a independência do conceito de caso fortuito, ele também exerce o papel de quebrar o nexo de causalidade, ensejando a exclusão da responsabilidade.

Pertinentes são os comentários feitos por Sergio Cavalieri Filho:

[...] indiscutível é que tanto um como outro estão fora dos limites da culpa. Fala-se em caso fortuito ou força maior quando se trata de acontecimento que escapa a toda diligência, inteiramente estranho à vontade do devedor da obrigação.<sup>240</sup>

Apesar do trecho logo acima parecer tratar o caso fortuito e a força maior como coisas semelhantes, o autor faz a diferenciação dos institutos:

Entendemos, todavia, que diferença existe, e é a seguinte: estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior as forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz. É o *act of God*, no dizer dos ingleses, em relação ao qual o agente nada pode fazer para evitá-lo, ainda que previsível.<sup>241</sup>

Importante ressaltar que se o Estado deixar de realizar ato ou obra considerada indispensável e, neste ínterim, sobrevier fenômeno natural que desencadeie danos a particulares pela omissão estatal em cumprir seu dever, o Poder Público será o responsável pela reparação de tais prejuízos. Inquestionável é a afirmação de que, neste caso, existe nexo de causalidade entre a conduta omissiva da Administração e o dano, mesmo que aquela figure como causa concorrente, juntamente com o fato de força maior, para a ocorrência do resultado danoso. Destarte, a causa do prejuízo não é somente o fato de força maior, ou só a desídia do Estado, mas ambos, o que implica obrigação de indenizar o eventual particular prejudicado. Verifica-se o fenômeno da concausa.

Apesar da maioria dos autores serem unívocos quanto à inserção do caso fortuito e da força maior entre as excludentes de responsabilidade (e justificativas para uma ineficácia

<sup>239</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 207.

<sup>240</sup> CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5.ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p.84.

<sup>241</sup> *Idem. Ibidem*, p.84.

do serviço prejudicado), há divergências que necessitam ser apresentadas. Uma delas se refere ao fato de se considerar o caso fortuito como hipótese exclusiva da responsabilidade. A doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “[...] na hipótese de caso fortuito, em que o dano seja decorrente do ato humano, de falha da Administração, não ocorre a mesma exclusão”<sup>242</sup>.

Outro grande desacordo que deve ser trazido a este cenário. A mesma autora, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, considera que nem sempre o caso fortuito e força maior irão afastar uma responsabilidade. Somente será aceita a exclusão da obrigação reparatória (ou compensatória) quando houver o efetivo rompimento do nexo entre a conduta e o prejuízo deflagrado. Em outras palavras, ela defende que não são absolutas as excludentes mencionadas, sendo passíveis de contestação.

---

<sup>242</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 518.

## **4 SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO**

Já se percebeu que os serviços públicos em geral precisam ser prestados adequadamente por imposição da Constituição Federal, de leis ordinárias, da doutrina e da jurisprudência. Fora comprovado alhures que o conceito de serviço público é bastante impreciso. Soma-se a isso o duplo enfoque adotado para conceber Administração Pública, no seu sentido objetivo (funcional) e subjetivo (orgânico). Tais considerações, acrescidas ao cenário já descrito neste trabalho, permite que se inclua a atividade judiciária entre as espécies de serviço público.

Adotando tal afirmativa como verdadeira, surge um questionamento: os critérios de qualidade devem ser aplicados a todos os tipos de serviço público sem qualquer tipo de adaptação? Para responder a esta questão, serão estudados, nos tópicos a seguir, os critérios apontados pela legislação, pelos estudiosos e pelos julgadores.

### **4.1 SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO**

O art. 175 da Constituição Federal impõe que o Poder Público deve prestar, de forma adequada, seus serviços. Mas a Carta Magna não discorre, com precisão, a respeito de quais seriam as condições e requisitos para um exercício, com qualidade, das atividades estatais em geral. Outros meios são utilizados para precisar os limites de adequação. Podem ser citados os critérios descritos no art. 5º, art. 37, art. 39, §§ 2º e 7º, art. 74, I e II, art. 144, § 7º, art. 92, I-A, art. 103-B, §§ 4º e 5º da Constituição Federal, aqueles descritos na Lei 8.078/90 e na Lei nº 8.987/1995. A jurisprudência e a doutrina deram a sua contribuição para constituir padrões de qualidade. Eis alguns dos critérios aqui mencionados.

#### **4.1.1 Critérios legais de adequação**

Não são poucos os institutos legais que versam a respeito do dever do Estado de prestar serviço adequadamente. Entre eles podem ser destacados os dispostos a seguir.

#### 4.1.1.1 Art. 37 da Constituição Federal

O art. 37 traz, em diversos de seus parágrafos e incisos, pertinentes previsões sobre adequação de serviços públicos. Alguns deles serão expostos a seguir.

##### 4.1.1.1.1 Art. 37, *caput*, da Constituição Federal

O art. 37, no seu *caput*, da Constituição Federal impõe à Administração Pública (em suas mais diversas faces) a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Há grande consenso quanto ao conteúdo semântico da maioria deles, apesar de a lei não versar aprofundadamente sobre eles. É possível representá-los, resumidamente, da seguinte forma: princípio da legalidade impõe limites à atuação pública permitindo-lhe fazer somente aquilo que é legalmente permitido; do princípio da impessoalidade decorre o dever da Administração de atuar sempre dentro do interesse público, nunca se deixando conduzir por interesses privados, mesmo que sejam dos seus dirigentes; o princípio da moralidade diz respeito à necessária manutenção da moral (administrativa) e dos bons costumes dentro do Poder Público; do princípio da publicidade, adotado como regra para toda atuação estatal, decorre o dever de publicar (tornar conhecido) todos os seus atos a fim de serem passíveis de controle e fiscalização (popular e institucionalizada); e o princípio da eficiência, geralmente relacionado com o dever de “boa administração”, implica uma prestação dos serviços pela Administração Pública proporcional, razoável, eficaz, rápida, menos onerosa possível e aponta para uma obrigação de manter a sua qualidade sempre.

O art. 37, *caput* da Constituição Federal tem como corpo textual o seguinte: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”. A partir da dicção deste artigo, é claro notar que todo o seu conteúdo normativo e princípios, se aplicam aos Poderes estatais em geral. Isso demonstra a importância de se fazer uma análise mais pormenorizada sobre este instituto legal para identificar critérios qualitativos e quantitativos para manutenção da qualidade dos serviços públicos em geral, inclusive o judiciário.

O princípio da legalidade é o primeiro a ser mencionado pela Constituição Federal, no *caput* do seu art. 37. Como demonstrado, tal artigo se faz obrigatório para todos os Poderes

que integrem a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os Municípios. Confere-se notoriedade a tal afirmação diante da clareza do texto constante do sobredito artigo. Isto implica o reconhecimento de que tal conclusão independe de qualquer prova ou ratificação doutrinária ou jurisprudencial. A doutrina, em sua maioria, se omite em explicitar, em seus escritos, tal assertiva. A jurisprudência, em seus marcos decisórios, a reconhece de forma reflexa, ao impor atuações probas aos agentes estatais, ao velar pelo cumprimento da lei pelo Poder Público, ao exigir uma atuação eficaz e eficiente do administrador público, ao defender a obrigatória publicidade dos atos administrativos em geral, etc.

Após esta superficial digressão a respeito da total aplicabilidade dos preceitos constitucionais descritos no art. 37 aos mais diversos Poderes estatais, inicia-se o estudo do princípio da legalidade. Tal expressão indica tudo àquilo que está de acordo com a lei, que à cumpre, que à respeita. Há dois sentidos pelos quais pode ser analisado tal princípio: o privado e o público. Quanto ao primeiro, relaciona-se ao conteúdo obrigatório para todos os cidadãos enquanto indivíduos não integrantes da Administração Pública Direta ou Indireta. Quanto ao segundo, focalizam-se os agentes públicos, enquanto manifestantes da vontade estatal e operadores de interesses alheios, coletivos.

No sentido privado, é preservada, pela doutrina, a nomenclatura original do princípio (segundo a maioria) ou “princípio da primazia da lei”<sup>243</sup>. O mesmo não acontece quando se discute o sentido público. Aquele passa a ser chamado de “princípio da estrita legalidade”<sup>244</sup>, ou, para alguns poucos, de “princípio da reserva de lei”<sup>245</sup>. Adotar-se-á, doravante, a segunda nomenclatura por creditar a ela o maior grau de acerto.

O princípio da reserva de lei impõe uma atuação estatal limitada pelas fronteiras semânticas constantes das legislações. A Administração Pública somente poderia executar aquilo que a lei permite, não podendo atuar fora destas balizas. Isso é corroborado pelo posicionamento do autor José dos Santos Carvalho Filho, conforme se deduz do trecho transcrito abaixo:

---

<sup>243</sup> Esta nomenclatura é apresentada pelo autor Hartmut Maurer. (MAURER, Hartmut. Trad. Luis Afonso Heck. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p.122).

<sup>244</sup> Esta nomenclatura peculiar é atribuída ao famigerado princípio da legalidade quando se refere à atuação da Administração Pública no âmbito tributário. (IURCONVITE, Adriano dos Santos. *O princípio da legalidade na constituição federal*. Disponível em: <<http://www.uj.com.br/publicacoes/doutrinas>>. Acessado em: 21 fev. 2010.)

<sup>245</sup> O autor Hartmut Maurer denomina o mesmo princípio de uma forma diferente, chamando-o de princípio da reserva de lei. Faz uma diferenciação entre este e o princípio da primazia da lei (aplicável ao âmbito das relações privadas, aos cidadãos em geral). Eis os seus escritos: “Esse princípio, portanto, pede mais que o princípio da primazia. Enquanto este apenas (negativamente) proíbe a infração contra leis existentes, aquele pede (positivamente) um fundamento legal para a atividade administrativa. A falta de uma lei exclui um tornar-se ativo da administração não segundo o princípio da primazia, mas segundo o princípio da reserva.” (MAURER, Hartmut. Trad. Luis Afonso Heck. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p.122.)

O princípio da legalidade é certamente a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita. Tal postulado, consagrado após séculos de evolução política, tem por origem mais próxima a criação do Estado de Direito, ou seja, do Estado que deve respeitar as leis que edita.<sup>246</sup>

Hely Lopes Meirelles escreve no mesmo sentido:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.<sup>247</sup>

Até mesmo a doutrina estrangeira corrobora tal posicionamento ao escrever que “segundo o princípio da reserva a administração somente se pode tornar ativa se ela foi, para isso, autorizada em lei.”<sup>248</sup> O que se busca evitar com tal princípio, independente da nomenclatura adotada, é atuações arbitrárias, fora do conteúdo cogente da lei. O princípio da reserva de lei se vê perfeitamente aplicável quando a Administração Pública é obrigada a executar um ato vinculado. Este é caracterizado pela previsão na lei de todos os elementos do ato administrativo carente de execução, quais sejam: forma, finalidade, competência, objeto e motivo.<sup>249</sup> Ao estabelecer, com clareza, todos estes elementos a lei determina qual ato é possível de ser implementado pelo Estado, estabelecendo limites a sua atuação.

Eis os escritos da autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro sobre atos vinculados:

[...] os poderes que exerce o administrador público são regradados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça á sua atividade, sob pena de ilegalidade. No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; nesse caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular ter um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.<sup>250</sup>

<sup>246</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo e Administração Pública*. 22. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.19.

<sup>247</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.86.

<sup>248</sup> MAURER, Hartmut. Trad. Luis Afonso Heck. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006, p.122.

<sup>249</sup> Todos estes são elementos essenciais dos atos administrativos. Nem todos estes são vinculados (não passíveis de escolha pela Administração). Em regra a discricionariedade é identificada na liberdade de escolha, pelo Poder Público (segundo critérios de oportunidade e conveniência) do melhor objeto e motivo dos atos executados. A forma, finalidade e competência é geralmente imposta pela lei, sendo de observância obrigatória para o Estado.

<sup>250</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.211-212.



A lei sempre traz limites obrigatoriamente respeitados pela Administração em suas atividades cotidianas. Porém, o que se nota é que nem sempre estes limites são claros ou precisos. Muitas vezes apresentam-se sob a forma genérica, pouco detalhada, conferindo certa margem de liberdade à atuação estatal. É aqui que se identifica a atuação discricionária. Esta é regida por critérios próprios: oportunidade e conveniência.

Sobre a discricionariedade e seus necessários limites, se utiliza, aqui, novamente, os ensinamentos da autora mencionada acima:

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade e conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador.<sup>251</sup>

Estes critérios estão sempre balizados pelos princípios estruturantes do Direito Administrativo: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim se conclui que, dentro da sua discricionariedade, a Administração irá optar por exercer a atividade da forma mais oportuna e mais conveniente para preservação destes dois princípios basilares.

Ademais, é imprescindível mencionar que não existe discricionariedade absoluta. Em outras palavras, não existe uma só hipótese em que a Administração tem a faculdade de executar um ato com forma, finalidade, competência, objeto e motivo de sua livre opção. Via de regra o campo de escolha se limita ao objeto e ao motivo<sup>252</sup>. Isso é o que menciona

Esse conteúdo vinculante pode ser predominantemente principiológico. O princípio (dotado de normatividade, imperatividade e de cogência), também apequena o campo de atuação pública. É o que se nota ao se observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Sobre tal assunto discorre o doutrinador Agustín Gordillo, inserindo este último dentro do primeiro princípio:

*La garantía de razonabilidad es la misma tanto si se trata de una norma general o particular, proveniente de cualquier órgano del Estado, o privado con poder monopólico; consiste básicamente en que todo acto estatal o de*

---

<sup>251</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 212.

<sup>252</sup> A autora Maria Sylvania Zanella Di Pietro, ao se referir à atuação discricionária da Administração, afirma: “Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; se a Administração ultrapassa esses limites, a sua decisão passa a ser arbitrária, ou seja, contrária à lei.” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.212.)

*poder, para ser constitucional debe tener como mínimo: a) Sustento fáctico suficiente (o “causa,” “motivo,” etc., según distintas variantes y versiones en otros enfoques); lo cual supone, desde luego, que los hechos invocados sean ciertos, no sean nimios o insignificantes, estén suficientemente probados o acreditados, estén razonablemente apreciados; que no haya “error de hecho;” que no haya invocación de hechos; que no se ignoren o desconozcan hechos ciertos que hacen a la cuestión, etc. b) El fin perseguido debe ser proporcionado a los hechos que lo sustentan, debe ser una conclusión razonada de tales hechos, que no incurra en falacias formales o informales, ni caiga en soluciones exageradas, desmedidas o despropósitos de cualquier naturaleza. c) Del mismo modo, los medios empleados deben ser congruentes y proporcionados tanto con el fin razonablemente perseguido como con los hechos ciertos y de entidad suficiente que los fundamentan.*<sup>253</sup>

Por apontarem para a constante exigência de limites às atividades estatais, tais afirmações implicam o reconhecimento da eterna possibilidade, da própria Administração Pública (por autotutela) ou do Poder Judiciário (por controle externo), exercer uma fiscalização e controle da legalidade de todas as espécies de atos executados pelo Poder Público, incluindo-se aqueles que manifestam o poder discricionário. Geralmente a legislação vincula a finalidade, a forma e a competência dos atos em geral, não permitindo qualquer liberdade de disposição, pelo Poder Público, destes atributos<sup>254</sup>.

Nota-se, a partir do descrito até então, que a legalidade se faz presente mesmo nos casos em que seja conferido ao Estado uma liberdade de atuação bastante ampla. Ou seja: o controle de legalidade, mesmo que de atos discricionários, sempre é possível.

Ao implementar serviços públicos, o Ente estatal deve respeitar todos os limites impostos pela lei, nunca atuando com desvio de finalidade<sup>255</sup>, excesso ou desvio de poder<sup>256</sup> e irregularidade do ato<sup>257</sup>. Ademais, não pode se escusar da obrigação de cumprir a teoria dos

<sup>253</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 1: *parte general*, 7. ed., Belo Horizonte: Del Rey e *Fundación de Derecho Administrativo*, 2003, p.VI-34.

<sup>254</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 212.

<sup>255</sup> Desvio de finalidade acontece quando aquele agente, dotado de competência para executar um determinado ato, descumpra finalidade previamente vinculada na lei. Há clara ilegalidade, abrindo-se margem a controle de legalidade pela própria Administração e pelo Poder Judiciário.

<sup>256</sup> Desvio de poder é conceituado, por José Cretella Júnior de uma forma semelhante ao modo como é concebido, por alguns autores, o desvio de finalidade: “Desvio de poder é o uso indevido que a autoridade administrativa, dentro de seu campo de discricionariedade, faz da *potestas* que lhe é conferida para atingir finalidade pública ou privada, diversa daquela que a lei preceituara. Desvio de Poder é o desvio do poder discricionário, é o afastamento da finalidade do ato.” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.176.)

<sup>257</sup> Acontece uma irregularidade do ato quando ele é executado com forma diversa daquela prevista em lei. Trata-se de hipótese clara de ilegalidade. Apesar disso, a depender de alguns critérios – da (in)existência de prejuízos para a Administração ou para terceiros; do alcance (ou não) dos resultados almejados; da majorada ou apequenada gravidade do vício de forma constatado; do (des)respeito ao princípio da economicidade – poderá o ato ser convalidado, respeitando-se os princípios administrativos.

motivos determinantes<sup>258</sup>. Assim, em cada um dos possíveis tipos e modalidades de atos passíveis de serem executados pela Administração há um conjunto de condições legais que o vinculam. Estas condições estão relacionadas com os atributos dos atos administrativos já mencionados: forma, finalidade, competência, objeto e motivo. Havendo descumprimento de um (ou mais de um) destes atributos vinculados na lei, haverá inadequação do serviço ou ato implementado.

Por isso se mostrou importante sua análise aqui, neste trabalho. Algumas legislações serão estudadas mais perfunctoriamente logo a seguir. Antes disso, passa-se a analisar os outros princípios integrantes do art. 37.

O princípio da impessoalidade, segundo mencionado no art. 37, *caput* da Constituição Federal, implica admitir a existência de uma obrigação diversa para a Administração Pública. Enquanto o princípio da legalidade impõe uma atuação restrita ao permitido na lei, esse segundo princípio versa a respeito do dever estatal de agir sempre de forma a favorecer o interesse público. Isso não quer dizer que nunca haverá um benefício individual. Ao revés disso, indica que sempre haverá, por trás de qualquer utilidade oferecida por um dado serviço (mesmo que fruível individualmente), haverá sempre o desiderato de produzir o bem comum.

Dentre os diversos conceitos da expressão “impessoal” (do latim *impersonalis*), identifica-se, como o mais adequado ao campo do Direito Administrativo, aquele que relaciona tal vocábulo a idéia de algo que não pertence ou se refere a uma só pessoa em particular<sup>259</sup>. A soberania, por ter sido conferida pelo povo ao Estado, não é titularizada individualmente pelo governante. Algumas formas de governo, a exemplo do presidencialismo, fazem com que haja uma confusão entre a vontade da entidade impessoal (Estado) e aquele que o dirige. Isto é o que menciona o autor Bruce Ackerman:

---

<sup>258</sup> Sobre a teoria dos motivos determinante é possível tecer alguns comentários. Há casos em que a Administração pode escolher o motivo ou justificação da sua atuação. Esta faculdade geralmente se faz presente no exercício de atos discricionários. Apesar de divergente na doutrina, acredita-se que isto não implica reconhecer a possibilidade da Administração Pública não motivar seus atos, mas reconhece-se, somente, alguma liberdade na motivação. Mesmo diante da execução do poder discricionário, caso o Ente estatal aponte um motivo como justificador de sua atuação, haverá uma inafastável vinculação entre a validade do ato implementado e a veracidade/legalidade/legitimidade do motivo apresentado. Havendo um vício neste, prejudicam-se os efeitos naturalmente decorrentes do ato executado. Assim, havendo motivo falso (antecedente), torna-se viciado o ato (e efeito) dele conseqüente. E este defeito está enquadrado no gênero vício de legalidade, permitindo, por isso, um controle de legalidade pela própria Administração e/ou pelo Poder Judiciário.

<sup>259</sup> Tal conceito pode ser visualizado no dicionário digital Priberam, que concebe o adjetivo “impessoal” da seguinte forma: “1. Não pessoal. 2. Que não existe como pessoa. 3. Que não pertence a uma pessoa em particular. 4. Que não se refere a pessoa determinada. 5. Gram. Designativo dos verbos ou do modo infinitivo, sem flexões para designar pessoas gramaticais, e das orações sem sujeito. 6. Unipessoal.” (Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=impessoal>>. Acessado em: 30 jan. 2010.)

De modo bastante simples, uma presidência eleita predispõe o sistema à política da personalidade e especialmente à política de uma única personalidade. Certamente, todos os presidentes e os primeiros ministros possuem um poder enorme, o que torna normal para o público escrutinar cada ardil da personalidade.<sup>260</sup>

Manoel Jorge e Silva Neto corrobora esta idéia de personificação do poder estatal, muito comum no Brasil:

[...] no Brasil, ainda se convive com a personificação do poder político, presumivelmente por conta da nossa atávica tendência à valorização das conquistas pessoais – hábito que se arraigou à nossa ascendência lusitana e foi plasmado à civilização brasileira.<sup>261</sup>

Tal confusão entre a vontade do Ente estatal (impessoal) e a do seu governante, não é recente. Remonta a uma época em que havia, na relação entre Estado e indivíduos, características como o da irresponsabilidade estatal, do não império do direito (estado de direito), falsa coincidência entre poder soberano e a vontade daquele que governa o Estado, etc. Importante é versar, de forma resumida, mas focada, sobre o a evolução da noção de impessoalidade nos Estados de uma forma geral. Tal história em muito se coaduna com o desenvolvimento da idéia de responsabilização do Estado. Relembre-se que este é o foco do trabalho dissertativo ora apresentado, sendo, no máximo, mais um dos diversos degraus para fortificar os seus argumentos.

*A priori*, em épocas absolutistas ou totalitaristas, havia uma subordinação absoluta da vontade dos governados à vontade do Governante, que, via de regra, era representado pelo Monarca, Imperador ou Regente. Este não podia ser contestado, pois não se concebia a existência de qualquer critério limitador de suas ações, tidas como supremas e inquestionáveis.

Vigorava, à época, o aforismo *the king can do no wrong* (o Rei não pode errar) ou o *quod principi placuit habet legis vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei). Estes preceitos dogmáticos foram construídos numa realidade de grande ausência normativa, onde a vontade estatal, representada pela do Governante, suscitava a criação de normas cogentes *ad oc*. A atividade estatal, como é notório, estava muito distante de ser impessoal, sendo vinculada a interesses privados – dos detentores da maior parcela de poder econômico, militar ou religioso. Confundia-se a noção de soberania, tida como poder absoluto, com a

<sup>260</sup> ACKERMAN, Bruce. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. *A Nova Separação dos Poderes*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, p.29.

<sup>261</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.453.

vontade daquele que dirigia o Ente estatal. Assim, defender-se uma responsabilidade estatal era o mesmo que retirar, do Estado, o elemento essencial para sua caracterização: soberania.

Diante desta realidade pretérita, sustentou-se, por muito tempo, a idéia de que o Estado não podia responder pelos seus atos danosos. Com o advento do Estado de Direito, os limites da responsabilidade começam a ser traçados. A soberania, apesar de continuar a ser elemento caracterizador do Estado, passou a ser analisada sob outro enfoque: diria respeito a uma impossibilidade de intervenção estrangeira no seu território nacional e a compulsória obediência dos seus cidadãos a sua vontade legítima. Tal legitimação seria obtida a partir da compatibilização entre as ordens estatais e os preceitos advindos do Estado (Democrático) de Direito.

A concepção de irresponsabilidade estatal se mantém até meados do Século XIX. A partir deste momento, afirma-se a existência da obrigação estatal de reparar danos, quer sejam materiais, quer sejam morais. É o que afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro quando escreve o seguinte:

A regra, por muito tempo, foi a irresponsabilidade do Estado; caminhou-se, depois, para a responsabilidade subjetiva, vinculada à culpa, hoje aceita em várias hipóteses; evoluiu-se, posteriormente, para a teoria da responsabilidade objetiva, aplicável, no entanto, diante de requisitos variáveis de um sistema para outro, de acordo com normas imposta pelo direito positivo<sup>262</sup>.

Como asseverado por esta autora, os limites impostos à responsabilidade extracontratual do Estado foram sendo reduzidos no decorrer do tempo. Esta redução fora evoluindo de forma proporcional a nítida separação entre o Poder conferido ao Estado e aqueles titularizados pelo seu Governante. Neste ínterim, surgiram algumas teorias que, de acordo com a idéia defendida e com a época de sua vigência, eram divididas entre as teorias da irresponsabilidade, as civilistas e as publicistas.

Nota-se, a partir de análise tautológica, que a teoria da irresponsabilidade diz respeito à época em que se defendia a total liberdade do Estado para agir, independentemente de estar ou não lesionando terceiros. O fundamento desta construção teórica é a de que o Estado não pode ser obrigado a reparar danos que eventualmente venha a causar, sob pena de ter irremediavelmente ceifada a sua soberania.

A teoria civilista, sucessora da teoria da irresponsabilidade, se posiciona de forma inovadora quanto à idéia de responsabilidade do Estado, apesar de ainda restringi-la aos casos

---

<sup>262</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 512.

de existência de culpa. Tal modalidade de responsabilização se aproximava, em muito, da contemporânea idéia de responsabilidade privada.

Evoluiu-se muito com o surgimento das teorias publicistas, divididas em teoria da culpa administrativa (ou culpa do serviço) e teoria do risco integral (ou administrativo) ou teoria da responsabilidade objetiva. Com o advento destas, algumas noções se modificaram. A idéia de existência de culpa como elemento imprescindível à responsabilização fora flexibilizada, em alguns casos totalmente superada. Evoluiu-se a tal ponto que se passou a admitir a responsabilidade objetiva mesmo em relações mantidas pelo Estado, por intermédio de seus serventuários. E esta responsabilidade do Estado passou a ser distinta da responsabilização subjetiva (justificadamente) dos agentes públicos.

Hoje, como é sabido, há uma separação entre responsabilidade do Estado (predominantemente objetiva) e a responsabilização do agente estatal (sempre subjetiva). A separação destas modalidades de responsabilização, cumulada com o conteúdo das supramencionadas teorias publicistas, trouxeram uma evolução quanto a fato de se considerar o Estado um ente impessoal, diverso do agente público que manifesta suas vontades.

A própria opção, doutrinária e jurisprudencial, pela teoria do órgão como regente do vínculo entre os agentes públicos e o Estado<sup>263</sup> terminou por solidificar a impessoalidade e impersonalidade de alguns Entes públicos. A própria caracterização de um órgão público como ente despersonalizado reforça a cisão entre vontade do Governante e a do Ente de que faz parte.

Após breve análise histórica, é necessário retomar a análise do princípio da impessoalidade. Sobre ele discorrem diversos doutrinadores a exemplo de Gilmar Ferreira Mendes:

Corolário do princípio da legalidade, que a rigor o absorve [...], o princípio da impessoalidade consubstancia a idéia de que a Administração Pública, enquanto estrutura composta de órgãos e de pessoas incumbidos de gerir a coisa pública, tem de desempenhar esse múnus sem levar em conta interesses pessoais, próprios ou de terceiros, a não ser quando o atendimento de pretensões parciais constitua concretização do interesse geral. [...] O princípio da impessoalidade, por outro lado, convoca o da igualdade, na medida em que este último postulado impõe aos agentes públicos, em geral, e não apenas ao administrador, medir todos com o mesmo metro.<sup>264</sup>

Também escreve com acerto o autor José Afonso da Silva:

---

<sup>263</sup> Já fora demonstrado, no tópico “1.5 Agentes públicos e seu vínculo com o Estado”, a teoria do órgão é apontada, pela maioria da doutrina e jurisprudência, como aquela que vigora para regular a relação mantida entre Estado e seus agentes.

<sup>264</sup> MENDES, Gilmar Ferreira [et.al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.833

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é mero agente da Administração Pública, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal. [...] A personalização, ou seja, a individualização do funcionário, pode ser recomendável, quando atue não como expressão da vontade do Estado, mas como expressão de veledade, capricho ou arbitrariedade pessoal.<sup>265</sup>

Acrescenta, com equiparável propriedade, o doutrinador Manoel Jorge e Silva Neto: “A Administração impessoal é aquela que não se prende a ilegítimos favorecimentos a grupos ou a pessoas individualmente consideradas, bem como a que se não identifica à pessoa do administrador.”<sup>266</sup>

Assim, o princípio da impessoalidade aponta para as seguintes necessidades: de separação do Ente estatal do seu Governante; de um afastamento do interesses do Estado daqueles nutridos pelo seu administrador; do uso dos poderes para benefício coletivo e atendimento do bem comum. Este princípio é uma clara extensão do princípio da indisponibilidade do interesse público: o Estado não é dono dos poderes que titulariza, mas sim um mero transmissor e administrador de faculdades conferidas pelo povo, verdadeiro soberano.

O terceiro princípio, da moralidade, tem conteúdo dedutível a partir do seu nome. Ele impõe que a Administração Pública, em todos os seus atos, haja com respeito à moral, aos bons costumes, além de dever sempre se ater aos limites impostos pela lei. Esta moralidade que envolve as atividades estatais, cujas finalidades são sempre públicas, não é semelhante aquela constatada nas relações privadas.

A moralidade administrativa, como é conhecida, apresenta algumas diferenças com relação à moral comum. Aquela regula um conjunto de entidades e pessoas que, representando um dado povo, manifestam poderes vinculados a fins coletivos. Já a última diz respeito a um tipo de regra (não dotadas de imperatividade e obrigatoriedade) que regula as relações mantidas entre os particulares enquanto seres dotados de direitos e liberdades.

O art. 5º, inciso LXXIII da Constituição Federal explicita a expressão “moralidade administrativa”, indicando ser diversa da moral visualizável nas relações privadas. Alguns autores apontam para a existência desta dúplici concepção da moral, como se pode notar do trecho escrito por Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Mesmo os comportamentos ofensivos da

---

<sup>265</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.651-652.

<sup>266</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.452.

moral comum implicam ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”<sup>267</sup> Complementa seus comentários asseverando:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.<sup>268</sup>

Como é possível notar, a moralidade administrativa seria uma moral qualificada pela finalidade pública e pela importância, atribuída aos entes regulados pelas suas regras, na determinação do destino de uma sociedade. Todo serviço deve respeitar esta moral, sendo clarividente tal conclusão. Destarte, serviço adequado é, também, serviço que respeite a moral administrativa no seu exercício cotidiano, açambarcando a moral comum.

Dentre os princípios descritos no art. 37, *caput* da Constituição Federal, também pode ser identificado aquele que impõe uma atuação transparente aos agentes estatais, cujo nome é princípio da publicidade. O ente estatal, por deter poderes que originariamente eram titularizados pelo povo, não tem livre disposição destes. Por isso, necessita estar constantemente submetido à fiscalização e controle, o que somente é possível quando as atividades que se pretende sindicarem são conhecidas, públicas, não sigilosas.

A publicidade é condição *sine qua non* para que haja uma efetiva fiscalização e controle popular ou institucional, das atividades estatais. Todos os serviços estatais, por conta deste princípio, devem ser públicos, salvo raríssimas exceções. Dentro das diversas hipóteses em que se exclui a obrigação da Administração de publicar seus atos, são perceptíveis algumas características comuns: são situações em que o interesse interno do Ente público ou intimidade/privacidade do envolvido no caso prevalecem; são hipóteses em que a própria natureza e finalidade do procedimento/processo apontam para a existência de um sigilo como condição para efetiva concretização de suas fases e real alcance de seus objetivos.

Necessário que se analise, aqui, algumas circunstâncias em que se admite, como adequado, um serviço mesmo que ele seja não público. Em outras palavras, é importante observar as condições em que são aceitáveis as exceções a publicidade, subsistindo a adequação do serviço prestado em sigilo.

A primeira hipótese que aponta para um necessário segredo na atividade estatal é aquela em que há predominância do interesse de preservação da honra, da imagem, da

---

<sup>267</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.77.

<sup>268</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.77.



privacidade e da intimidade do agente público. Antes de continuar analisando tal situação, é interessante fazer um pequeno exame das diferenças destes três institutos.

A honra pode ser conceituada sob dois enfoques: objetivo e subjetivo. A honra objetiva diz respeito à reputação do indivíduo, ao modo como ele é visto perante seus pares. Já a honra subjetiva se relaciona com a forma como o indivíduo se sente consigo mesmo diante de uma dada situação vexatória ou aviltante; trata-se de sensação própria, interna e peculiar do indivíduo, não passível de constatação ou aferição.

Quando há, numa dada situação de exercício de uma atividade estatal, um interesse individual, de um agente público, de manter ou restabelecer a sua honra – predominando, este, sobre o direito da população de conhecer os atos da Administração –, haverá um devido e necessário sigilo. Por óbvio, isso não acarretará qualquer ilegalidade ou inadequação do serviço público envolvido.

Sobre a privacidade e a intimidade é possível fazer alguns comentários. São dotados de características próprias e diversas. Apesar disso, se reconhece que, muitas vezes, representam idéias afins e complementares. *Ab initio* afirma-se que a expressão privacidade e intimidade englobam um conjunto de dados e informações normalmente não devassados, por *sponte propria*, pelos seus respectivos donos. Dizem respeito a algo que se quer manter em segredo para uma grande quantidade de pessoas ou até para todas elas.

O conceito desses institutos é mais facilmente visualizável quando se precisam as divergências existentes entre eles. A principal diferença identificada entre intimidade e privacidade se refere ao grau de sigilo que se credita a uma dada informação de interesse estritamente individual. O campo do íntimo é muito mais restrito do que o campo do privado. A intimidade é geralmente relacionada com algo de conhecimento restrito do indivíduo ou dele e de mais raríssimas pessoas. A privacidade é algo que, apesar de não exposto para todas as pessoas, é de conhecimento de um conjunto de indivíduos selecionados por critérios de afetividade, intimidade, parentesco ou afinidade. Assim é possível falar em privacidade referindo-se a uma pluralidade de pessoas, enquanto que intimidade geralmente implica admitir um indivíduo enquanto ser isolado dos outros, no seu espaço único, exclusivo.

Corroborando tal posicionamento pode ser transcrito o mencionado pelo autor José Afonso da Silva:

Não é fácil distinguir vida privada de intimidade. Aquela, em última análise, integra a esfera íntima da pessoa, porque é repositório de segredos e particularidades do foro moral e íntimo do indivíduo. Mas a Constituição não considerou assim. Deu destaque ao conceito, para que seja mais abrangente, como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver sua própria vida. Parte da constatação de que a vida das

peças compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto das pesquisas e das divulgações de terceiros, porque é pública. a vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição.<sup>269</sup>

Sobre o que se considera imagem a doutrina em pouco diverge. Mas há alguns pontos cruciais nesta exposição do assunto: quais são os limites, em filmagem e fotos, identificadores de uma imagem e quais são as circunstâncias em que sua exposição é presumivelmente permitida pelo sujeito capturado visualmente. Sobre estes assuntos tecem-se alguns comentários.

Quanto aos limites de exposição que constituem uma imagem, há que se observar o seguinte: nem sempre será necessária a exibição completa do corpo da pessoa filmada ou fotografada. Há casos em que a amostragem de parte do corpo (não necessariamente a face) já implica personificar a imagem, pois já torna possível a identificação da pessoa. Um exemplo bastante elucidador é a retirada de uma foto, filmagem escultura ou desenho da perna esquerda da apresentadora Angélica, em cuja pele há uma mancha escura bastante peculiar. O simples fato de se capturar, sob qualquer das recém mencionadas formas, tal mancha já configura violação da imagem da sobredita apresentadora. Conclui-se que a exposição não consentida, mesmo que parcial, de uma pessoa, já desrespeita o seu direito à preservação de sua imagem.

Sobre este assunto muitos doutrinadores se dispõem a comentar, a exemplo de Maria Helena Diniz, Silvio de Salvo Venosa e Luiz Alberto David Araújo. Eis os seus respectivos comentários: “O direito à imagem é de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem o seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causadora de dano a sua reputação.”<sup>270</sup> O segundo já defende: “[...] a imagem da pessoa é uma das principais projeções da nossa personalidade e atributo fundamental dos direitos personalíssimos.”<sup>271</sup> O último autor já faz uma diferenciação entre imagem retrato e imagem atributo, conforme se nota de seus escritos:

De um lado deve ser entendido como direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem etc.) da figura humana. De outro,

---

<sup>269</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.211.

<sup>270</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1: Teoria geral do direito civil, 23.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p.131.

<sup>271</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. v.1: Parte Geral. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2005, p.178.

porém a imagem assume a característica do conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecido pelo conjunto social.<sup>272</sup>

O segundo ponto bastante interessante sobre este tema é identificar em quais circunstâncias pode-se presumir uma prévia anuência do capturado, via foto, filmagem ou qualquer outro modo. Costuma-se defender que o indivíduo, quando situado em local público onde claramente ocorrerá filmagem ou fotografia, presumidamente consente com a captura de sua imagem. Este fato é notoriamente representado quando se visualiza o seguinte exemplo: estádios de futebol. Aquele que vai a uma partida de futebol de grande importância esportiva, como torcedor, sabe que poderá ter sua imagem mostrada na TV. Mas há discussão ainda sobre este assunto.

Há que se considerar que há diferença entre uma filmagem geral (sem focar nenhum dos filmados em especial) e filmagem individualizada (onde seja identificada facilmente quem se está filmando ou fotografando). A alegação de presunção de anuência, quando em locais público, parecer ser adequada somente quando a imagem é captada de forma geral, não focada. Mas, havendo focalização, possibilita-se a identificação da pessoa filmada ou fotografada, o que, como parece claro, viola seu direito de imagem.

Outro aspecto bastante relevante diz respeito ao direito de imagem dos agentes públicos. Pelo fato de agirem como guardiães de interesses alheios (cidadãos) e atuarem sempre em função do interesse público, haveria uma flexibilização deste seu direito. Mas isso não implica admitir, irrestritamente, a veiculação da imagem de um agente estatal quando fora do seu serviço público. A publicidade aqui se faz necessária sempre que: há um predominante interesse público; e esta publicidade seja condição para fiscalização e controle executado pela população, pela Administração ou pelo Poder Judiciário.

A segunda hipótese em que se permite o sigilo da atuação estatal se relaciona a peculiaridade de alguns processos ou procedimentos. Isto é notável quando se observa o procedimento administrativo conhecido como inquérito policial, que, por imposição do art. 20 do Código de Processo Penal<sup>273</sup>, é necessariamente sigiloso. A súmula Vinculante do STF n.º 14<sup>274</sup> confirma a característica sigilosa do Inquérito Policial, mas faz ressalvas a tal sigilo para

---

<sup>272</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008, p.155.

<sup>273</sup> Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade. Parágrafo único. Nos atestados de antecedentes que lhe forem solicitados, a autoridade policial não poderá mencionar quaisquer anotações referentes a instauração de inquérito contra os requerentes, salvo no caso de existir condenação anterior.

<sup>274</sup> A súmula vinculante n.º 14 tem o seguinte texto: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

o Advogado de defesa quanto às provas já produzidas. Os processos judiciais também podem não ser públicos, como nos casos previstos no art. 155 do Código de Processo Civil<sup>275</sup> e no art. 8º, 13, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>276</sup>.

Observando tais procedimentos e processos, percebe-se que pela matéria tratada ser eminentemente de interesse privado ou pela imprescindibilidade do sigilo para alcance os fins almejados num dado procedimento, a publicidade se faz restrita. Aqui se nota que não há qualquer inadequação do da atividade exercida pelo Poder Público já que há explícita permissão legal para não haver publicação dos respectivos atos. Assim, é serviço adequado o prestado com sigilo, desde que haja clara autorização na lei (expressão aqui adotada em sentido amplo).

Apesar de ser ter uma idéia bastante clara a respeito das funções de cada poder estatal, sabe-se que estas atividades não lhe são exclusivas. Em outras palavras, cada poder exerce a sua função típica, que prevalece, e a atípica. Dentro desta função anômala, percebe-se que uns exercem atribuições dos outros em uma dada situação. A guisa de exemplo deste exercício atípico, podem ser citadas as seguintes hipóteses: o Poder Judiciário elabora o seu próprio regimento interno, legislando internamente; o Presidente da República, integrante do Poder Executivo, edita medidas provisórias com força de lei; o Poder legislativo, através do Congresso Nacional, realiza as Comissões Parlamentares de Inquérito com poderes investigatórios típicos dos magistrados. Parece claro que todos os Poderes estatais têm suas próprias funções principais, porém estas não lhe são exclusivas.

Segundo os preceitos constitucionais de divisão de poderes, todos eles são independentes e harmoniosos entre si, exercendo atividades coordenadas de forma que melhor atendam ao interesse público. Visam, independente da vontade dos agentes públicos envolvidos, proporcionar o bem estar comum, coletivo, conforme determinação dos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição Federal vigente. Todos, sem distinção, são regidos pelo “estado de direito”.

Apesar de cada Poder ter sua própria atividade típica, a todos é imposto o cumprimento do previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, como se depreende de

---

<sup>275</sup> Art. 155. Os atos processuais são públicos. Correm, todavia, em segredo de justiça os processos: I - em que o exigir o interesse público; II - que dizem respeito a casamento, filiação, separação dos cônjuges, conversão desta em divórcio, alimentos e guarda de menores. Parágrafo único. O direito de consultar os autos e de pedir certidões de seus atos é restrito às partes e a seus procuradores. O terceiro, que demonstrar interesse jurídico, pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e partilha resultante do desquite.

<sup>276</sup> Eis os termos do art. 8º, ponto 13, do Pacto de São José da Costa Rica: “Artigo 8º - Garantias judiciais. [...] 13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

seus escritos.<sup>277</sup> Este artigo estabelece alguns princípios aplicáveis à Administração Pública: da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A expressão “Administração Pública” pode ser entendida, segundo alguns autores, sob a ótica objetiva ou subjetiva. No primeiro sentido, diz respeito a:

[...] gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia).<sup>278</sup>

No segundo sentido, subjetivo, significa o “[...] conjunto de agentes, órgãos e pessoas jurídicas que tenham a incumbência de executar as atividades administrativas.”<sup>279</sup> Destarte, a expressão Administração Pública diz respeito a quem exerce, direta ou indiretamente, a atividade administrativa, como também se refere a esta própria atividade. Independente do foco semântico adotado, a descrição constante do *caput* do art. 37 da nossa Constituição se faz imperioso.

O princípio da eficiência foi o último a ser inserido no rol descrito no art. 37, *caput*, da Constituição Federal – pela Emenda Constitucional n.º 19/1998. Tal princípio impõe uma adequação entre os fins e os meios, exigindo-se que estes sejam econômicos, rápidos, utilitários. Esta eficiência naturalmente deve estar sempre aliada à idéia de eficácia, ou seja, de atingimento dos fins almejados.

Sobre o assunto versa José dos Santos Carvalho Filho: “[...] a eficiência transmite sentido relacionado ao modo pelo qual se processa o desempenho da atividade administrativa, a idéia diz respeito, portanto, à conduta dos agentes.”<sup>280</sup> Complementa o mesmo autor: “[...] a eficiência reclama que o Poder Público se atualize com os novos processos tecnológicos, de modo que a execução seja mais proveitosa com menor dispêndio.”<sup>281</sup>

Fernanda Marinela também escreve sobre o princípio da eficiência versando a respeito do seu núcleo:

O núcleo do princípio é a procura de produtividade e economicidade e, o que é o mais importante, a exigência de reduzir os desperdícios de dinheiro

<sup>277</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

<sup>278</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14 ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p.09.

<sup>279</sup> *Idem. Ibidem*, p.09.

<sup>280</sup> *Idem. Ibidem*, p.23.

<sup>281</sup> *Idem. Ibidem*, p.270.

público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição e rendimento funcional.<sup>282</sup>

Sobre o mesmo princípio ainda faz precisos comentários o autor Wilson Rocha de Almeida Neto:

Embora tal princípio deite raízes na ciência da administração, não se limita, juridicamente, á idéia de mera economicidade nem se confunde com a noção de eficiência que grassa naquele ramo do saber. É por não se limitar a uma mera análise quantitativa da relação meios/resultados que a eficiência, no campo jurídico, apresenta singularidades.<sup>283</sup>

Para completar seu raciocínio o mesmo autor exemplifica e apresenta sua conclusão:

Muitas vezes, um determinado ato, conquanto tenha causado prejuízos para a Administração, não pode ser rotulado de ineficiente se, nas circunstâncias fáticas em que foi praticado, assegurou concretamente a dignidade da pessoa humana e satisfaz necessidades coletivas. É por estar orientado para o bem comum e permeado pelo valor fundamental de dignidade da pessoa humana que o princípio, quando inserido no sistema de valores constitucionais, ganha conteúdo próprio, para além de uma abordagem meramente econômica. Daí porque, não é possível divisar, no princípio da eficiência, apenas uma exigência de racionalidade e otimização no uso dos meios (noção de economicidade), mas também de qualidade e satisfatoriedade dos resultados (frente à satisfação de necessidades coletivas e ao resguardo da dignidade da pessoa humana).<sup>284</sup>

Também trataram sobre o mesmo tema autores como Celso Antônio Bandeira de Mello. Eis os seus termos: “o princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no direito italiano: o princípio da ‘boa administração’.”<sup>285</sup> Acrescenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. [...] É com esse objetivo que estão sendo idealizados institutos, como os contratos de gestão, as agências autônomas, as organizações sociais e tantas outras inovações com que se depara o administrador a todo momento.<sup>286</sup>

<sup>282</sup> MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2005, p.41.

<sup>283</sup> ALMEIDA NETO, Wilson Rocha. *Inteligência e Contra-inteligência no Ministério Público*. Belo Horizonte: Dictum, 2009, p.80.

<sup>284</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.80.

<sup>285</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14 ed., São Paulo, 2002, p.104.

<sup>286</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed., São Paulo: Atlas, 2009, p.82-83.

Arremata Hely Lopes Meirelles versando de forma bem acertada sobre o dever de eficiência:

[...] o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.<sup>287</sup>

O dever de prestação de seus serviços públicos de forma eficiente, imposto à Administração Pública, também pode ser visualizado em algumas normas infraconstitucionais, a exemplo do Decreto-Lei 200/67<sup>288</sup>. Este instituto legal traz, em seu bojo, algumas imposições norteadas por critérios de eficiência: submete toda atividade do Poder Executivo a um controle de resultado (art. 13 e 25, V<sup>289</sup>); impõe à Administração indireta uma supervisão ministerial quanto à sua eficiência administrativa (art. 26, III<sup>290</sup>); ressalta a importância do sistema de mérito (art. 25, VII<sup>291</sup>); e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (art. 100<sup>292</sup>).

Outro artigo da Constituição Federal – art. 175, *caput* e parágrafo único, inciso IV<sup>293</sup> –, cumulado com o art. 6º – *caput* e parágrafo único – da Lei 8.987/1995<sup>294</sup>, reforçam ainda mais a existência do dever de os prestadores de serviços públicos agirem com eficiência em qualquer serviço direcionado ao atendimento dos interesses públicos.

<sup>287</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.102.

<sup>288</sup> Este Decreto dispõe sobre a “[...] organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.”

<sup>289</sup> Eis os termos dos artigos mencionados do Decreto n.º 200/67: “Art. 13 O controle das atividades da Administração Federal deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos, compreendendo, particularmente: a) o controle, pela chefia competente, da execução dos programas e da observância das normas que governam a atividade específica do órgão controlado; b) o controle, pelos órgãos próprios de cada sistema, da observância das normas gerais que regulam o exercício das atividades auxiliares; c) o controle da aplicação dos dinheiros públicos e da guarda dos bens da União pelos órgãos próprios do sistema de contabilidade e auditoria. [...] Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: V - Avaliar o comportamento administrativo dos órgãos supervisionados e diligenciar no sentido de que estejam confiados a dirigentes capacitados. [...] VII - Fortalecer o sistema do mérito.”

<sup>290</sup> Eis os termos do artigo mencionado do Decreto n.º 200/67: “Art. 26. No que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: [...] III - A eficiência administrativa.”

<sup>291</sup> Eis os termos dos artigos mencionados do Decreto n.º 200/67: “Art. 25. A supervisão ministerial tem por principal objetivo, na área de competência do Ministro de Estado: [...] VII - Fortalecer o sistema do mérito.”

<sup>292</sup> Eis os termos dos artigos mencionados do Decreto n.º 200/67: “Art. 100. Instaurar-se-á processo administrativo para a demissão ou dispensa de servidor efetivo ou estável, comprovadamente ineficiente no desempenho dos encargos que lhe competem ou desidioso no cumprimento de seus deveres.”

<sup>293</sup> Prevê o Art.175 da Constituição Federal que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” Complementa o parágrafo único deste mesmo artigo, em seu inc. IV, que a lei disporá sobre “a obrigação de manter serviço adequado.”

<sup>294</sup> O art. 6º, *caput*, da Lei 8.987/1995 prevê que “toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato”. Os parágrafos deste instituto legal ainda acrescentam que serviço adequado é aquele que “[...] satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. (grifos nossos)

Estes posicionamentos doutrinários e manifestações legiferantes da importância de uma atuação eficiente do Estado no exercício de suas obrigações e deveres. Tal se percebe ainda mais quando se está diante da obrigação de cumprir direitos fundamentais ligados à idéia de uma existência condigna – a exemplo do direito à saúde.

Há, segundo alguns doutrinadores, gerações ou dimensões de direitos positivados, principalmente, na Constituição de cada País. Dentro destas dimensões, há algumas subclassificações. Os de primeira geração, “[...] voltados ao valor liberdade, foram classificados como direitos negativos, como limites constitucionais ao poder do Estado.”<sup>295</sup> O de segunda geração, relacionados mais a direitos sociais, [...] voltam-se não a uma abstenção do Estado, mas a uma ação, o que lhes dá a característica de positivos”<sup>296</sup>

Diante do escrito acima, é possível perceber que, a depender da classe a que pertença o direito, se identifica uma finalidade que lhe é peculiar e é imposta uma obrigação diferente para o Estado. É o que conclui Gustavo Amaral:

Enquanto os direitos de liberdade nascem contra o superpoder do Estado – e, portanto, com o objetivo de limitar o poder –, os direitos sociais exigem, para sua realização prática [...] a ampliação dos poderes do Estado.<sup>297</sup>

Corroborar tal posicionamento Virgílio Afonso da Silva:

Se ‘proteger direitos sociais’ implica uma exigência de ações estatais, a resposta à pergunta ‘o que faz parte do âmbito de proteção desses direitos?’ tem que, necessariamente, incluir ações. ‘Proteger direitos’, nesse âmbito, significa ‘realizar direitos’. Por isso, pode-se dizer que o *âmbito de proteção* de um direito social é composto pelas *ações estatais que fomentem a realização desse direito*. [...] resta, para completar o modelo, a definição da consequência jurídica, isto é, [...] o que acontece quando uma ação estatal que poderia fomentar a realização de um direito social não é realizada e, para isso, não há fundamentação jurídico-constitucional? A resposta somente pode ser: há um *direito definitivo* à realização dessa ação.<sup>298</sup>

Como se nota, em se tratando de direitos sociais, é clara a necessidade de uma atuação estatal positiva tendente a produzir condições para exercício destes direitos. Caso o Estado não tome as medidas cabíveis para que tais direitos possam ser executados, abre-se margem para ações judiciais, dando oportunidade ao Poder Judiciário de intervir reclamando o cumprimento das obrigações estatais.

<sup>295</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.56.

<sup>296</sup> *Idem. Ibidem*, p.57.

<sup>297</sup> *Idem. Ibidem*, p.56.

<sup>298</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais*: Conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009, p.77.



Sobre a possibilidade de intervenção judicial quando Estado é omissivo quanto ao cumprimento de direitos, também se manifesta Andreas J. Krell: “[...] os direitos sociais podem funcionar como verdadeiros direitos subjetivos e ser invocados judicialmente por meio de ações de inconstitucionalidade por omissão e ação.”<sup>299</sup>,

A obrigação de fazer a que se submete o Estado não é algo apenas decorrente da positivação dos direitos sociais. Existe também perante outros direitos, como assevera Virgílio Afonso da Silva:

Nem todo direito a prestação é um direito social. [...] também as liberdades públicas e os direitos políticos exigem uma prestação estatal. No caso das liberdades pode-se dizer, por exemplo, que elas exigem que o Estado aja no sentido de protegê-las e, além disso, que crie as instituições e os procedimentos necessários ao seu exercício. No caso dos direitos políticos basta que se pense na realização das eleições, na organização de uma Justiça Eleitoral e na criação de um arcabouço legal regulador do processo partidário-eleitoral [...]. Os direitos decorrentes desses deveres estatais são os direitos a prestações em sentido amplo, e se diferenciam dos direitos sociais na medida em que não têm como objetivo a realização de uma igualdade material entre os indivíduos, que é o escopo por excelência desses últimos.<sup>300</sup>

Para exercer todas as atividades necessárias a efetivação deste seu dever constitucional, o Estado precisa se utilizar dos recursos disponíveis. No uso do seu orçamento para tais fins, conforme todo o exposto alhures, o Estado deve ser eficiente, para que atenda ao maior número de demandas da sociedade com o menor gasto e dentro do menor espaço de tempo. Tais demandas, via de regra, se reduzem a efetivação de direitos.

Grande discussão paira sobre a existência, no direito previsto abstratamente (enquanto letra da lei), de um conteúdo inviolável, indisponível, inalienável e inegociável dentro das diversas subespécies de um direito único<sup>301</sup>. Aqui surge a idéia de um “mínimo existencial”, visualizado casuística (em cada caso concreto haveria um mínimo diverso) ou abstratamente (na mera previsão legal já haveria um mínimo que deveria estar disponível para todos os indivíduos). Este idéia de mínimo existencial traz conseqüências para o Estado no

<sup>299</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.36, n.144, out./dez, 1999, p.251.

<sup>300</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p.79.

<sup>301</sup> Para melhor explicar tal afirmativa formula-se um exemplo. Dentro do direito à saúde há diversas subespécies de direitos, como o direito à medicação, direito a tratamento preventivo, direito à intervenção cirúrgica essencial a sobrevivência do indivíduo, direito a um ambiente de trabalho salubre, etc. O que se discute é se haveria ou não um núcleo inviolável e inalienável dentro de todas estas subespécies do direito à saúde, pela sua mera previsão na Constituição.

que tange as suas obrigações e deveres – podendo ampliá-los ou restringi-los –, perante os destinatários das normas sobre direitos fundamentais.

Sobre este mínimo existencial tece alguns comentários Andreas Joachim Krell:

A teoria engenhosa que liga a prestação do ‘mínimo social’ aos direitos fundamentais de liberdade (primeira geração) é fruto da doutrina alemã pós-guerra que tinha de superar a ausência de qualquer direito fundamental social na Lei Fundamental de Bonn, sendo baseada na função de estrita normatividade e jurisdicionalidade do texto constitucional. Assim, a Corte Constitucional Alemã extraiu o direito a um ‘mínimo de existência’ do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1, I, Lei Fundamental), do direito à vida e à integridade física, mediante interpretação sistemática junto ao princípio do Estado Social (art. 20, I). Não há dúvidas que ela parte de um direito fundamental a um ‘mínimo vital’. Ao mesmo tempo, a Corte deixou claro que esse ‘padrão mínimo indispensável’ não poderia ser desenvolvido pelo Judiciário como ‘sistema acabado de solução’, mas por meio de uma ‘casuística gradual e cautelosa’.<sup>302</sup>

Concorda-se com este autor quando fala que o “mínimo existencial” somente pode ser aferido em cada caso concreto. O autor Robert Alexy, em seu livro teoria dos direitos fundamentais corrobora tal posicionamento, como se percebe nos comentários feitos por este último autor, a respeito do mínimo existencial, quando explica o princípio da igualdade:

O caso do mínimo existencial pode ser considerado como um exemplo de um caso nesses termos. Sem recorrer a comparações é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente. Como a História e outros países demonstram, o mínimo existencial absoluto pode ser fixado em um patamar extremamente baixo. Sob a Constituição alemã o que importa é o mínimo existencial relativo, ou seja, aquilo que sob as condições de cada momento da República Federal da Alemanha seja considerado como mínimo existencial. Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em cada momento seria renunciar ao um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir. Nesses casos, o conceito de dignidade humana praticamente não oferece nenhum padrão racionalmente controlável. Mas esse padrão pode ser oferecido, em nível constitucional, pelo princípio da igualdade fática. Esse princípio exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente, mas, por força de princípios colidentes, o padrão poderá ficar abaixo desse nível. Claro que, com isso, tudo passa a ser uma questão de sopesamento, mas, em primeiro lugar, isso não é incomum em questões envolvendo direitos fundamentais e, além disso, sopesamentos podem ser realizados de forma racional. Nesse sentido, o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática.<sup>303</sup>

<sup>302</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.36, n.144, out./dez, 1999, p.247.

<sup>303</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, 427-428.

Somente a partir de um caso concreto que é possível, a partir de uma ponderação, chegar-se a idéia de um “mínimo de direitos” (ou de seu conteúdo) que deve ser protegido judicialmente. Complementa seu raciocínio Robert Alexy quando escreve a respeito do direito dos cidadãos a ações estatais positivas:

Os direitos que o cidadão tem, contra o Estado, a ações estatais positivas podem ser divididos em dois grupos: aquele cujo objeto é uma ação fática e aquele cujo objeto é uma ação normativa. Trata-se de um direito a uma ação positiva fática quando se supõe um direito de um proprietário de escola privada a um auxílio estatal por meio de subvenções, quando se fundamenta um direito a um mínimo existencial ou quando se considera uma “pretensão individual do cidadão à criação de vagas nas universidades”. O fato da satisfação desse tipo de direitos ocorrer por meio de alguma forma jurídica não muda nada no seu caráter de direito a uma ação fática. É indiferente para a satisfação do direito de que forma ela ocorre. Decisivo é apenas o dato de que, após a realização da ação, os proprietários de escolas privadas disponham de meios suficientes, que os necessitados disponham do mínimo para sua existência e que exista uma vaga na universidade para aquele que quer estudar. A irrelevância da forma jurídica na realização da ação para a satisfação do direito é o critério para a distinção entre direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas. Direitos a ações positivas normativas são direitos a atos estatais de criação de normas.<sup>304</sup>

Este mínimo seria equivalente a parcela do direito a que o Poder Público estaria obrigado a implementar independente de qualquer limitação orçamentária. Isso também é exposto pelo autor alemão multicitado ao discutir uma decisão do Tribunal Constitucional alemão:

O Tribunal Constitucional Federal fala de um “direito a ser admitido no curso universitário de sua escolha”, que, embora conferido, em princípio, ao cidadão que tenha concluído o ensino médio, está sob a “reserva do possível”. [...] esse direito deve ser visto como um direito subjetivo *prima facie* vinculante (2). Por fim, um direito subjetivo definitivo vinculante (1) é o direito a um mínimo existencial.<sup>305</sup>

O mínimo existencial seria o menor grau admissível de efetivação de um dado direito fundamental positivado na Constituição Federal. Fora deste limite mínimo, abrir-se-ia uma margem de controle a ser realizado pelo Poder Judiciário em cada caso concreto submetido a sua apreciação. Aqui, dentro do inadimplemento deste mínimo, casuístico ou *in abstracto*, não caberia, em tese, a alegação pela Administração Pública de insuficiência de reservas financeiras, principalmente se não houver eficiência em sua atuação. Este é um dos pontos abordados, de forma acessória, neste trabalho.

<sup>304</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, 201-202.

<sup>305</sup> *Idem. Ibidem*, p.502.

Sabe-se que esta idéia de atendimento do mínimo diz mais respeito à noção de eficácia (alcance dos fins almejados) do que de eficiência. Mas não há como qualificar um serviço público como eficiente se não for eficaz, já que a eficiência é sempre referenciada pelos fins que almeja uma dada atividade.

Não são poucas as vezes que a Administração Pública se utiliza do argumento da “reserva do possível” para justificar sua atuação ineficaz ou ineficiente. Antes de se analisar a relação entre a eficiência com a reserva do possível, é necessário fazer maiores considerações a respeito deste último.

Como já fora mencionado, o princípio da eficiência diz respeito aos meios utilizados pelo Estado na prestação de suas atividades. Uma administração pública eficiente precisa dispor de serviços regulares, contínuos, atuais, rápidos, baratos, seguros e eficazes. Além disso, precisa gastar o orçamento que dispõe de forma a melhor cumprir os deveres impostos Constituição Federal e atender aos interesses coletivos.

É sabido que o Estado não dispõe de numerário ilimitado para concretizar tudo aquilo que está definido abstratamente na Constituição Federal e em Leis esparsas. A forma como a receita orçamentária disponível é gasta é uma das escolhas inerentes à implementação de políticas públicas, atividade discricionária por excelência. É conhecido o argumento da impossibilidade de controle judicial do mérito administrativo de atividades estatais desta espécie. Mas não se pode afastar a idéia de eficiência da atividade de distribuição do orçamento e seu uso na prestação de serviços públicos. Isto se faz ainda mais notório quando são analisados os programas estabelecidos constitucionalmente e os direitos que lhe são iminentes. Eis que surge o questionamento sobre o fato de o Estado não estar dispendo eficientemente de seu orçamento.

Sobre a necessidade de uma melhor distribuição de recursos afirma o autor Dirley da Cunha Júnior:

Não se trata de desconsiderar que o Direito não tem a capacidade de gerar recursos materiais para sua efetivação. Tampouco negar que apenas se pode buscar algo onde algo existe. Não é este o caso, pois aquele ‘algo’ existe e sempre existirá, só que não se encontra – este sim, é o caso – devidamente distribuído! Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas (fomento econômico a empresas concessionárias ou permissionárias mal administradas; serviço da dívida; mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, como jatinhos, palácios residenciais, festas pomposas, seguranças desnecessários, carros de luxo blindados, comitivas desnecessárias em viagens internacionais, pagamento de diárias excessivas, manutenção de mordomias a ex-Presidentes da República; gastos em

publicidade, etc.) para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o de condições mínimas de existência.<sup>306</sup>

A parte mais pobre da sociedade brasileira tem uma carência, quase que total, quanto à implementação de seus direitos sociais, a exemplo do direito à saúde. É sabido que a discricionariedade é inerente a atividade de criação e execução de políticas públicas. Dentro destas, a possibilidade de escolha do investimento financeiro é algo constante. Os recursos são destinados a concretização dos mais diversos fins. A determinação destes fins é feita seguindo interesses, muitas vezes, distantes do interesse da extrema maioria da população – via de regra, mais pobre e menos instruída.

Diante de tudo isso, eis que surge um questionamento: como controlar uma atividade tão fortemente discricionária se hoje ainda se tem grande resistência em admitir um controle judicial de atos discricionários? Uma possível resposta a tal assertiva é buscar identificar, nestas espécies de atos, um aspecto de legal (de violação da lei ou princípios), possibilitando uma intervenção do Poder Judiciário em defesa dos menos favorecidos da sociedade brasileira.

Neste ponto que se torna notória a importância do princípio da eficiência. Ele é reconhecido no rol do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, sendo imposto a toda a Administração Pública, inclusive quando esta se encontra atuando discricionariamente. Eis uma jurisprudência sobre o assunto:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. - Recurso ordinário desprovido." (STJ, Sexta Turma, RMS 14967/SP, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.04.2003 p. 272)

Geralmente se entende que o Poder Judiciário pode intervir em atividades estatais discricionárias somente quando há violação da lei, afastando-se da análise do mérito administrativo. Este também é o posicionamento defendido em algumas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, a exemplo da descrita abaixo:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a

---

<sup>306</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.309-310.

Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido." (STJ, Segunda Turma, REsp 429570/GO; Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219)

Identificando-se que o Estado está atuando de forma ineficiente, pode sim o Magistrado, quando judicialmente provocado, apreciar ato discricionário relativo a políticas públicas, controlando e fiscalizando serviços públicos inadequados. Isto implica dizer que o Juiz está apto a impor à Administração Pública a alocação de recursos quando visualizar que a demanda apreciada é razoável, quando perceber que houve ineficiência no emprego dos recursos disponíveis e quando não tiver sido garantido ao demandante o “mínimo existencial” para viver com dignidade. O argumento da “reserva do possível” somente pode ser admitido quando um destes critérios faltar.

Porém, como já fora asseverado, a razoabilidade somente pode ser aferida em cada caso concreto, diante de cada demanda social. A teoria da “reserva do possível” somente poderá ser utilizada como justificativa adequada para o não atendimento de necessidades sociais se se notar a presença dos seguintes indicativos: um direito não atendido pelo Estado; uma demanda razoável formulada pelo indivíduo; orçamento disponível pelo Estado para realização de políticas públicas socializantes; grau de eficiência da Administração Pública em suas atividades, principalmente aquela envolvida na disposição de seus fundos; e uma ausência de comprometimento de outras políticas públicas, o que afetaria interesses ou direitos de um grande número de cidadãos. Sobre este último indicativo, assevera Gustavo Amaral:

Firmado que há menos recursos do que o necessário para o atendimento das demandas e que a escassez não é acidental, mas essencial, toma vulto a alocação de recursos. As decisões alocativas são [...], escolhas trágicas, pois, em última instância, implicam na negação de direitos que, no campo da saúde, podem redundar em grande sofrimento ou mesmo em morte.<sup>307</sup>

Nota-se que as decisões judiciais envolvendo controle de políticas públicas, atendimento de direitos e alocação de recursos, é bastante complexa. Sempre envolvem interesses conflitantes entre si, como o público e o privado. As demandas propostas perante o

<sup>307</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.57.

Poder Judiciário, via de regra, são individuais, mas não pouco dispendiosas para o Estado, vinculando recursos que poderiam ser destinados ao atendimento de interesses coletivos. Por este motivo que se propõe alguns mecanismos processuais para alcance da decisão mais justa e equânime.

Como já fora dito, é necessário sempre que o Estado seja eficiente em suas atividades, por imposição constitucional. Num processo em que haja a discussão a respeito da obrigação estatal de efetivar direitos e da falta de recursos, necessita perpassar pela análise da eficiência do Poder Público. Porém, processualmente isso deve se dar, segundo aqui se propõe, da seguinte forma: primeiro se faz necessário analisar se realmente houve ou não a violação de um direito; segundo, é preciso questionar se este direito implica grandes custos para o Estado; terceiro, busca-se identificar se a demanda é ou não razoável; quarto, se pergunta se há recursos disponíveis para o adimplemento da obrigação discutida judicialmente; quinto, verifica-se a disponibilidade de recursos; sexto, caso haja a alegação, pelo Estado, de insuficiência de recursos, que lhe seja imposto o dever de comprovar sua eficiência na disposição de seu orçamento; sétimo, que se analise o grau de comprometimento de outras políticas públicas e, reflexamente, de outros direitos individuais, coletivos ou difusos de cidadãos indiretamente envolvidos; oitavo, no caso de não ser comprovado pelo Poder Público que atende ao princípio da eficiência, o Magistrado poderá impor uma alocação de recursos, atendendo ao direito pedido em juízo.

Nestas medidas estão descritas todas as questões discutidas neste ponto do trabalho: a eficiência estatal, no cumprimento de suas obrigações, enquanto requisito essencial para a alegação de “reserva do possível” como justificativa para o inadimplemento de demanda razoável, inclusa na idéia do “mínimo existencial”. Isto implica concluir pelo seguinte: o serviço público, destinado ao cumprimento de direitos e ao atendimento de interesse público, pode apresentar problemas na sua prestação por insuficiência de recursos, mas somente será admitida como minimamente adequado quando atuar de forma eficiente diante dos meios disponíveis e dos fins almejados.

#### 4.1.1.1.2 Art. 37, §6º, da Constituição Federal

O texto do art. 37, § 6º da Constituição federal versa a respeito da responsabilização estatal pelos danos que, direta ou indiretamente, cause aos cidadãos.<sup>308</sup> No corpo deste artigo se percebe, a partir de uma leitura mais extensiva, que adequado é o serviço que não causa danos ao seu usuário ou beneficiário. Esta conclusão é fácil de ser alcançada. Mas cabe também fazer alguns comentários a respeito de algumas expressões retiradas deste trecho constitucional. As expressões “pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado” englobam os mais diversos entes integrantes do conceito subjetivo de Administração Pública. Abarcam a União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios (como pessoas jurídicas de direito público interno), incluindo seus respectivos órgãos – todos integrantes da Administração Direta –, e as outras entidades componentes da Administração Indireta, a exemplo das autarquias, fundações públicas (pessoas jurídicas de direito público), as sociedades de economia mista e empresas públicas (pessoas jurídicas de direito privado).

Interessante também é versar a respeito do sentido creditado à expressão “agentes”. Aqui, quando a constituição fala em responsabilização estatal, busca permitir sua ocorrência em todos os casos em que o Estado tenha sido o causador de um dano por intermédio de uma atuação de seus diversos prestadores de serviços. O vocábulo agentes é bastante amplo, guardando em seu conteúdo os mais diversos tipos (doutrinários, legais ou jurisprudenciais) de agentes que servem aos fins públicos, o que inclui o agente político.

Diante disso, parece inevitável concluir que qualquer serviço estatal, prestado por qualquer das entidades públicas enquadrados no conceito de Administração Pública, devem evitar causar danos sob pena de se configurar uma prestação inadequada de serviço público.

#### 4.1.1.1.3 Art. 37, §8º, da Constituição Federal

O conteúdo normativo descrito no art. 37, § 8º da Constituição Federal<sup>309</sup> vem estabelecer mecanismos de controle de qualidade dos serviços públicos. Tal parágrafo fora

---

<sup>308</sup> Art. 37, § 6º da Constituição Federal tem o seguinte texto: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

<sup>309</sup> “§ 8º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre: [...] II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes; [...]”



inserido no ordenamento nacional pela Emenda Constitucional n.º 19, que implementou uma reforma administrativa de grande vulto na Administração, tendo como mola mestra o princípio da eficiência.

Fora descrito no sobredito parágrafo que os órgãos e entidades da administração direta e indireta poderão ser submetidos a controle e avaliações de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidades dos dirigentes. Tudo isso aponta para a necessária atenção do Poder Público quanto à manutenção da adequação dos serviços públicos.

As metas de desempenho são nortes a serem seguidos para se manter a eficiência e eficácia da Administração. As avaliações constantes são instrumentos úteis para aferir se os meios utilizados são aptos a alcançarem os objetivos almejados. As obrigações dos dirigentes servem para controlar seus atos, sempre os tornando afetos a interesses públicos e a critérios de adequação. A responsabilidade, como mecanismo compensatório ou reparatório de danos causados, serve para restabelecer, dentro do possível, o *status quo ante*.

Destarte, parece o estabelecimento de metas e avaliações de desempenho, juntamente com a fixação de obrigações e responsabilidade do dirigente público, são mecanismos hábeis a atenderem as exigências de adequação dos serviços públicos prestados.

#### 4.1.1.2 Art. 39, §§ 2º e 7º, da Constituição Federal

A mesma Emenda Constitucional n.º 19 trouxe para o cenário jurídico brasileiro o texto normativo descrito no art. 39, §§ 2º e 7º da Constituição Federal<sup>310</sup>. Seguindo a tendência, trazida por essa emenda, de tornar as atividades públicas mais eficientes, prevê o sobredito § 2º do art. 39 que os servidores dos entes estatais, regulados por um regime público, serão submetidos a cursos de formação e o aperfeiçoamento. A exigência de se submeterem a estes cursos para que possam ser promovidos na carreira, demonstra uma

---

<sup>310</sup> O Art. 39, §§ 2º e 7º da Constituição Federal prevê o seguinte texto: “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...] § 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados. [...] § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.”

preocupação em tornar os agentes públicos mais eficientes e capacitados no exercício de seus misteres.

No mesmo art. 39, no seu § 7º, há uma complementação do disposto no seu § 2º. Prevê-se a aplicação de recursos orçamentários no desenvolvimento de alguns programas “[...] qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.” Aqui se notam diversas medidas passíveis de majorar a qualidade de um serviço qualquer, principalmente o público. A idéia de qualidade seria gênero de que seriam espécies todas as outras medidas transcritas logo acima. Todas estas medidas devem ser implementadas conjuntamente, dada a indissociabilidade existente entre elas.

A primeira delas diz respeito ao estabelecimento de programas de produtividade. Aqui, aproveitando-se de expressão típica de mercado, impõe-se um guinada na balança financeira dos serviços públicos a fim de privilegiar os lucros, os bônus, os frutos e os benefícios enquanto se apequenam os gastos. Sobre noções de produtividade pronuncia-se o autor Paulo Nunes da seguinte maneira:

A Produtividade é um indicador de eficiência de uma organização ou de um país muito utilizado em análises económicas e financeiras e em comparações internacionais. É calculado pela comparação entre a quantidade ou valor de output e a quantidade ou valor do input necessário para a produção desse mesmo *output*. Apesar de poder ser utilizado para medir a eficiência na utilização de qualquer input, o conceito de produtividade é mais frequentemente utilizado para medir a eficiência na utilização do factor trabalho. Neste caso, a produtividade é calculada pela divisão da quantidade produzida pelo número de horas (ou pelo número de trabalhadores) necessários para conseguir essa produção.<sup>311</sup>

Dentro deste trecho legislativo podem ser apontados outros aspectos relevantes, a exemplo da necessária implementação de treinamento. Ao treinar, há uma natural especialização funcional, aprimorando-se as atividades e facilitando-se o alcance de melhores resultados. O constante aprimoramento profissional dos servidores é um dos mecanismos úteis a manutenção da qualidade de todo e qualquer serviço. O desenvolvimento, também previsto no mesmo texto legislativo, figura como uma conseqüência provável do treinamento. Implica uma evolução, progredindo-se de um estágio inicial para um que lhe seja superior em um ou vários aspectos.

Cabe, ademais, fazer alguns comentários sobre modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público. Estes três pilares geralmente precisam ser explicados de

---

<sup>311</sup> NUNES, Paulo. *Conceito de produtividade*. Disponível em: <<http://www.knoow.net>> Acessado em: 21 fev. 2010.

forma conjunta. Uma efetiva modernização geralmente perpassa por um reaparelhamento e por uma reformulação dos padrões lógicos que regem um serviço. A troca de tecnologia (de velha e ineficiente a uma nova, rápida, eficaz e, menos onerosa), assim como adoção de uma mais eficiente técnica ou tática, seriam algumas das formas de modernização por excelência.

A mudança tecnológica, técnica e tática impõem, quase sempre, um reaparelhamento, que diz respeito a uma substituição dos instrumentos usados para execução das atividades. A adoção de uma racionalidade no serviço público representa uma alteração da lógica que torna possível a prestação do serviço. A troca do regime burocrático pelo gerencial, *verbi gratia*, seria uma mudança de racionalidade, pois implica uma variação do modo como os atos se interdependem, se conectam, se sucedem, além de interferir nos mecanismos de controle, justificação e fiscalização de uma dada atividade.

Por fim, cabe enfatizar a importância da inclusão das últimas expressões, pelo legislador constitucional, no corpo do art. 39, § 7º. Quando torna possível, como forma de incentivo, o oferecimento de “adicional ou prêmio de produtividade”, a Administração Pública valoriza e fomenta o esforço (mérito) dos seus servidores na execução perfeita de suas funções. A idéia de meritocracia em muito se adequa ao conteúdo expresso por essas expressões, pois costuma ser relacionada com o estabelecimento de lideranças que se baseiam no mérito, nas capacidades e nas realizações alcançadas, independentemente da posição social ocupada.<sup>312</sup>

Diante de tudo que fora exposto, assevera-se que a manutenção de um serviço de qualidade perpassa pelo alcance de: uma melhor produtividade (aqui concebida de acordo com os fins almejados); um constante treinamento dos agentes estatais; uma modernização e desenvolvimento do serviço, adotando-se novas tecnologias, técnicas e táticas; uma substituição dos instrumentos disponíveis para se executar as atividades estatais; uma racionalização do serviço público, tornando-o mais eficiente e eficaz; e a adoção de adicionais ou prêmios de produtividade aos servidores, fomentando um maior esforço destes na manutenção de seu serviço adequado.

---

<sup>312</sup> Conceito retirado do Dicionário Digital da Língua Portuguesa Priberam: “Meritocracia (*mérito + cracia*) *s. f.* 1. *Sociol.* Forma de liderança que se baseia no mérito, nas capacidades e nas realizações alcançadas, em detrimento da posição social.” (Disponível em: <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=meritocracia>>. Acessado em: 03 fev. 2010.)

#### 4.1.1.3 Art. 74, I e II, da Constituição Federal

Outro instituto legal que versa sobre algum requisito para adequar serviço público é o art. 74, I e II da Constituição Federal<sup>313</sup>. Ele trata da importância de se manter um controle interno em cada um dos Poderes do Estado brasileiro. Estabelece como finalidade desta medida a comprovação da legalidade e avaliação de resultados “[...] quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.”

O primeiro instrumento aferidor do grau de adequação de um serviço público, apontado pelo art. 74, é a comprovação da legalidade de sua gestão orçamentária, financeira e patrimonial. Segundo o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, representado por, Ana Marta Godinho dos Anjos e Ernani Luiz Barros Fernandes, existem três tipos de orçamentos públicos:

Orçamento por Insumos: A orçamentação da despesa é feita a nível de insumos. Detalha-se tudo que o Estado compra. Orçamento por Produtos: A consignação dos recursos é feita com base na quantidade física de produtos, bens e serviços, ofertados a sociedade. Orçamento por Resultados: A alocação dos recursos é feita baseada na efetividade do gasto, traduzindo de forma transparente os benefícios pretendidos com as ações de governo e as externalidades associadas.<sup>314</sup>

Paralelamente a apresentação dos sobreditos tipos, o mesmo Ministério descreve as funções do orçamento, sendo subdivididas em Econômica, Político-institucional e Gerencial. A primeira é subdividida em Macro-econômica (relacionando-se com políticas fiscais) e Micro-econômica (destinação de recursos a finalidades previamente determinadas). A segunda diz respeito à distribuição dos recursos entre os Poderes do Estado e suas respectivas instituições. A terceira função, considerada aqui com a mais importante para o tema em estudo, é a gerencial, servindo como marco (limite, fomento e fator desencadeante) de gestão dos serviços públicos em geral.<sup>315</sup>

---

<sup>313</sup> Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: I - avaliar o cumprimento das metas previstas no plano plurianual, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União; II - comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado;

<sup>314</sup> ANJOS, Ana Marta Godinho dos., FERNANDES, Ernani Luiz Barros. *Gestão orçamentária por resultados*. Disponível em: <<https://www.portalsof.planejamento.gov.br>>. Acessado em: 24 fev. 2010.

<sup>315</sup> ANJOS, Ana Marta Godinho dos., FERNANDES, Ernani Luiz Barros. *Gestão orçamentária por resultados*. Disponível em: <<https://www.portalsof.planejamento.gov.br>>. Acessado em: 24 fev. 2010.

É sabido que os orçamentos são submetidos à apreciação do Poder Legislativo antes de vincular as atividades estatais, por intermédio da aprovação do Plano Plurianual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias. Acresce-se, ainda, o fato de que a Lei Orçamentária Anual, de atribuição do Chefe do Executivo, fará, todos os anos, uma estimativa das receitas e autorizará as respectivas despesas do Governo. Sobre este tema é bastante claro o art. 165 da Constituição Federal.<sup>316</sup> Apesar da quantidade de atos legislativos que envolvem a disposição orçamentária, não se nega a existência de uma dilatada margem de escolha aos governantes.

Apesar de algumas exceções, a decisão de consignação dos recursos disponíveis é ato predominantemente discricionário, havendo ampla liberdade dos representantes do povo de estabelecer prioridades. Malgrado se reconhecer a existência de estas decisões de governo são predominantemente regidas por critérios de oportunidade e conveniência, há sempre limites previstos na lei. A legalidade, neste contexto, figura como o limite imposto a toda e qualquer atuação estatal.

Destarte, mesmo se reconhecendo que a atividade de disposição orçamentária é eminentemente discricionária (salvo exceções), haverá sempre uma obrigação de respeito aos padrões legais e principiológicos pátrios. Neste sentido que se torna importante o conteúdo disposto pelo inc. II do art. 74 da Constituição federal. Ele trata da necessária comprovação de legalidade e atendimento dos resultados (quanto à eficácia e eficiência) da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal. A

---

<sup>316</sup> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão: I - o plano plurianual; II - as diretrizes orçamentárias; III - os orçamentos anuais. § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada. § 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subsequente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento. § 3º - O Poder Executivo publicará, até trinta dias após o encerramento de cada bimestre, relatório resumido da execução orçamentária. § 4º - Os planos e programas nacionais, regionais e setoriais previstos nesta Constituição serão elaborados em consonância com o plano plurianual e apreciados pelo Congresso Nacional. § 5º - A lei orçamentária anual compreenderá: I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público. § 6º - O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia. § 7º - Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional. § 8º - A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei. § 9º - Cabe à lei complementar: I - dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; II - estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

avaliação de resultados (principalmente aqueles estabelecidos nas leis que tratam do orçamento) é um dos mecanismos aferidores da adequação de um dado serviço estatal quanto a sua gestão de recursos financeiros, humanos e patrimoniais. A avaliação de resultados é um dos métodos de medição de nível de eficácia de uma atividade.

Diante disso que se pode identificar o conteúdo destes incisos do art. 74 como um dos diversos critérios de adequação dos serviços públicos, neste caso relacionado com o uso/gasto dos recursos disponíveis.

#### 4.1.1.4 Art. 144, § 7º, da Constituição Federal

Mais um artigo que cria, para o Estado, o dever de prestação de um serviço de forma eficiente: o art. 144, § 7º<sup>317</sup>. Tratando de segurança pública, este artigo prevê que os órgãos policiais, por imposição legal, terão de prestar seus serviços de maneira eficiente. O devido respeito ao princípio da eficiência tem tudo a ver com a adequação do serviço público, como faz induzir a própria Lei nº 8.987/1995, principalmente em seus arts. 6º e 7º<sup>318</sup>.

Sobre a eficiência já foram feitos comentários no tópico referente ao princípio da eficiência.

---

<sup>317</sup> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...] § 7º - A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

<sup>318</sup> “Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. § 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço. § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários: I - receber serviço adequado; II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos; III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço; VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.”

#### 4.1.1.5 Art. 5º da Constituição Federal

O Art. 5º, como é sabido, foi escolhido pelo legislador constitucional para ser o local onde estariam positivados os principais (não únicos) direitos fundamentais brasileiros. Aqui são encontradas inúmeras previsões constitucionais que visam: garantir liberdades individuais e coletivas; impedir o arbítrio estatal ao utilizar seus poderes; e estabelecer condições mínimas para manutenção de serviços públicos de qualidade, adequados. Dentre os incisos deste artigo que versam a respeito deste dever de adequação de alguma atividade estatal incluem-se os incisos XXXIII, LIII, LIV, LV, LX, LXXIII, LXXIV, LXXVIII<sup>319</sup>.

Acrescenta-se, neste rol de condições de qualidade, a obrigação de respeito a todos os direitos reconhecidamente fundamentais, como requisito de adequação de um serviço público. Mas, neste trabalho, optar-se-á por focalizar a análise somente nos incisos que se relacionam claramente com uma atividade administrativa exercida pelo Poder Judiciário, versando sobre vícios de qualidade que precisam ser evitados.

A ordem dos incisos não será respeitada, nos tópicos a seguir, para efeito de explanação do assunto ora abordado. Serão feitos os devidos comentários de acordo com a melhor ordem possível para possibilitar a compreensão da celeuma aqui discutida.

##### 4.1.1.5.1 Art. 5º, incs. XXXIII da Constituição Federal

O princípio da publicidade, conforme exposto alhures, está previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal. Porém este não é o único trecho legislativo que versa sobre o dever

---

<sup>319</sup> O conteúdo legislativo, constante dos incisos do art. 5º que se relacionam ao assunto, são os seguintes: “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; [...] LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, 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; [...] LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem; [...] LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; LXXV - o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

do Estado de publicar seus atos. Pode ser citado, também, o inciso XXXIII do art. 5º do mesmo instituto legal<sup>320</sup>.

É direito de todo cidadão receber, em prazo razoável, dos órgãos públicos, informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Isto é o que estabelece o art. 5º, inc. XXXIII da Constituição federal<sup>321</sup>. Este mesmo inciso acrescenta, como consequência do descumprimento, pelo Estado, de tal obrigação, a sua responsabilização. Ressalva, não obstante, a hipótese de sigilo, admissível, somente, quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

De acordo com este inciso, serviço estatal adequado é aquele acessível à população, principalmente quando trabalha com dados e informações dos cidadãos. Mais uma vez se relaciona a idéia de adequação de um serviço ao fato de ser acessível à população. A noção de responsabilidade estatal para o caso de sua violação reforça esta afirmativa. Ademais, caso seja violado tal direito, haverá a possibilidade do interessado interpor *habeas data*, doutrinariamente chamado de “remédio constitucional”, cuja finalidade é garantir o cumprimento do direito à informação de todo e qualquer indivíduo perante um órgão público.

Serviço adequado é, portanto, aquele que cumpre o direito dos cidadãos de obter informações de interesse próprio ou coletivo disponíveis em entes públicos.

#### 4.1.1.5.2 Art. 5º, inc. LXXIII da Constituição Federal

A partir de uma leitura do art. 5º, inc. LXXIII<sup>322</sup> da Constituição Federal é possível perceber que há reconhecimento da necessidade de maior proteção de importantes valores da sociedade: moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio público, histórico e cultural. Para tanto, o mesmo inciso reconhece um mecanismo processual, passível de ser utilizado pelos cidadãos, chamado de ação popular. Esta espécie de ação é capaz de provocar uma intervenção judicial tendente a restabelecer, prevenir ou compensar violações àqueles valores.

---

<sup>320</sup> O texto do inciso mencionado é o seguinte: “XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>321</sup> Eis os termos do art. 5º, inc. XXXIII da CF: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

<sup>322</sup> Os termos do inciso mencionados da CF são os seguintes: “LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.



A mera possibilidade de recurso ao Judiciário para coibir a violação desses interesses já indica uma necessidade de preservação dos mesmos em toda e qualquer atividade do Poder Público.

O valor “moralidade administrativa” já fora apresentado<sup>323</sup>, neste trabalho, quando se discorreu a respeito dos princípios explícitos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Reserva-se a mencionar aqui somente a imprescindibilidade de a Administração Pública respeitar uma moral ainda mais severa que a regente das relações (extra-legislativas<sup>324</sup>) entre cidadãos.

O segundo bem protegido pelo inciso LXXIII é o do meio ambiente. Não há falar-se em serviço adequado quando este não contribuir para um desenvolvimento sustentável da humanidade, conciliando o consumo dos recursos ambientais não renováveis ao crescimento (principalmente econômico e tecnológico) de uma dada civilização. Assim, todos os meios utilizados pelo Estado na prestação de suas atividades devem visar preservação da qualidade das condições ambientais para as gerações presentes e futuras.

Quanto ao terceiro interesse, patrimônio, ele pode ser decomposto em patrimônio histórico, cultural e pecuniário. Sobre o primeiro é possível defender que não há sociedade que consiga evoluir sem conhecer o seu passado. É preciso conhecer os erros pregressos para se garantir acertos futuros. A história conscientiza, aprimora, humaniza. Destarte, qualquer bem, material ou imaterial, que impeça que os fatos passados se percam no tempo devem ser preservados. Serviço público adequado é, portanto, aquele que cumpre com tal dever.

Sobre o patrimônio cultural é possível afirmar o seguinte: o que torna um povo único é sua manifestação cultural. Conceitua-se cultura como

[...] tudo que o homem através da sua racionalidade, mais precisamente a inteligência, consegue executar, dessa forma todos os povos e sociedades possuem sua cultura por mais tradicional e arcaica que seja, pois todos os conhecimentos adquiridos são passados das gerações passadas para as futuras. Os elementos culturais são artes, ciências, costumes, sistemas, leis, religião, crenças, esportes, mitos, valores morais e éticos, comportamento, preferências, invenções e todas as maneiras de ser (sentir, pensar e agir). A cultura é uma das principais características humanas, pois somente o homem tem a capacidade de desenvolver culturas, distinguindo-se dessa forma de outros seres como os vegetais e animais. Apesar das evoluções pelas quais passa o mundo, a cultura tem a capacidade de se permanecer quase intacta, e são passadas aos descendentes como uma memória coletiva, lembrando que

---

<sup>323</sup> Ver tópico cujo conteúdo se relaciona ao princípio da moralidade, explícito na CF atual.

<sup>324</sup> O termo extra-legislativo aqui foi utilizado para representar as situações concretas que, apesar de não previstas na legislação, são reguladas por um vínculo moral (não imperativo, não cogente). Seria o campo da forças sociais não institucionalizadas ou positivadas, nutridas por critérios éticos/afetivos existentes entre os homens.

a cultura é um elemento social, impossível de se desenvolver individualmente.<sup>325</sup>

Não há falar-se em adequação de um serviço do Estado se este negligencia, não fomenta, não garante manifestações individualizadoras de seu povo. Apesar de predominantemente imaterial, a cultura pode se materializar em objetos, sendo sua proteção um alvo constante de toda e qualquer atuação estatal.

#### 4.1.1.6 Artigos 6º, 7º e 9º da Lei nº 8.987/1995

Algumas das condições necessárias à qualificação do serviço público como adequado são explicadas na própria Lei 8.987/1995. É o que se nota a partir da leitura do art. 6º, §2º que versa da seguinte forma: “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”. O mesmo artigo, em seu §3º, interpretado *a contrario sensu*, explica que não será desrespeitado o dever de continuidade do serviço público quando ocorrer uma interrupção previamente justificada e em situação de emergência, quando os motivos da paralisação forem de ordem técnica ou de segurança das instalações e por inadimplemento do usuário.<sup>326</sup>

Esta condição de continuidade é complementada pela de regularidade e obrigatoriedade. Todas estas condições se referem ao dever dos servidores públicos e dos particulares em colaboração com a Administração Pública de prestar o serviço cada vez que lhe seja solicitado por qualquer usuário e, de forma reversa, também o direito deste de exigir a sua realização efetiva e manutenção.

Qualquer situação em que se verificar a paralisação do serviço público — e, por extensão, também o seu retardamento injustificado —, não sendo uma das hipóteses previstas no *caput* e incisos do art. 6º da Lei 8.987/95 mencionada acima, haverá uma inadequação na sua prestação. Esta imposição legal também decorre de alguns dos princípios próprios da Administração Pública, como o da continuidade do serviço público, da impessoalidade, da indisponibilidade do interesse público e da legalidade.

---

<sup>325</sup> CULTURA. Disponível em: <<http://www.mundoeducacao.com.br>>. Acessado em: 21 fev. 2010.

<sup>326</sup> Ver inteiro teor do sobredito art. 6º, § 3º da Lei 8.987/95: Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

As outras condições de adequação do serviço são descritas legalmente, quais sejam: regularidade, eficiência, segurança, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Quanto a esta última, a Lei 8.987/95 traz, em seu bojo, limites à fixação e reajuste de tarifas, pois esta será fixada no ato licitatório, mais especificamente na proposta de preço apresentada em momento prévio e adequado.

Corroborando tal imposição, está previsto no art. 9º dessa lei: “a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato”. Complementa afirmando no §2º deste mesmo artigo que o reajuste somente é possível para se garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sendo seus mecanismos previamente determinados ou unilateralmente definidos pelo Poder Concedente do serviço público.

Quando se fala em “generalidade” como condição de adequação, se está tratando de uma prestação de serviço que seja acessível a todos aqueles que preencherem os requisitos previstos em lei. Em outras palavras, deve-se disponibilizar o serviço a todos os indivíduos que se enquadrarem entre os seus possíveis consumidores. A condição de “cortesia na prestação do serviço” é tautologicamente explicável. Deve o prestador, quando em exercício da função cedida, agir com urbanidade e harmoniosamente.

No que tange a condição de “eficiência”, pode-se notar que se refere mais aos meios utilizados para a prestação do serviço. Afirma Idalberto Chiavenato que “[...] a eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. O alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto ligado à eficácia”<sup>327</sup>. Este autor acrescenta:

Nem sempre a eficácia e a eficiência andam de mãos dadas. Uma empresa pode ser eficiente em suas operações e pode não ser eficaz, ou vice-versa. Pode ser ineficiente em suas operações e, apesar disso, ser eficaz, muito embora a eficácia fosse bem melhor quando acompanhada da eficiência. Pode também não ser nem eficiente nem eficaz. O ideal seria uma empresa igualmente eficiente e eficaz.<sup>328</sup>

Como se nota, recomenda-se que haja uma coexistência de ambas as condições. Tratam-se de obrigações de meio (eficiência) e de resultado (eficácia). Orlando Gomes, sobre estas matérias, versa da seguinte forma:

Para compreender a discrepância, impõe-se a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado. Correspondem as primeiras a uma

---

<sup>327</sup> CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993, p. 238.

<sup>328</sup> *Idem. Ibidem*, p. 238.

atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido<sup>329</sup>.

Complementando o que fora dito por Orlando Gomes, vem Alberto Trabucchi, afirmar que “[...] se a obrigação é de resultado, o adimplemento se entende verificado somente quando o resultado é alcançado; se é de meios, a obrigação é cumprida quando é empregada a atividade que se podia exigir da diligência do bom pai de família”<sup>330</sup>. Assim como nas obrigações civis, deve o prestador do serviço público se utilizar adequadamente dos meios disponíveis e definidos na lei e atingir os fins públicos predeterminados.

Quanto à última das condições previstas na Lei 8.987/95, a da “segurança”, ele é estritamente relacionado ao princípio da legalidade. Diz respeito ao necessário respeito do prestador do serviço às condições previamente determinadas no contrato e na lei. Implica também um mínimo de segurança proporcionada aos usuários quanto ao que esperar do serviço disponibilizado. Ainda garante a responsabilização daquele que descumprir com suas obrigações contratuais ou legais.

A doutrina que versa a respeito da responsabilidade extracontratual do Estado acredita que uma das hipóteses de responsabilização deste se verifica quando há culpa do serviço, ou seja, quando ele é prestado intempestivamente, quando não é prestado ou quando é prestado de forma defeituosa<sup>331</sup>.

O Estado muitas vezes se utiliza da teoria alemã da “reserva do possível” para justificar um não cumprimento de um dever ou violação de um direito. Um destes direitos

<sup>329</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 21.

<sup>330</sup> TRABUCCHI, Alberto. *apud* AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Disponível em: <<http://www.celc.com.br/comentarios>>. Acessado em: 21 fev. 2010.

<sup>331</sup> A idéia de responsabilidade por culpa do serviço teve inspiração da expressão francesa *faute de service* como afirma o autor Júlio César Tricot Santos: “Do Direito Francês o Brasil recebeu a idéia da *faute de service*, que é a culpa do serviço, quando ele, devendo funcionar, não funciona, funciona mal ou funciona tardiamente. Importa esclarecer desde o início que essa responsabilidade por culpa do serviço não é objetiva; ao contrário, é subjetiva, porque alicerçada na culpa ou dolo, [...] Importa também esclarecer que a palavra em francês *faute* tem como correta tradução para o português a palavra culpa, e não “falta”. Ora, o termo “falta” induz à idéia de ausência, objetividade, e enseja a confusão quanto à suposição que a *faute de service* estivesse alicerçada na concepção de responsabilidade objetiva. Ao contrário, essa culpa do serviço – como melhor se pensa deve ser efetuada a tradução da *faute de service* – está alicerçada numa idéia de presunção de culpa decorrente da própria dificuldade de produzir-se prova, no sentido de demonstrar que o serviço estatal foi realizado com baixa qualidade, com baixa responsabilidade, com negligência, com imperícia ou com imprudência; enfim, com culpa. Assim sendo, diante dessa presunção de culpa, o ônus de demonstrar a prova capaz de romper o nexo causal entre ele, Estado e o dano, incumbe ao próprio Estado, ou seja, a vítima fica desonerada de comprovar a culpa do Estado; presume-se que ela ocorreu, e o Estado é que tem o dever de comprovar que não agiu culposamente. (SANTOS, Júlio César Tricot. *Responsabilidade civil – síntese do instituto e suas tendências no direito contemporâneo: o caso emblemático de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo urbano*. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_arquivos/8/TDE-2007-01-02T125203Z-255/Publico/381055.pdf](http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/8/TDE-2007-01-02T125203Z-255/Publico/381055.pdf)>. Acessado em: 24 fev. 2010.)

constantemente desrespeitados é aquele defendido neste trabalho: a uma prestação judiciária adequada nos rigores da lei.

Diante de todos os argumentos já expostos até então – principalmente a imprecisão dos conceitos de serviço público e da afirmação concreta e comprovada de que o devido processo legal é um direito fundamental –, cresce a necessidade de se fixar critérios de qualidade impostos à prestação judiciária. Há, ademais, que serem superados alguns argumentos para a ineficiência estatal no exercício de seus serviços e na conseqüente exclusão da responsabilidade do Poder Público. Um destas justificativas é a reserva do possível e a necessidade de preservação da independência do Poder Judiciário.

Importante é se falar a respeito do princípio da irresponsabilidade do Magistrado, defendida por alguns doutrinadores como um dos princípios reitores da atividade judicativa e como imprescindível para o bom exercício da função jurisdicional. Este princípio é comentado por Wilson Alves de Souza ao versar a respeito da legitimidade dos magistrados para julgar conflitos. Eis os termos:

A não opção pelo critério do sufrágio direto e universal para a investidura dos membros do Poder Judiciário não significa afastamento do princípio democrático. O que importa é que a solução dada permita conferir legitimidade aos juízes investidos. Tal legitimidade se verificará ante a presença de diversos dados. De um lado, porque as soluções escolhidas partiram do próprio povo (poder constituinte), na medida em que os atos de nomeação seguiram o quanto está determinado na constituição. De outro lado, tal legitimidade também estará presente caso a constituição estabeleça uma série de princípios – se não estiverem expressos, o sistema deverá considerá-los existentes implicitamente – que garantam em favor do cidadão o bom exercício da função jurisdicional, a exemplo dos princípios da independência (individual e coletiva), da imparcialidade, da irresponsabilidade e da fundamentação das decisões.<sup>332</sup>

Apesar de apontar as mais diversas diferenças e peculiaridades da atividade jurisdicional em relação à administrativa, o autor Wilson Alves de Souza defende que a irresponsabilidade do magistrado é elemento essencial a configuração da independência funcional<sup>333</sup> do magistrado em sua atividade jurisdicional, com o que se concorda aqui. A

---

<sup>332</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.85.

<sup>333</sup> Aqui se faz uma diferenciação entre independência funcional e independência orgânica ou administrativa. A primeira é manifestada na imprescindível liberdade do magistrado para escolher, dentre as legislações aplicáveis ao caso concreto e as provas constantes dos autos, qual decisão deve adotar (livre convencimento). Neste particular realmente deve haver a irresponsabilidade do juiz sob pena de se prejudicar, irremediavelmente, o Estado Democrático de Direito. Quanto à segunda, defende-se que haja uma necessária submissão de todo e qualquer agente público, incluindo o magistrado, a um controle, sendo totalmente responsabilizável.

irresponsabilidade não pode ser sustentada quanto à independência organizacional-administrativa, como afirmado pelo mesmo autor.

A atividade judiciária, como qualquer serviço público, deve ser prestada de forma adequada. Caso isto não ocorra e cause dano, haverá, inegavelmente, responsabilização do Estado (responsabilidade por culpa do serviço) e/ou dos seus agentes (responsabilidade subjetiva). Há também outra vertente de pensamento que pode ser exposta aqui: a da existência da responsabilidade estatal pelos danos decorrentes desta espécie de serviço e da impossibilidade de ação de regresso em face do magistrado. Seria o meio termo entre as duas posições total responsabilidade (agente e Estado) e total irresponsabilidade. Mas este não é o foco deste trabalho. Simplesmente figura como mais um argumento a favor da necessidade de controle da qualidade das atividades administrativas executadas pelos membros do Poder Judiciário.

A ausência de fundos é um dos argumentos aventados para a deficiência da atividade judicial. Tal argumento geralmente é travestido da nomenclatura de reserva do possível. Porém, tal justificativa somente pode ser aceita quando o Estado age de forma extremamente eficiente, como defendido alhures neste trabalho. Isto não acontece hodiernamente. O que há é um mal uso de recursos públicos (ineficiência), agravada por uma grande discricionariedade quanto às disposições orçamentárias. Tal insuficiência orçamentária e as conseqüentes ingerências dos outros Poderes no Judiciário são tratadas por Wilson Alves de Souza no seguinte trecho:

Em princípio, a administração da justiça, ainda que em sentido amplo, cabe, em parte, ao próprio Poder Judiciário, até mesmo como mecanismo de preservar a independência deste, mas isso não se dá, em regra, plenamente, uma vez que, normalmente, a criação de cargos públicos depende de lei, as próprias verbas destinadas ao Poder Judiciário também dependem de lei orçamentária, o que significa dizer que nesses casos a responsabilidade é dos Poderes que estão envolvidos na edição das leis (Legislativo, principalmente, e Executivo), os quais devem, pois, estar atentos para que haja suficiência de pessoal e de estrutura para que o Judiciário possa bem cumprir a sua função específica.<sup>334</sup>

Há, como se nota, grande dificuldade em se encarar o controle judicial dos atos discricionários realizados pelo Poder Público. A tendência ampliativa do rol de possibilidades é uma realidade inquestionável. Porém ainda existe grande liberdade dos Governantes na utilização dos recursos financeiros disponíveis.

---

<sup>334</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação*: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 276.

A partir de tudo que fora exposto, é inquestionável a importância desta matéria face à grande necessidade de se criar mecanismos de controle da qualidade dos serviços públicos em geral, incluindo a atividade judiciária. Para tanto, muitos são os critérios passíveis de serem utilizados para identificação ou alcance desta qualidade. Este é o assunto que será tratado no capítulo a seguir.

#### 4.1.1.7 Artigos da Lei 8.078/90

A Lei 8.078/90, como sabido, é conhecida como o Código de Defesa do Consumidor (CDC). A simples menção desta legislação, neste trabalho, pode suscitar dúvidas no leitor, principalmente quanto à opinião deste escritor sobre o enquadramento da atividade judiciária entre os diversos serviços regidos por relações de consumo. Inicialmente já se afirma que não é o entendimento defendido aqui, nem mesmo reflexamente. Mas, independente disso, acredita-se que muitas das condições de adequação impostas pelo CDC não são exclusivas do âmbito consumerista. Seriam perfeitamente exigíveis também em outras espécies de serviços, a exemplo do judiciário.

Inúmeros são os trechos da Lei 8.078/90 que trata a respeito da necessidade de manutenção da qualidade dos serviços, além de estabelecerem critérios para aferição desta. Dentre os artigos que podem ser aqui apresentados, arrolam-se os seguintes: art. 4º, *caput* e incisos II, d, III, V e VII, art. 6º, inc. X, art. 14, *caput* e § 1º, art. 20 *caput* e § 2º, e art. 22 *caput* e parágrafo único. Estes serão tratados de forma mais perfunctória nos tópicos a seguir.

##### 4.1.1.7.1 Artigo 4º, *caput* e incisos II, d, III, V e VII da Lei 8.078/90

Como mencionado, dentro do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), diversos artigos versam a respeito da necessária qualidade dos serviços. O art. 4º, em seu *caput*, trata da Política Nacional das Relações de Consumo. Dentre os objetivos defendidos por este artigo está o “[...] atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo”<sup>335</sup>.

---

<sup>335</sup> “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a

Acresce-se a este rol o necessário respeito a alguns princípios descritos nos incisos desse mesmo artigo, a exemplo dos seguintes: ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho; incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo; e racionalização e melhoria dos serviços públicos.

Nestes trechos legislativos há diversas condições de adequação de um serviço. Elas podem ser sistematizadas da seguinte forma: eficácia, eficiência, harmonia dos interesses envolvidos, transparência e segurança dos serviços, além do respeito à dignidade, à saúde e a rigorosos controles de qualidade previamente estabelecidos.

Quanto à primeira condição aqui disposta, eficácia, já se afirma que diz respeito ao alcance de metas, finalidades, objetivos. Na relação de consumo se refere ao atendimento de necessidades normalmente esperadas, pelo consumidor, de um dado serviço ou produto. O mesmo pode ser visualizado nos serviços em geral. Toda e qualquer atividade tem uma finalidade, ainda mais se ela for pública, como acontece nos serviços públicos em geral. É imprescindível que a lei determine um escopo para todo e qualquer ato administrativo. Trata-se de elemento vinculado deste. Assim, um serviço só será eficaz se realizar aquilo que almeja, satisfazendo uma necessidade ou interesse (individual ou coletivo).

Sobre a segunda condição, eficiência, já foram apresentados diversos comentários.<sup>336</sup> Todos eles convergem para a necessária utilização, por parte daquele que presta o serviço, dos meios mais rápidos, menos onerosos, mais tecnológicos, mais modernos, menos prejudiciais disponíveis. A idéia de ser eficiente está nitidamente ligada a ser eficaz, pois de nada adianta apresentar a melhor qualidade de serviço se não atingir as suas metas. A recíproca também é verdadeira.

A terceira condição, harmonia dos interesses envolvidos, é decorrente do escrito no *caput* do art. 4º do CDC. O significado da expressão “harmonia das relações de consumo” pode ser facilmente transposto, *mutatis mutandis*, para o contexto de outros serviços, principalmente os públicos. Em toda relação prestador e receptor do serviço, há uma troca de interesses. No âmbito das atividades estatais, os cidadãos se vêem carentes do atendimento de suas necessidades, coletiva ou individualmente, enquanto que o Estado se vê submetido ao

---

melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...]

<sup>336</sup> Ver o tópico onde se discorreu a respeito do princípio da eficiência.



cumprimento de seus deveres legais, sempre vinculados a garantia do bem comum. Toda relação mantida entre Poder Público e seus governados será regida pelo princípio da supremacia do interesse público sobre o privado e pelo princípio da indisponibilidade do interesse público.

Fazendo uma adaptação do sentido da expressão “harmonização das relações de consumo” ao cenário público, pode-se chegar a uma releitura daquele primeiro princípio, encarando-o como impositivo de uma inevitável harmonização dos interesses identificados na relação indivíduo-Estado, sempre privilegiando o interesse público. Então, serviço adequado seria aquele que permitiria uma conciliação de todos os interesses nele envolvido, sempre prevalecendo o benefício público em detrimento do privado.

A quarta condição, transparência, pode-se dizer que tem muito a ver com a necessária publicidade já descrita alhures<sup>337</sup>. Em resumo, é possível afirmar que transparência é uma das condições para que haja efetiva publicidade. Transparente é a qualidade daquilo que se vê através, sem qualquer distorção. Um serviço transparente é conhecido pela população, com fins, meios e recursos claramente determinados e acessíveis aos interessados. Tal condição se faz ainda mais imprescindível quando se está tratando de um serviço público, regido pelo princípio da indisponibilidade do interesse público. O Estado sempre age em nome do seu povo, titular original dos poderes exercidos por aquele.

A quinta condição, segurança, se refere a um binômio certeza/confiança. Seguro é aquilo de que se sabe o que esperar, em que se confia, livre quaisquer riscos. Em se tratando de atividades naturalmente perigosas para os seus beneficiários, segurança diz respeito à ausência de prejuízos ou riscos adicionais ou inesperados.<sup>338</sup> Uma prestação segura de um serviço, por ser necessariamente aliada a capacidade de evitar danos e afastar riscos, perpassa pela adoção da melhor tecnologia disponível. Liga-se, portanto, à idéia de modernidade. Em resumo, serviço adequado, quanto ao critério de seguridade, implica: a utilização dos melhores meios para impedir riscos e prejuízos adicionais e inesperados; e a confiança dos beneficiários do serviço na sua eficácia e eficiência.

A sexta condição, imposta pelo CDC no mesmo artigo, é o respeito à dignidade. Estabelece o art. 1º, III da Constituição Federal que constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Trata-se de um dos conceitos mais difíceis de serem formulados, devido ao fato de que depende muito da cultura que o

---

<sup>337</sup> Ver tópico em que se dissertou a respeito do princípio da publicidade, inserido no art. 37.

<sup>338</sup> Pode-se apresentar o exemplo das empresas que trabalham com energia nuclear, naturalmente perigosa e danosa a saúde. A segurança, neste caso, consistirá na não ocorrência de riscos ou prejuízos excedentes, ou seja, que superem aqueles já normalmente esperados.

contextualiza. O multiculturalismo é uma das características da sociedade hodierna, sendo que para cada uma delas há um limite semântico do que seja digno. No Brasil a lei não precisa qual seria este limite, sendo que em cada caso concreto que será aferido.

Apesar de imprecisão conceitual da expressão dignidade, há consenso na doutrina que tem a ver com o que seja o mínimo existencial. Diz respeito ao mínimo de condições necessárias para a vida de um indivíduo com um razoável nível de atendimento de seus direitos diante das condições econômicas de um dado Estado.

Algumas decisões discutem o conteúdo da dignidade para determinar quais seriam as obrigações mínimas do Estado para com o atendimento das necessidades dos cidadãos.<sup>339</sup> Segundo tal critério do que seja digno (sexta condição), é possível se falar em serviço adequado, quando ele garante aos seus usuários o mínimo de condições para o perfeito e tempestivo atendimento de suas necessidades essenciais.

A sétima condição, relacionada com o devido respeito à saúde, é constatada não somente pela leitura da lei em comento (Lei 8.078/90), mas também da Constituição Federal em sua Seção II do Capítulo II.<sup>340</sup> No primeiro dos artigos integrantes desta Seção, o art. 196, há o reconhecimento do direito a saúde, cumprido mediante a elaboração/execução de políticas e serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da salubridade em geral<sup>341</sup>. A lei não afirma, com certeza, o que seja saúde. Apenas versa a respeito de ações que estariam contidas entre as obrigações estatais relacionadas com o dever de prestar

---

<sup>339</sup> AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL – DIREITO À SAÚDE – PORTADORES DA DOENÇA DE GAUCHER – MEDICAMENTO IMPORTADO – TRATAMENTO DE RESPONSABILIDADE DO ESTADO – INTERRUÇÃO – PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – CONFLITO – PONDERAÇÃO DE INTERESSES E RAZOABILIDADE – PODER JUDICIÁRIO E CONTROLE DE LEGITIMIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. I – O HEMORIO é o hospital de referência no Estado do Rio de Janeiro para os portadores do Mal de Gaucher, fornecendo, aos pacientes cadastrados, o tratamento da doença, cujo único medicamento eficaz – CERZYME – de custo elevado, é produzido exclusivamente por um fabricante dos EUA e importado pela Secretaria de Estado de Saúde; II – Não tendo a Administração adquirido o medicamento em tempo hábil a dar continuidade ao tratamento dos pacientes, atuou de forma ilegítima, violando o direito à saúde daqueles pacientes, o que autoriza a ingerência do Poder Judiciário. Inexistência de afronta à independência de poderes; III – Os atos da Administração Pública que importem em gastos estão sujeitos à reserva do possível, consoante a previsão legal orçamentária. Por outro lado, a interrupção do tratamento de saúde aos portadores do Mal de Gaucher importa em violação da própria dignidade da pessoa humana. Princípios em conflito cuja solução é dada à luz da ponderação de interesses, permeada pelo princípio da razoabilidade, no sentido de determinar que a Administração Pública mantenha sempre em estoque quantidade do medicamento suficiente para garantir 02 meses de tratamento aos que dele necessitem; IV – Recurso e remessa oficial desprovidos. (TRF2, AC 302546 – RJ, Quarta Turma, Rel. Juiz Valmir Peçanha. DJU: 04/11/2003, p.86)

<sup>340</sup> Composta pelos arts. 196 a 200.

<sup>341</sup> Eis os termos do art. 196 da Constituição Federal: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

saúde.<sup>342</sup> Devido a esta imprecisão legislativa, doutrinadores se aventuram a dissertar a respeito do tema, a exemplo de Lenir Santos:

[...] conceito de saúde considera as suas determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.), e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais e ao Governo o de formular políticas públicas condizentes com a elevação do modo de vida da população.<sup>343</sup>

Complementa o mesmo autor:

Desse modo, entendemos que para a melhor compreensão do disposto no art. 196 é preciso desdobrá-lo em duas partes, como mencionado acima: a) a primeira de linguagem mais difusa que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão. Esta primeira parte diz respeito muito mais à qualidade de vida, numa demonstração de que saúde tem conceito amplo que abrange o bem estar individual, social, afetivo, psicológico, familiar etc. e não apenas a prestação de serviços assistenciais; e b) a segunda parte, de dicção mais objetiva, obriga o Estado a manter, na forma do disposto nos arts. 198 e 200 da Constituição e na Lei n. 8.080/90, ações e serviços públicos de saúde que possam promover a saúde e prevenir, *de modo mais direto*, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de adoecer (assistência preventiva) e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistência curativa).<sup>344</sup>

É perceptível que a prevenção, promoção, manutenção e recuperação da saúde estão nitidamente relacionadas com todas as condições de vida do indivíduo. Mas, neste trabalho, considerar-se-á como relativo à saúde somente aquilo que está descrito, entre as atribuições do Sistema Único de Saúde, no art. 200 da CF, já transcrito alhures. Então, se considera adequado o serviço que conseguir promover, prevenir ou recuperar a saúde mediante todas as ações descritas no sobredito art. 200.

A última condição, relativa à submissão do serviço a rigorosos controles de qualidade previamente estabelecidos, representam todos os requisitos que se façam

<sup>342</sup> O Art. 200 da CF tem o seguinte texto legislativo: “Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador; III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde; IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico; V - incrementar em sua área de atuação o desenvolvimento científico e tecnológico; VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano; VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos; VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.”

<sup>343</sup> SANTOS, Lenir. *Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acessado em: 12 fev. 2010.

<sup>344</sup> SANTOS, Lenir. *Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acessado em: 12 fev. 2010.

necessários, diante das peculiaridades da atividade exercida, para a manutenção da eficácia e eficiência<sup>345</sup> do serviço.

#### *4.1.1.7.2 Artigo 6º, inc. X da Lei 8.078/90*

Inúmeros são os direitos do consumidor. Dentre estes direitos, destaca-se, aqui, o descrito pelo art. 6º, inc. X do CDC.<sup>346</sup> Ele descreve um direito a adequação e eficácia da prestação dos serviços públicos. Não especifica quais as espécies destes que estariam englobados nesta exigência, o que claramente indica uma finalidade do criador da legislação consumerista: alcançar o maior número possível de atividades públicas tendentes a satisfazerem necessidades dos cidadãos brasileiros.

O conteúdo do sobredito artigo (e respectivo inciso) aponta para a inquestionável existência do dever do Estado de prestar seus serviços de forma adequada, segundo os critérios impostos pelo próprio CDC e por outras legislações correlatas. Outra consequência lógica do descrito no art. 6º, inc. X, é que a Lei 8.078/90 se aplica perfeitamente aos serviços públicos, desde que regidos por uma relação de consumo.

#### *4.1.1.7.3 Artigo 14, caput e § 1º da Lei 8.078/90*

Um dos fatores indicativos da existência de um direito é a possibilidade de um indivíduo poder ser responsabilizado por violá-lo. A partir de tal afirmativa pode-se defender que o conteúdo descrito no art. 14 da Lei 8.078/90<sup>347</sup> confirma haver um dever de prestar serviços de forma adequada. Consta deste artigo que o fornecedor de um serviço irá responder pelos danos causados pelos defeitos nele constatados. Defeituoso é o serviço que: não fornecer a segurança razoavelmente esperada pelos seus consumidores, considerando sempre

---

<sup>345</sup> Eficácia e eficiência aqui foram utilizadas como expressão gênero que abarca toda e qualquer condição que se faça necessária para alcance de uma mínima qualidade na prestação de um dado serviço.

<sup>346</sup> Estes são os termos deste art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: [...] X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.”

<sup>347</sup> São os termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: “O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido.”

o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam e a época em que é fornecido; e prestar informações insuficientes ou inadequadas sobre todos estes fatores.

Assim, é fácil constatar que serviço defeituoso é serviço inadequado, compreendendo vícios quanto à segurança esperada e fornecida e quanto à inverdade das informações apresentadas pelo seu fornecedor.

#### *4.1.1.7.4 Artigo 20 caput e § 2º da Lei 8.078/90*

Mais um artigo pode ser citado como disciplinador de uma forma de responsabilidade do fornecedor do serviço defeituoso: o art. 20 da Lei 8.078/90<sup>348</sup>. Tal instituto legal reforça a existência de um direito a uma adequação dos serviços. No corpo do sobredito artigo consta a expressão “vícios de qualidade” como representadora de uma gama de espécies de defeitos que podem acometer uma atividade de prestação de utilidade aos consumidores, tornando-os impróprios ao consumo ou lhes diminuindo o valor. Além deste, inadequado é o serviço que é exercido em padrões, características e condições diferentes daquelas constantes da oferta ou mensagem publicitária.

O § 2º do art. 20<sup>349</sup> trata de um defeito que pode acometer um serviço cujo conteúdo já foi abordado tópicos acima. Diz respeito à inadequação entre os fins almejados por uma atividade e o real efeito alcançado. Ainda neste mesmo parágrafo faz-se menção ao não atendimento das normas regulamentares de prestabilidade. Trata-se de critérios que sejam complementados por regulamentos direcionados a serviços específicos.

Diante disso, serviço inadequado é aquele que descumpra normas regulamentares específicas sobre sua prestação e que não alcance os fins que razoavelmente se espere dele.

---

<sup>348</sup> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço. [...] § 2º São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.

<sup>349</sup> O art. 20, § 2º do CDC, traz o seguinte texto legal: “São impróprios os serviços que se mostrem inadequados para os fins que razoavelmente deles se esperam, bem como aqueles que não atendam as normas regulamentares de prestabilidade.”

#### 4.1.1.7.5 Artigo 22 caput e parágrafo único da Lei 8.078/90

Como já mencionado, em alguns dos artigos do CDC se defende a obrigatoriedade deste Código para serviços prestados pelo Estado. Um destes trechos legislativos é o descrito no art. 22<sup>350</sup>. Inicialmente já explicita que a Administração Pública, quando prestando serviços sob qualquer forma de empreendimento, deverá obedecer a critérios de qualidade. Estes critérios se relacionam com eficiência, segurança e continuidade prestacional. Quanto aos dois primeiros já foram feitos inúmeros comentários tópicos acima, sendo desnecessário qualquer repetição. Quanto ao último, pode-se versar que, quando o serviço for considerado essencial para manutenção de uma vida condigna dos cidadãos, há vedação de qualquer interrupção completa.

Assim, serviço público inadequado é aquele que não for seguro, eficiente e contínuo, principalmente quando for essencial ao atendimento das necessidades da população. O parágrafo único<sup>351</sup> deste art. 22 versa a respeito da possibilidade de responsabilização estatal quando violado qualquer destes critérios de qualidade impostos a prestação dos serviços em geral.

#### 4.1.2 Critérios doutrinários de adequação

Antes de iniciar uma análise a respeito do ponto de vista da doutrina a respeito da adequação dos serviços públicos, é necessário mencionar que é impossível transcrever todos os critérios de toda a doutrina nacional. Devido a isso, optou-se aqui por selecionar os escritores que se apresentaram mais pertinentes e certos em seus comentários.

A partir do estudo de uma parte da doutrina pátria se notou que, em sua maior parte, os autores escrevem sobre critérios já descritos na lei. Explicam aquilo que, em verdade já existe. É o que se percebe, por exemplo, nos comentários feitos pelos autores a respeito do princípio da eficiência. Dentro deste princípio inúmeras condições de qualidade podem ser

---

<sup>350</sup> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

<sup>351</sup> Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

identificadas. É sobre esta pormenorização que os autores escrevem.<sup>352</sup> Poucos são os momentos em que um novo critério é criado. Para evitar repetições neste trabalho, serão focados, aqui, os requisitos identificadores de qualidade dos serviços públicos inovadores pelo seu ineditismo na essência ou na sua interpretação e aprofundamento.

Inicialmente se destacam os comentários feitos pelo autor Antonio Ernani Pedroso Calhao. Ele disserta a respeito da participação administrativa como um dos diversos critérios de adequação das funções administrativas:

Nesse universo de funções administrativas, os seguintes valores são elencados pelo autor, em ordem hierárquica de importância: 1) liberdade administrativa, 2) igualdade administrativa, 3) equidade administrativa, 4) solidariedade administrativa, 5) transparência administrativa, 6) segurança administrativa, 7) *participação administrativa*, 8) subsidiariedade administrativa, 9) desenvolvimento administrativo e qualidade de vida, 10) eficiência administrativa.<sup>353</sup>

O autor, em outro trecho, escrevendo sobre a eficiência, ressalta a importância da participação para alcance de uma qualidade nas atividades administrativas, como os serviços públicos:

[...] a *eficiência* deve ser concebida como a “melhor realização possível da prestação de serviços públicos, em termos de plena satisfação dos administrados com os menores custos par ao usuário”, com observância da exigência de uma qualitativa avaliação dos resultados. Sob este prisma, a participação administrativa como canal necessário para tornar viável a expressão dos interesses sociais na formação da vontade administrativa, atuando com ela, de forma propositiva e propulsiva.<sup>354</sup>

Sobre os instrumentos de participação, Antonio Ernani Pedroso Calhao, citando Paulo Modesto, discorre:

Paulo Modesto, ao seu turno, enumera e comenta o que denominou de Instrumentos processuais, utilizados pela Administração Pública com maior ou menor grau de autenticidade e integração social. Ao descrever, faz referência especial aos seguintes mecanismos: a) *consulta pública* (abertura de prazo para manifestação por escrito de terceiros antes de decisão, em matéria de interesse geral); b) *audiência pública* (sessão de discussão, abertura ao pública, sobre tema ainda passível de decisão); c) *colegiados públicos* (reconhecimento a cidadãos, ou a entidades representativas, do direito de integrar órgão de consulta ou de deliberação colegial no Poder Público); d) *assessoria externa* (convocação da colaboração de especialistas para a formulação de projetos, relatórios ou diagnósticos sobre questões a

<sup>352</sup> Podem ser citados, a guisa de exemplo, os autores José dos Santos Carvalho Filho, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Dirley da Cunha Junior, entre outros.

<sup>353</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.66-67.

<sup>354</sup> *Idem. Ibidem*, p.73.

serem decididas); e) *denúncia pública* (instrumento de formalização de denúncias quanto ao mau funcionamento ou responsabilidade especial de agente público, ex: representação administrativa); f) *reclamação relativa ao funcionamento dos serviços públicos* (difere da representação administrativa, pois fundamenta-se em relação jurídica entre o Estado ou Concessionário do Estado e o particular-usuário); g) *colaboração executiva* (organizações que desenvolvam, sem intuito lucrativo, com alcance amplo ou comunitário, atividades de colaboração em áreas de atendimento social direito); h) *ombudsman* (ouvidor); i) *participação ou “controle social” mediante ações judiciais* (ação popular, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, entre outras); j) *fiscalização orgânica* (obrigatoriedade, por exemplo, de participação de entidades representativas em bancas de concursos públicos).<sup>355</sup>

Segundo este doutrinador, quanto maior for a participação popular (com avaliações periódicas de eficiência – qualidade dos meios – e eficácia – alcance dos fins), maior é o número de sugestões de melhorias e maior é o nível de qualidade na prestação do serviço. Os outros valores identificados pelo sobredito autor já foram, direta ou indiretamente, abordados neste trabalho.

Antonio Ernani Pedroso Calhao ainda disserta a respeito de um planejamento integrado como mecanismo que facilite a adequação dos serviços públicos:

Na implementação do planejamento integrado, as ações estratégicas relacionam-se com objetivos de longo prazo e com maneiras e recursos para alcançá-los que afetam a organização como um todo. As ações táticas destinam-se à consecução de objetivos de curto prazo, com maneiras e recursos que geralmente afetam parte da organização; e as ações operacionais são desenvolvidas nos níveis mais baixos da organização para apoiar os planos táticos, estando “vinculadas à produção dos resultados correntes”.<sup>356</sup>

Noutro momento o mesmo autor complementa seus comentários expondo a necessária superação do tradicional regime burocrático e, em sua substituição, adotar o regime gerencial, baseado nos critérios de eficiência.<sup>357</sup> Tal idéia é reforçada por Julio César Marcellino Junior ao escrever o seguinte:

Trata-se do *princípio da eficiência administrativa*, que foi inserido no artigo 37 da Constituição da República, por meio do poder constituinte derivado, e que foi decorrência de uma reforma administrativa de caráter eminentemente gerencial. Sem qualquer discussão mais apurada a respeito do tema, tornou-se não apenas mais um princípio da administração pública, mas sim, o principal e paradigmático princípio que acabou por vincular todos os demais, constituindo praticamente uma perigosa *metanorma*. O Estado brasileiro

<sup>355</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.70-71.

<sup>356</sup> *Idem. Ibidem*, p.98-99.

<sup>357</sup> *Idem. Ibidem*, p.77-91.



passou, a partir de então, a se legitimar em tal princípio, de sorte que todas as práticas no âmbito da administração pública passaram a ser pautadas pela lógica da relação custo-benefício eficiente.<sup>358</sup>

Complementa o mesmo Julio Cesar Marcellino Junior, citando Bresser Pereira:

[...] a democracia deveria ser aprimorada para se tornar mais participativa ou mais direta, e a administração pública burocrática devia ser substituída por uma administração gerencial. [...] Algumas características básicas definem a administração pública gerencial. É orientada para o cidadão e para a obtenção de resultados; pressupõe que os políticos e os funcionários públicos são merecedores de grau limitado de confiança; como estratégia, serve-se de descentralização e do incentivo à criatividade e à inovação; e utiliza o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.<sup>359</sup>

O autor Jefferson Aparecido Dias faz comentário a respeito de vinculação existente entre adequação dos serviços público e uma maior produtividade:

Assim, dizer que a Administração Pública deve ser eficiente equivaleria a afirmar que ela deve possuir produtividade. Por esta concepção, caberia à Administração produzir o máximo de resultados com o menor custo possível, tal qual uma indústria ou empresa privada, tendo em vista o lucro.<sup>360</sup>

O mesmo autor faz uma relação entre eficiência e utilitarismo do serviço público. Eis os seus comentários:

Uma forma de resolver este problema tem sido associar o conceito de eficiência ao de utilidade, ou ao utilitarismo, que tem como um de seus maiores defensores Jeremy Bentham. O utilitarismo, por sua vez, tem como objetivo gerar a felicidade definida como um excedente de prazer em relação à dor. Por esta concepção, a atuação da Administração Pública será eficiente se gerar a felicidade dos administrados, ou seja, se gerar mais prazer do que dor; portanto, se a atuação administrativa gera a felicidade da maioria da população, podemos concluir que ela é eficiente, pois atendeu aos anseios do utilitarismo.<sup>361</sup>

Jefferson Aparecido Dias ainda disserta a respeito da eficiência e a idéia da boa administração, originada na Itália:

A concepção mais tradicional e difundida do princípio da eficiência nos Países que adotam o *Civil Law* é a encontrada na doutrina italiana, que o associa ao princípio da boa Administração Pública. Esta concepção foi expressamente adotada pela Constituição italiana, que entrou em vigor,

<sup>358</sup> MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar . *Princípio da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009, p.182.

<sup>359</sup> *Idem. Ibidem*, p.182.

<sup>360</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência & Moralidade Administrativa*. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.74-75.

<sup>361</sup> *Idem. Ibidem*, p.78.

01.01.1948: art. 97 – I [...]. Podemos dizer que boa Administração é aquela que supre todas as necessidades da população, independente do custo dispendido para isso ou, ao contrário, podemos dizer que boa é administração que, mantendo para si apenas a prestação de alguns serviços que classificou como essenciais, atribuiu para particulares a prestação dos outros serviços mediante remuneração pelos usuários, numa evidente restrição de gastos públicos.<sup>362</sup>

Por último, o mesmo autor indica uma relação intrínseca entre eficiência e eficácia, traçando mais alguns critérios de adequação das atividades estatais em geral:

A eficiência também passou a ser associada à eficácia, sendo esta concebida para designar o resultado obtido pela comparação dos fins atingidos com os objetivos traçados, sendo maior a eficácia (e, portanto, a eficiência) quanto maior a aproximação dos fins atingidos com os objetivos traçados.<sup>363</sup>

Em meio ao estudo dos mais diversos autores não se observou comentários inéditos se comparados aos critérios já expostos neste trabalho dissertativo.

#### **4.1.3 Critérios jurisprudenciais de adequação**

A inadequação do serviço público causa danos à sociedade, coletiva ou individualmente. Assim, surge à necessidade de intervenção judicial, visando restabelecer o *status quo ante* ou compensar os prejuízos irreversíveis. Devido à importância da atuação do Judiciário na manutenção da qualidade de vida dos cidadãos, serão analisadas, aqui, algumas decisões dos órgãos judiciários máximos do ordenamento nacional: STF e STJ.

##### **4.1.3.1 Decisões do STF e STJ**

Figurando como os mais importantes órgãos componentes do Poder Judiciário, aqui são mencionadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre uma inadequação de dados serviços públicos. Buscar-se-á destacar quais foram os critérios utilizados por estes Tribunais em suas decisões relacionadas com a qualidade destes serviços.

---

<sup>362</sup> DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência & Moralidade Administrativa*. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008, p.74-75.

<sup>363</sup> *Idem. Ibidem*, p.76.

Analisando a jurisprudência destes órgãos percebeu-se que versam, sem sua maioria, sobre o serviço público de saúde, envolvendo discussões sobre reserva do possível. Eis algumas das ementas dos julgados destes dois órgãos judiciários.

O primeiro trecho de voto diz respeito a uma decisão proferida no STF pelo Ministro Relator Moreira Alves, defendendo o dever de prestação adequado de um serviço público, sem alteração das condições contratuais iniciais:

Lei estadual, máxime quando diz respeito à concessão de serviço público federal e municipal, como ocorre no caso, não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários. (ADI 2.299-MC, Rel. Min. Moreira Alves, julgamento em 28-3-01, DJ de 29-8-03)

O segundo trecho de outro voto também se refere ao dever de adequação do serviço, neste caso de transporte rodoviário. Diz respeito à acessibilidade. Eis os termos da decisão:

Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, inc. IV, 5º, inc. XXII, e 170 da Constituição da República): improcedência. A Autora, associação de associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento do Agravo Regimental na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.153, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da Autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei n. 8.899/94 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados." (ADI 2.649, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-08, DJE de 17-10-08)

Quanto ao STJ não fora encontrada uma decisão que fosse precisamente direcionada ao assunto que se estuda no momento.

## **5 DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO**

A partir de tudo que fora exposto algumas afirmações são possíveis de serem formuladas: as atividades exercidas pelo Poder Judiciário são espécies de serviço público, principalmente quando relacionadas com atividades administrativas; existe o dever do Estado de prestar adequadamente seus serviços, inclusive o judiciário; como consequência deste dever, é possível se defender a existência de um direito, de todo cidadão, a um serviço público judiciário adequado.

Neste capítulo tem-se como objetivo a comprovação de todas estas conclusões, apresentando quais deveriam ser os critérios identificadores de uma adequação do serviço judiciário.

### **5.1 SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO**

Inúmeros critérios foram apresentados até agora para identificar um serviço público de qualidade, distribuídos entre leis e escritos doutrinários. Alguns destes critérios podem ser destacados por versarem especificamente sobre matéria judicial. Outros, por versarem genericamente sobre serviços estatais, podem ser reinterpretados para se adaptarem a realidade judiciária.

Eis os critérios.

#### **5.1.1 Critérios legais de adequação**

Dentre as diversas legislações que versam a respeito da qualidade dos serviços estatais, principalmente o judiciário, pode ser destacada a Constituição Federal (art. 5º, incisos LIII, LIV, LV, LX, LXXIV, LXXV, LXXVIII), Pacto de São José da Costa Rica e Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN). Além dos critérios legislativos, é possível também dar ênfase ao trabalho realizado Conselho Nacional de Justiça ao fazer relatórios sobre as condições atuais da justiça nacional e as metas a serem cumpridas no decorrer dos anos.

Cabe, de início fazer uma ressalva importante: os critérios aqui expostos – apesar de tratarem, de forma reflexa, da função jurisdicional – são direcionados à atividade administrativo-judiciárias do Poder Judiciário. Ademais, impõe-se à atividade recém especificada o cumprimento de todos os outros critérios já expostos até então, aplicáveis aos serviços públicos em geral. Todos eles, *mutatis mutandis*, se aplicam à atividade administrativo-judiciária executada pelos órgãos e agentes integrantes do Poder Judiciário.

Após estas ressalvas, comentam-se a respeito dos critérios específicos da atividade judiciária. Eis os seus termos.

#### 5.1.1.1 Art. 5º, inc. LIII, LIV e LXXVIII da Constituição Federal

Estabelece o art. 5º do inc. LIV que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mas não há precisão, na lei, de qual seria o conteúdo semântico da expressão “devido processo legal”. Apesar disso, é inevitável notar o paralelismo entre os critérios de adequação do serviço público (descritos na Lei 8.987/95 e em outras legislações) e as garantias e regras decorrentes do devido processo legal. Nessa Lei, fala-se nos critérios de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Tais critérios correspondem a tudo aquilo que fora mencionado como requisito para atendimento do direito fundamental a um devido processo legal. Ademais, há clarividente relação com os princípios descritos no art. 37 da Constituição Federal (legalidade, eficiência, moralidade, impessoalidade e publicidade) aplicáveis a qualquer atividade que o Estado exercite, inclusive a judiciária.

Devido à variedade de conteúdos que podem ser identificados na expressão devido processo legal, muitos autores se propuseram a formular um conceito pertinente deste instituto jurídico. Modernamente os processualistas avançaram muito no estudo deste tema, pois estavam cientes de sua grande importância na regulação de relações pessoais e de conseqüentes litígios. Evoluíram no sentido de encarar os institutos processuais não somente à luz da Constituição Federal, mas principalmente sob a perspectiva de um determinado tipo de norma constitucional: as que explicitam direitos fundamentais. O devido processo legal, destarte, passou a envolver duração razoável do processo, acesso à justiça (modicidade de tarifas, assistência judiciária gratuita, etc.), direito a um juiz competente, dispensa de dilações desnecessárias, eficácia e eficiência do *iter* processual, assim como das decisões, respeito ao direito das partes, etc.

Esta tendência de se encarar o devido processo legal como um direito fundamental, mais que somente um princípio dedutível da estrutura normativa constitucional, foi acompanhada pela inclusão, no rol dos direitos e garantias fundamentais, de uma gama de dispositivos de natureza processual, *verbi gratia*, aquele que versa a respeito do juiz natural e da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXVII e XXXV da CF/88, respectivamente). Além disso, a explícita menção ao devido processo legal no sobredito inc. LIV do art. 5º da Constituição Federal, corrobora a extrema importância de tal instituto na manutenção de uma vida condigna.

Esta propensão de se encarar o devido processo legal como um direito fundamental de todos é reforçada pelo Pacto de *San José da Costa Rica*, cuja Convenção foi ratificada pelo Decreto 678/92. No plano internacional, o *due process of law* já era encarado de maneira muito mais ampla, dotado da verdadeira importância que o instituto realmente titulariza.

Apesar de ter sido erigido ao *status* de direito fundamental, este multicitado instituto apresenta conceito aberto, que dá ensejo a muita divergência doutrinária e jurisprudencial. Quando se verifica o conflito entre direitos desta natureza, há que se utilizar de mecanismos de harmonização. Um destes é o uso de princípios. Sobre o assunto afirma o autor Karl Larenz:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que, em certa medida são ‘abertos’, ‘móveis’, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por este motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque sua amplitude não está de antemão fixada. Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que descer até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante uma ‘ponderação’ dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o ‘peso’ que ela confere ai bem respectivo na respectiva situação<sup>364</sup>.

Encarando o problema, escreve Fredie Didier Júnior:

[...] como não se pode resolver a tensão pelo princípio da hierarquia das normas, pois advindas da mesma fonte, o juiz pondera interesses em jogo, limitando a aplicação de um dos conflitantes em detrimento da do outro, de modo a delimitar o seu alcance<sup>365</sup>.

Muito pertinente é a colocação de Teori Albino Zavascki sobre este assunto:

O certo é que – e isso é o que importa salientar nesse momento – qualquer que seja o agente ou a via utilizada, a solução do conflito entre direitos

<sup>364</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997, p. 575.

<sup>365</sup> DIDIER JÚNIOR Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p.33.

fundamentais, na busca da concordância prática entre eles, opera, necessária e invariavelmente, uma limitação de um em benefício de outro <sup>366</sup>.

Willis Santiago Guerra Filho, citado por Fredie Didier Júnior, versa o seguinte:

O princípio em tela, portanto, começa por ser uma exigência cognitiva, de elaboração racional do direito – e aqui vale lembrar a sinonímia e origem comum, na matemática, dos termos ‘razão’ (lat. *Ratio*) e ‘proporção’ (lat. *Proportio*) –, o que explica a circunstância de ele figurar entre os cânones metodológicos da chamada ‘interpretação constitucional’, aquela a que se deve recorrer quando o emprego da hermenêutica jurídica tradicional não oferece um resultado constitucionalmente satisfatório <sup>367</sup>.

Complementando tal posicionamento, afirma Wilson Alves de Souza:

[...] o juiz não deve ficar à espera de reformas legislativas estamos a dizer que pode e deve ele desenvolver uma hermenêutica em que se possa extrair do próprio ordenamento jurídico, a partir dos princípios constitucionais expressos ou implícitos, soluções no sentido de dar maior celeridade ao processo respeitando, ao mesmo tempo, os direitos e garantias processuais das partes [...]. <sup>368</sup>

A mera inserção do devido processo legal no rol dos direitos fundamentais não é recurso suficiente para proporcionar, por si só, um exercício adequado da atividade judiciária.

Neste sentido afirma Carlos Alberto Álvaro de Oliveira:

Não interfere nessa solução a garantia constitucional do devido processo legal, adotado de forma explícita entre nós, porquanto atua muito mais do ponto de vista negativo, a impedir ofensas ao direito da parte por seu descumprimento, do que do ponto de vista positivo. Na realidade, a simples inserção da cláusula no ordenamento brasileiro não garante, de per se, um processo eficiente e afinado com a justiça da decisão. <sup>369</sup>

Complementa o mesmo autor ao mencionar que

Trata-se, como já se ressaltou, de princípio complexo, a exigir, na sua implementação, além de normas constitucionais auto-aplicáveis, um conjunto enorme de outras normas e providências de ordem prática, que reclamam no plano infraconstitucional o aprimoramento da ordem jurídica comum, por obra do legislador ordinário. <sup>370</sup>

Uma das facetas deste princípio do devido processo legal é aquela que se refere ao direito a um processo sem dilações indevidas. Sobre o assunto versa Carlos Alberto Álvaro de

<sup>366</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62-63.

<sup>367</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. *apud* DIDIER JÚNIOR Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2005. p.33.

<sup>368</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pós-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.274.

<sup>369</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. Capítulo IV- Formalismo e Justiça. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.186.

<sup>370</sup> *Idem. Ibidem*, p.186.

Oliveira, ao fazer uma análise comparativa do direito processual pátrio e o Suíço: “[...] o princípio da efetividade da tutela jurídica compreende, em sentido amplo, a proibição de formalismo excessivo”<sup>371</sup>. Ainda acrescenta:

O formalismo excessivo é vislumbrado como denegação de justiça se não imposto para a proteção de algum interesse quando venha a complicar, de maneira insustentável, a aplicação do direito material.<sup>372</sup>

Finaliza Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, continuando sua análise sobre o rigorismo exacerbado, que o “[...] processo não constitui fim em si mesmo.”<sup>373</sup> Ele é o instrumento por intermédio do qual se resolve um conflito de interesses, se compensa ou repara uma violação a direito material. A principal finalidade do processo é resolver, da forma mais rápida e adequada possível, a lide submetida à apreciação do Magistrado.

Tais formalismos desnecessários nem sempre decorrem de uma imposição legal, sendo muitas vezes fruto de um despreparo ou falta de consciência dos aplicadores do Direito quanto ao “fim primeiro” do processo. Isto é o que pode ser percebido do trecho a seguir transcrito:

Como se verifica, o excesso de formalismo no contexto do direito brasileiro decorre, em princípio, mais da cegueira do aplicador da lei ou dos demais operadores coadjuvantes – desatentos aos valores do processo, pouco afeitos ao manejo das possibilidades reparadoras contidas no ordenamento ou ansiosos por facilitar o seu trabalho – do que do próprio sistema normativo.<sup>374</sup>

É inegável que procedimentos desnecessários causam uma demora prescindível ao processo, ferindo aquilo que se entende por duração razoável. Corroborando tal afirmação vem Wilson Alves de Souza trazer alguns parâmetros que possam identificar o que seja um processo com duração razoável:

[...] se os prazos concedidos aos sujeitos processuais, foram ou não excessivos; se o juiz proferiu seus despachos e decisões nos prazos legais ou pelo menos com excesso justificado tolerável – isso ante fato de os prazos a ele concedidos serem impróprios e pela razão de que tem um volume de trabalho que não lhe permitia decidir dentro de tais prazos, o que

<sup>371</sup> OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. Capítulo IV- Formalismo e Justiça. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p.193

<sup>372</sup> *Idem. Ibidem*, p.194.

<sup>373</sup> *Idem. Ibidem*, p.202.

<sup>374</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.207.



também ocorre com os serventuários da justiça; se houve ou não repetição ou adiamentos de atos processuais desnecessariamente, etc.<sup>375</sup>

Continua o mesmo autor:

Sendo assim, o cumprimento do princípio do processo em tempo razoável há de ser compatibilizado com o princípio do processo devido em direito, de maneira que podemos afirmar que processo em tempo razoável é aquele que, em princípio, começa e termina com eficácia, sem prejuízo dos direitos e garantias processuais das partes, e que o juiz e os serventuários da justiça atendam aos prazos previstos em lei, ou se os ultrapassar em casos excepcionais por eventual excesso de trabalho ou pela complexidade do caso concreto, a causa seja decidida tendo em conta parâmetros mínimos de tolerância aceitos pela própria sociedade.<sup>376</sup>

De forma bastante adequada, Wilson Alves de Souza faz uma associação do conceito de duração razoável com o conceito de eficácia da decisão:

A idéia de um processo em tempo razoável tem muito que ver com a eficácia da decisão (cf. infra), por isso mesmo o tempo de tramitação do processo pode variar muito em função da relação existente entre a situação do bem jurídico objeto do processo e o tempo.<sup>377</sup>

Complementando tal idéia, versa o Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8, inc. I, da seguinte forma:

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

Mesmo antes da EC 45/2004 o doutrinador José Rogério Cruz e Tucci já afirmava que

A constituição de 1988 recepciona os direitos enunciados em tratados internacionais, de que o Brasil é parte, conferindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Isto é, os direitos constantes nos tratados internacionais integram e complementam o catálogo de direitos constitucionalmente previsto, o que justifica estender a estes direitos o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais<sup>378</sup>.

Com o advento da EC 45/2004 o que afirmava José Rogério Cruz e Tucci se tornou efetivo. Incluiu-se no rol do art. 5º, que, ressalte-se, não é exaustivo, o inc. LXXVIII sobre o

<sup>375</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, 268.

<sup>376</sup> *Idem. Ibidem*, 269.

<sup>377</sup> *Idem. Ibidem*, p.268.

<sup>378</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do Processo sem dilações indevidas*. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999, p. 259-260.

direito a uma “[...] razoável duração do processo e dos meios que garantam celeridade de sua tramitação”. Positivou-se o que já estava previsto explicitamente no Pacto de *San José da Costa Rica*, ratificado pelo Brasil, e implícito na Constituição Federal brasileira, como um sistema normativo dotado da finalidade de assegurar direitos, inclusive processuais.

Enfatiza-se, ainda mais, a importância de tal previsão legal e a seriedade com a qual se encara a questão atualmente, com a inclusão, por intermédio da Emenda 45, da alínea “e” ao art. 93, inc. II da Constituição pátria<sup>379</sup>. Acresce-se a esta situação a imposição da distribuição imediata dos autos em qualquer grau de jurisdição, descrito no inc. XV do mesmo artigo. Estes novos preceitos normativos vedam a promoção de juiz que retiver os autos além do prazo legal sem devolvê-los com a devida decisão ou despacho. Inarredável é concluir que tal norma representa um grande passo na manutenção da ordem jurídica e na garantia de um processo adequado aliado a uma segurança jurídica efetiva.

Defende Fredie Didier Júnior, ao tecer comentários a respeito do devido processo legal: “a discussão sobre a existência ou não deste direito fundamental acabou, tendo utilidade meramente histórica”<sup>380</sup>. Isto diante da sua atual notoriedade. À medida que o tempo passa, surgem novos enfoques para se analisar este instituto jurídico. O direito fundamental a um devido processo legal é algo incrustado na realidade normativo-doutrinária brasileira. Porém os autores ainda não são uníssomos quanto a sua dimensão semântica e pragmática.

Segundo se sabe, a doutrina costuma analisar o devido processo legal sob dois enfoques: o substancial e o formal. Isso é confirmado pelo autor Wilson Alves de Souza: “Doutrinariamente o princípio do processo devido em direito é visto sob dois enfoques: 1) o meramente processual (teoria processual; *procedural due process*); 2) o material (teoria substantiva; *substantive due process*).”<sup>381</sup>

Sobre a teoria processual afirma o mesmo autor:

A teoria processual leva em consideração apenas o processo em si mesmo, é dizer, preocupa-se apenas com as garantias processuais num determinado processo em que estão em jogo os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à propriedade. Por outras palavras, segundo tal teoria o princípio do processo

<sup>379</sup> Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas: [...] e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão;

<sup>380</sup> DIDIER JÚNIOR Fredie. *Direto Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2005, p.41.

<sup>381</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.125.

devido em direito estará atendido se princípios processuais previstos, como o direito de peticionar, o direito de ser intimado dos atos processuais, o direito à defesa, o direito ao contraditório, o direito a produzir provas lícitas, etc, forem observados.<sup>382</sup>

Sobre a teoria processual afirma o mesmo autor:

A teoria substantiva parte da afirmação de que um processo devido em direito (processo justo ou processo equitativo) está centrado na justiça com relação aos direitos em si mesmos (os bens da vida no plano material, a partir dos direitos fundamentais). Isso significa dizer que o processo justo deve ser considerado a partir da criação da própria norma legislativa, ou seja, da lei justa ou da lei razoável. Daí o combate às leis injustas, leis irrazoáveis, leis absurdas que privam desnecessariamente os direitos fundamentais dos cidadãos. Nesse sentido, desrespeitariam o princípio do processo devido em direito, por exemplo, leis que permitam a Administração expropriar bens sem prévia e justa indenização, que afastem a liberdade de imprensa, que autorizem o cerceamento da intimidade do cidadão, etc sem critérios de razoabilidade. Isso significa dizer que o juiz deve, ao resolver determinado caso, examinar os direitos materiais em jogo de modo a verificar a justiça e a razoabilidade da lei material em discussão, dando a solução mais justa ao caso.<sup>383</sup>

Quando se analisa o *due process of law* formalmente, afirma-se como devido o processo que segue, em todas as suas fases, o previsto na lei. Dizer que há consonância entre o estabelecido na norma e o andamento processual é o mesmo que reconhecer, como presentes, determinadas garantias: do acesso à justiça; de um julgamento por juiz pré-constituído na lei; de um tratamento paritário das partes; de uma defesa plena; da publicidade dos atos processuais; da necessária motivação das decisões; a garantia de uma duração razoável do *iter* processual; gratuidade da justiça para os pobres; duplo grau de jurisdição; etc.

Observado sob o ponto de vista material este mesmo instituto jurídico exorbita a idéia de mera regularidade formal e respeito às garantias processuais supramencionadas. Implica o reconhecimento do processo como razoável e proporcional perante os motivos que suscitaram o seu surgimento e movimentação. Neste aspecto se aproxima muito do conteúdo jurídicos do acesso à justiça

Assim, o que se considera devido processo legal hodiernamente é muito mais do que mera adequação do processo ao previsto na lei, um respeito a suas garantias, mas também uma adequação às necessidades do caso concreto, sendo que é um direito fundamental de todos aqueles que postulam perante o Estado-Juiz a uma manifestação útil, eficaz, eficiente e

<sup>382</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.125.

<sup>383</sup> *Idem. Ibidem*, p.125.

tempestiva, ou seja, adequada. Daí o aforismo *substantive due process*, fazendo correspondência entre o devido processo legal substantivo e o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Após tal explanação, é possível afirmar que o devido processo legal se refere tanto a atividade jurisdicional quanto a judiciária exercida pelos diversos agentes do Poder Judiciário. Os atos administrativos executados na prestação do serviço por este Poder devem respeitar: o prazo estabelecido na lei para sua implementação; a finalidade a que foi destinado; moralidade em sua prestação; publicidade dos atos; gratuidade para os reconhecidamente pobres e acesso a todos.

Diante de tudo que fora exposto, pode-se afirmar que, segundo os incisos LIII, LIV e LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, um serviço judiciário, para ser considerado adequado, precisa respeitar algumas garantias: publicação de seus atos, gratuidade dos serviços aos pobres, respeito aos fins previamente estabelecidos, duração razoável diante do objetivo colimado, acessibilidade, eficácia de suas atividades.

#### *5.1.1.1.1 Direito a ampla defesa e ao contraditório*

O direito a uma defesa plena e oportunidade de contraditar alegações no processo é uma garantia respectivamente conhecida e reconhecida na doutrina e na legislação. É considerado um direito fundamental para que se alcance uma decisão justa diante da conjuntura do processo litigioso. A relação jurídica processual é naturalmente dialética, exigindo uma participação constante de ambas as partes na formação da sentença. Havendo qualquer prejuízo quanto ao exercício deste direito, ocorrerá a perda dos efeitos do ato processual atingido, sendo invalidado.

Diante da clara importância desta garantia, fora positivado na Constituição, em seu art. 5º, LV<sup>384</sup>, a ampla defesa e o contraditório como elementos inerentes ao desenvolvimento válido de uma atividade jurisdicional. Mas qual seria o verdadeiro conteúdo deste direito, diante do contexto atual? Esta é uma pergunta que se buscará responder agora.

Via de regra os doutrinadores costumam dissertar sobre estes direitos de forma única, como se fossem indissociáveis. Isto realmente acontece, sendo impossível falar-se em defesa plena sem que seja respeitado o momento do contraditório – a recíproca também é verdadeira.

---

<sup>384</sup> Eis os termos do art. 5º, inc. LV da CF: “aos litigantes, 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;”

Mas, apesar do tratamento dispensado pelos escritores e pelo sobredito inciso a estes institutos (união de ambos), há diferenças e peculiaridades entre eles.

A dicção do art. 5º, inc. LV da CF, já transcrito, indica que tal princípio se aplica a todo e qualquer processo. Sobre isso não paira dúvida, inclusive na doutrina, como afirmado pela processualista Ada Pellegrini Grinover:

A constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes. (...) Litigantes existem sempre que, num procedimento qualquer, surja um conflito de interesses. Não é preciso que o conflito seja qualificado pela pretensão resistida, pois neste caso surgirão a lide e o processo jurisdicional. Basta que os partícipes do processo administrativos se antepõem face a face, numa posição contraposta.<sup>385</sup>

O autor Hely Lopes Meirelles disserta a respeito do princípio do contraditório ao comentar o conteúdo do art. 2º da Lei 9.784/99, sobre processo administrativo<sup>386</sup>:

Como ressaltado, a Lei 9.784/99, no art. 2, prevê expressamente a observância por parte da Administração Pública dos princípios na ampla defesa e do contraditório. Regula, assim, na esfera infraconstitucional o cumprimento do disposto na Constituição Federal, em especial no seu art. 5, LV, que assegura “aos litigantes, em processo [...] administrativo”, “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Ao falar em “litigantes”, não. Esta é, sem dúvida, uma das grandes novidades da Constituição Federal de 1988. É o fenômeno da processualidade administrativa.<sup>387</sup>

Complementa a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Na Lei n. 9.784/99, os princípios da ampla defesa e do contraditório estão mencionados no art. 2, entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública. O princípio da ampla defesa é aplicável em qualquer tipo de processo que envolva situações de litígio ou o poder sancionatório do Estado sobre as pessoas físicas e jurídicas. [...] O princípio do contraditório, que é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-se-lhe oportunidade de resposta. Ele supõe o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e seu direito de resposta ou de reação. Exige: 1. Notificação dos atos processuais à parte interessada; 2. Possibilidade de exame das provas constantes do processo; 3. Direito de assistir à inquirição de testemunhas; 4. Direito de apresentar defesa escrita.<sup>388</sup>

<sup>385</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.147.

<sup>386</sup> Eis o conteúdo do sobredito artigo da Lei 9.784/99: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

<sup>387</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.94.

<sup>388</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.628.

O autor Wilson Alves de Souza escreve no mesmo sentido:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa significam que antes de qualquer decisão ante determinada postulação ou manifestação de alguma parte, interessado ou interveniente no processo o juiz deve ouvir o adversário para manifestação contrária no objetivo de contraditar as alegações ou provas produzidas e, assim, tanto quanto o fez o postulante ou requerente, se manifestar e provar em sentido contrário no objetivo de influenciar o julgamento.<sup>389</sup>

Sobre as características peculiares destes princípios do contraditório e da ampla defesa, são pertinentes os comentários do mesmo autor:

Vê-se, assim, que os princípios do contraditório e da ampla defesa são garantias processuais que se referem às garantias do direito de ação e do direito de defesa, e não apenas à garantia do direito de contestar enquanto demandado, ou seja, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão postos tanto em favor do autor como do réu, até porque no desenvolvimento do processo podem ocorrer situações nas quais o réu passa a fazer postulações sem sair dessa qualidade, impondo-se, nessa hipótese, a ciência ao autor para manifestação. Assim, por exemplo, se o réu postula juntada de documento novo no processo, se recorre de alguma decisão, se alega na contestação questão preliminar ou questão prejudicial, seja quanto ao processo, seja quanto ao mérito, deve o juiz dar ciência a autor para manifestação antes da decisão.<sup>390</sup>

A ampla defesa envolve todo tipo de mecanismo, permitido ou não proibido pela lei, utilizável pelas partes, em juízo, para garantir a prevalência de seus interesses. Isso envolve direito à informação, de audiência, à produção de provas, a recurso, a defensor de qualidade, duração razoável do processo e das prisões, etc. O contraditório diz respeito ao uso destes mecanismos como forma de contraditar alegações desfavoráveis ao interesses de uma das partes. É a efetiva manifestação da dialética processual.

O princípio da ampla defesa e do contraditório são, como se nota, fins das atividades administrativo-judiciais do Poder Judiciário. A gestão dos serviços da justiça deve ter por finalidade a criação das condições necessárias ao melhor atendimento destes princípios. É neste ponto que se identifica o que seja adequado ou não no serviço público judiciário: se há um número de defensores públicos suficientes para feitura da defesa dos reconhecidamente pobres; se o número de juízes e auxiliares da justiça é bastante para garantir uma duração

---

<sup>389</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 216.

<sup>390</sup> *Idem. Ibidem*, p. 216-217.

razoável do processo; se os órgãos judiciários são efetivamente acessíveis a população em termos de localização, etc.

Versa o sobredito inciso do art. 5º que é assegurado aos litigantes o “[...] contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Acresce-se que tais direitos se farão presentes tanto nos processos administrativos, quanto nos judiciais. Nota-se que a exigência de se oportunizar defesa e contraditório é algo inerente àquela atividade que impescinde de um litígio, um conflito de interesses. A lide, como elemento essencial à jurisdição<sup>391</sup>, atrai para seus atos o direito a ampla defesa e ao contraditório. Como a atividade judicial é composta de um conjunto de atos jurisdicional e administrativos concatenados, interdependentes e dirigidos a uma finalidade comum, há que se respeitar estes direitos inclusive nos atos de administração da justiça.

Destarte, para se reconhecer um serviço judiciário como adequado é necessário que ele respeite, em sua atividade predominante (jurisdicional), as garantias da ampla defesa e do contraditório. Mas, além disso, é necessário que as condições administrativas do Poder Judiciário sejam adequadas para cumprimento da obrigação de respeito destas garantias processuais.

#### *5.1.1.1.2 Direito a uma justiça pública*

O direito à publicidade, conforme exposto alhures, decorre, predominantemente, de dois princípios estruturantes da Administração Pública: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público. Se o Estado sempre age em nome da coletividade (visando o bem comum) e se não tem livre disposição dos poderes que exerce, deve ser constantemente fiscalizado por aqueles a quem representa. Para tal, é imprescindível a ampla publicação dos motivos, meios e fins usados pelos Entes estatais.

No processo judicial também se faz presente tal exigência, salvo nos casos excepcionados na lei. Discorre o art. 5º, inc. LX<sup>392</sup> da Constituição Federal que os atos processuais serão públicos, exceto quando o sigilo for necessário para preservação da intimidade ou quando o interesse social assim o exigir.

---

<sup>391</sup> Opta-se por defender, aqui, a lide como atividade essencial ao exercício de jurisdição. Conseqüentemente, defende-se que jurisdição voluntária seria ato administrativo exercido pelo Poder Judiciário.

<sup>392</sup> Eis o conteúdo legal descrito no art. 5º, inc. LX da Constituição Federal: “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

Sobre a intimidade já foram apresentados alhures<sup>393</sup> alguns comentários mais aprofundados, sendo desnecessária a sua repetição. Apenas se apresenta um resumo: intimidade diria respeito a um conjunto de informações pessoais que são desconhecidas por todos, exceto pelo indivíduo a quem se referem; ou são conhecidas por somente um pequeno grupo de pessoas mais próximas. Há nítida predominância do interesse privado (de manutenção do sigilo de uma informação desta espécie) sobre o interesse público (de conhecer e fiscalizar todos os detalhes das atividades em que se envolvam agentes estatais por envolverem questões de grande importância para o bem comum).

Assim, o serviço público judiciário adequar-se-á quando o Estado respeitar tal dever de informação e/ou permitir acesso da população aos motivos, fins e meios dos seus atos administrativos ou jurisdicionais, salvo quando protegidos pelas exceções legais.

#### *5.1.1.1.3 Direito a uma justiça integral e gratuita*

É fácil reconhecer que as atividades estatais quase sempre implicam custos. Como são exercidas sempre para atender ao bem comum, os custos decorrentes destas atividades, assim como os seus benefícios, precisam ser compartilhados pela população. Visa-se, com isso, onerar a todos os concidadãos, de forma proporcional e razoável, possibilitando a vida em sociedade. O Poder Judiciário presta um serviço custoso, cujo benefício é gozado direta ou indiretamente por toda a população. Aquele que litiga judicialmente precisa arcar com as despesas inerentes a tal litigância.

É sabido que nem todos os indivíduos detêm capacidade financeira suficiente para suportar o dispêndio decorrente da atuação perante o Judiciário. É notável também que, via de regra, quem mais precisa recorrer ao órgão jurisdicional para ter seus direitos atendidos são aqueles menos providos de recursos financeiros. Como conciliar tais realidades: ausência de condições pecuniárias e carência de direitos efetivados; e inerentes gastos no exercício da atividade institucionalizada de resolução de conflitos? A resposta é a seguinte: gratuidade da justiça.

Conforme mencionado acima, se se impor ao reconhecidamente pobre o ônus de pagar para obter os benefícios da intervenção judiciária, legitimar-se-á a negação de justiça aos mais necessitados. A gratuidade passa a ser, desta forma, uma condição *sine qua non* para

---

<sup>393</sup> Ver o quanto disposto no tópico que trata do princípio da publicidade, inserido no *caput* do art. 37.



o efetivo acesso à justiça. Isto é materializado no art. 5º, inc. LXXV<sup>394</sup> da Constituição Federal. Mas não basta a extinção dos gastos para que se garanta ao pobre o direito de obter uma proteção judicial de seus interesses.

O exercício da justiça é, como já mencionado alhures, dialético, sendo exigível uma participação ativa das partes envolvidas no processo para que se alcance uma decisão justa e válida. É preciso, por exemplo, que: a parte acusada seja acompanhada por advogado e que este realize uma defesa efetiva e com qualidade; é preciso que se respeitem todas as garantias processuais inerentes ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório. Diante destas exigências, o mesmo inciso acima mencionado impõe que se assegure ao pobre uma justiça integral, além de gratuita.

A integralidade da justiça perpassa por um real acesso a um advogado; uma efetiva ausência de custos para reconhecidamente pobre; uma defesa eficaz e eficiente no processo; um respeito a todas as fases e garantias processuais indispensáveis para que se concretize uma decisão justa, independente da condição financeira dos envolvidos, etc..

Como resta claro notar, a modicidade (ou ausência) dos custos impostos aos litigantes judiciais é um dos critérios de adequação do serviço público judiciário.

#### *5.1.1.1.4 Direito a não ocorrência de erros judiciários e de excessos prazais*

É previsto no art. 5º, inciso LXXV da Constituição Federal que o Estado deverá indenizar qualquer pessoa que tenha sido: condenado por erro judiciário; ou vítima de um excesso de prazo de prisão<sup>395</sup>. A lei não identifica, com precisão, quando ocorre a primeira hipótese. Quanto à segunda, os prazos já são, em regra, previamente determinados legislativamente. O que se entende por erro judiciário? Sabe-se que ele pode atingir qualquer atividade jurisdicional, independente da área em a qual é exercida. Poucos autores se enveredaram por estes caminhos, buscando formular um conceito aplicável a todas as situações possíveis. Mesmo sendo poucos, afirma-se que não há unanimidade entre os escritores sobre este assunto.

É pacífico na doutrina, diante do claro texto da Constituição Federal de 1988 (no sobredito artigo e inciso), que deve haver responsabilização do Estado toda vez que houver

---

<sup>394</sup> Eis os termos do art. 5º, inc. LXXIV, da CF: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

<sup>395</sup> O texto do inciso LXXV do art.5º da CF é o seguinte: “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença”.

erro judiciário. Porém, pouco se escreve respeito do que seja este erro. O ato jurisdicional, como espécie de ato jurídico que é, depende do atendimento de determinados requisitos que condicionam a sua validade. Caso algumas destas condições não sejam atendidas, a exemplo da ocorrência de um vício de vontade, possibilita-se a anulação do ato e conseqüente indenização dos envolvidos que comprovarem seus danos.

A atividade judicial, assim como qualquer outra, é destinada ao alcance de um fim específico, neste caso, a solução de conflitos de interesses apresentada perante o Juízo. Havendo descompasso entre o provimento jurisdicional, sua finalidade objetiva e o elemento psíquico motivador da decisão, há erro. Assim como no negócio jurídico, em que a formação da vontade é elemento essencial, haverá responsabilidade daquele que deu causa ao dano, quer ele seja terceiro, quer seja o próprio julgador.

Tido como o mais elementar dos vícios do consentimento, o erro configura-se quando o desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias de um ato ou negócio faz com que um determinado agente se comporte de forma diversa daquela que se comportaria caso tivesse ciência das circunstâncias erroneamente concebidas.

No que tange ao instituto da culpa, não se fala em vontade consciente dirigida a um fim, mas em inobservância de dever de cautela (imprudência), num agir desidioso (negligência) e no descumprimento de dever profissional em determinada circunstância (imperícia). Via de regra, quando se fala em erro judiciário, busca-se fazer referência a ambos os institutos descritos nesses dois últimos parágrafos: culpa e erro.

Comumente se relaciona o erro judiciário a uma atuação culposa do magistrado. Porém, quando se adota tal posicionamento, foge-se da idéia de que um ato judiciário (enquanto ato contínuo e gradativo), por si só, possa causar danos, independentemente de qualquer aferição de culpa ou dolo do agente estatal.

Parafraseando Luiz Antonio Soares Hentz, percebe-se que ele entende que o juiz opera com erro sempre que declara o direito a um caso concreto sob falsa percepção dos fatos; quando a decisão ou sentença diverge da realidade ou conflita com os pressupostos da justiça, entre os quais se insere o conhecimento concreto dos fatos sobre os quais incidirá a norma jurídica. Assim, as principais causas do erro judiciário são: o erro ou a ignorância; o erro judiciário decorrente de culpa; a decisão contrária à prova dos autos; o erro provocado não imputável ao julgador; a errada interpretação da lei; o erro judiciário decorrente da aplicação da lei<sup>396</sup>.

---

<sup>396</sup> HENTZ, Luiz Antonio Soares. *apud* STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001. p.1009.

Não se pode negar que há hipóteses que não são englobadas pelo instituto da responsabilidade subjetiva pura e simples, como prevista no Código Civil brasileiro. Novas formas de responsabilização do agente são adotadas, principalmente no âmbito do Direito Administrativo. As teorias do risco administrativo e do integral, por objetivamente imputar ao causador do dano a obrigação de repará-lo, abrangem quase todas as situações antes não reguladas pela lei civil. Acrescenta-se, ainda, a teoria da culpa do serviço, admitida pela grande maioria dos doutrinadores desse ramo do Direito, como espécie de responsabilidade subjetiva do Estado.

Em princípio, deve-se procurar situar a culpa como causa do erro judiciário, porém não se pode perder de vista a questão da *faute du service*, principalmente quando eventual dano decorre de situação não enquadrada no conceito de erro judiciário. A maior parte dos danos decorrem de uma má prestação do serviço judiciário. Esta é a linha divisória entre o erro judiciário e uma prestação judiciária inadequada.

O art. 175, parágrafo único, inc. IV c/c art. 37, § 6º, ambos da CF/88, juntamente com o art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95, corroboram a idéia de dever do Estado de prestar um serviço adequado, sob pena de sua responsabilidade. Com a análise mais minudente realizada por este último instituto legal, fala-se em condições de regularidade, continuidade, eficiência/eficácia, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. A este rol pode-se acrescentar a exigência de “duração razoável”, prevista no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal. Nota-se que esta última condição foi erigida, formalmente, ao patamar de direito fundamental. Daí afirmar-se, neste trabalho, ter sido comprovada a existência de um direito fundamental ao devido processo legal.

Complementa-se a exposição do conceito de erro judiciário fazendo um breves comentários a respeito das hipóteses de cabimento de ação rescisória. Parece acertada relacionar o erro judiciário às condições de cabimento da ação rescisória elencadas no art. 485 do Código de Processo Civil e da revisão criminal, prevista no art. 621 do Código de Processo Penal. Esta conclusão aparenta ser a mais lógica pelo seguinte fato: se os casos discriminados nestes artigos flexibilizam a coisa julgada e podem rescindir uma decisão judicial viciada, há inegável dano suportado por um particular quando alcançado pelo trânsito em julgado. Daí ser razoável considerar estas hipóteses como parâmetros mínimos para uma possível responsabilização do Estado perante a concretização de decisões inadequadas, ilegais e injustas.

O erro judiciário é geralmente relacionado ao erro *in procedendo* ou *in judicando*, o que alcança o ato judicativo realizado mediante erro, dolo ou culpa (negligência, imprudência

ou imperícia). Tem-se por certo que o erro judiciário abarca também as hipóteses de prevaricação, concussão e corrupção cometidas pelo juiz, assim como os casos em que é proferida decisão por magistrado impedido ou absolutamente incompetente, conforme art. 485, I e II do CPC.

Como se nota, o erro judiciário engloba todo e qualquer vício que acometa a atividade judiciária e lhe cause uma deformação procedimental ou material, que enseje danos a terceiros, passíveis de indenização. A autora Maria Emília Mendes Alcântara, citada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, discrimina alguns casos em ocorrerá a responsabilização estatal, quais sejam: “prisão preventiva decretada contra quem não praticou crime, causando danos morais; a não-concessão de liminar nos casos em que seria cabível, em mandando de segurança, fazendo perecer o direito; retardamento injustificado de decisão ou de despacho interlocutório, causando prejuízo à parte”<sup>397</sup>.

Diante de tudo que fora exposto, há um direito de todo cidadão envolvido num processo judicial de obter decisões precisas, certas, não erradas. Assim, serviço público judiciário adequado é aquele não acometido por erros. Acresce-se, como critério de adequação desta espécie de serviço a não estrapolação dos prazos de prisão, decorrentes de um devido processo legal. O excesso prazal também é uma espécie de vício, tornando inadequada uma prestação judiciária.

#### 5.1.1.2 Pacto de São José da Costa Rica

É sabido que o Pacto de *San Jose da Costa Rica* reconhece, entre seus diversos artigos, inúmeros direitos e garantias relacionadas ao exercício adequado da atividade judiciária. Alguns são nitidamente direcionados à prestação jurisdicional (resolvendo conflitos em última instância). Outros dizem respeito a outras atividades executadas pelo Poder Judiciário, incluindo as administrativas.

O primeiro exemplo que pode ser citado diz respeito à duração razoável dos atos processuais. Os artigos 7º, ponto 5 e 6, art. 8º, ponto 1, do supramencionado Pacto defendem que prestação jurisdicional deve ser realizada dentro do prazo necessário e adequado aos fins

---

<sup>397</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.523.

esperados<sup>398</sup>. Além disso, estes mesmos institutos estabelecem que: ninguém poderá ser julgado por autoridade incompetente; existe o direito à revisão das decisões mediante interposição de recursos; não é cabível prisão além do tempo previsto em lei; direito de audiência dos envolvidos no processo; dever de imparcialidade dos magistrados quando no exercício de seu *mister*.

Além desses, há o conteúdo do ponto 2 do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica<sup>399</sup>. Ele trata de diversos outros direitos inerentes aos processos adequados, como os seguintes: presunção de inocência; assistência gratuita de tradutor ou intérprete; prévio conhecimento de uma acusação antes de qualquer julgamento; defesa plena por advogado escolhido pela parte representada; direito à inquirição de testemunhas pela parte ré do processo; não ser obrigado a constituir prova contra si; não ser coagido; sentença absolutória não pode ser revista; direito a publicidade de processo penal, salvo exceções.

O Pacto de São José da Costa Rica também estabelece que os Estados signatários deste, devem comprometer-se a adotar providências tendentes a otimizar as atividades de efetivação de direitos, limitando-se somente aos recursos disponíveis<sup>400</sup>. Isto impõe ao Brasil

---

<sup>398</sup> Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competentes, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa. Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>399</sup> O texto constante do art. 8º, ponto 2 é o seguinte: “Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: 3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; 4. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; 5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; 6. direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; 7. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; 8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; 9. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e 10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior. 11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza. 12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. 13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

<sup>400</sup> Isto é o que consta dos escritos do Artigo 26 do Pacto de São José da Costa Rica: “Desenvolvimento progressivo - Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura,

um dever de adequar todos os meios que dispõe, principalmente o judiciário, para aumentar o nível de satisfação dos direitos dos cidadãos. Para garantir o cumprimento desta obrigação, o supra descrito Pacto prevê a possibilidade da formação de uma Comissão fiscalizadora, cujas funções primordiais são as seguintes:

1. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; 2. formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; 3. preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções<sup>401</sup>.

O Pacto de São José da Costa Rica, com tal previsão, indica que pretende velar pelo bom desempenho das funções estatais na proteção dos direitos humanos. As atividades judiciais, como exemplo de serviço público garantidor destes direitos, precisa ser prestado de forma adequada.

#### 5.1.1.3 Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LOMAN)

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n.º 35 de 1979), mais conhecida pela sua sigla LOMAN, regula a atuação dos magistrados. Uma dos principais conteúdos desta legislação, exatamente por tratar de assunto relevante ao tema estudado agora, é estabelecer alguns deveres e punições aos juízes no exercício do seu *mister* cotidiano. Dentre as principais partes desta lei, são destacados aqui os seguintes artigos: art. 35, art. 37 e 39, art. 49, art. 56, e art. 98.

O primeiro destes mencionados artigos disserta a respeito de alguns deveres dos magistrados. O inciso I do art. 35 começa impondo o dever dos juízes de cumprir as “disposições legais e os atos de ofício”. Aqui, na primeira expressão, é um mero reforço do princípio da legalidade já exposto anteriormente – quando se discutiu o conteúdo do *caput* art.

---

constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.”

<sup>401</sup> O Artigo 41 do Pacto de *San Jose da Costa Rica* traz o seguinte conteúdo: “A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: 1. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América; 2. formular recomendações aos governos dos Estados-membros, quando considerar conveniente, no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos no âmbito de suas leis internas e seus preceitos constitucionais, bem como disposições apropriadas para promover o devido respeito a esses direitos; 3. preparar estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções.”

37 da CF.<sup>402</sup> O cumprimento de obrigações atribuídas por lei ao agente julgador, independente de provocação de qualquer das partes do processo, também é forçoso, sendo que a sua inércia é justificável somente no momento de início do processo.

O segundo dever apresentado pela LOMAN, no mesmo artigo, em seu inc. II, é o inafastável cumprimento dos “prazos para sentenciar ou despachar”. Mais uma vez não há novidade quanto a esta obrigação jurisdicional, pois quando o inciso LXXVIII do art. 5º da CF já prevê o direito a uma duração razoável do processo. A própria LOMAN permite que um descumprimento de um prazo seja também razoável, quando for devidamente justificado. Esse inciso é complementado pelo seguinte, inciso III, que determina que o magistrado adote todas as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais

O inciso IV do art. 35 já versa sobre matéria diversa. Impõe que os litigantes e todos aqueles que se façam necessariamente presentes nos processos judiciais (inclusive auxiliares da justiça), sejam tratados com urbanidade. Acrescenta que o Juiz deve atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando carentes de providência urgente factível. Cada caso concreto que irá determinar o grau de urgência e de pragmaticidade de uma dada solicitação, observando, quando tratar-se de medida cautelar o quanto requerido, os requisitos do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

O art. 35, no seu inciso V, determina que o Juiz deve residir na sede da comarca. Isso se deve ao fato de que ele deve estar sempre acessível à população e aos necessitados de Justiça, principalmente nos casos emergenciais. Prevê, o mesmo inciso, uma exceção ao cumprimento de tal obrigação: quando houver autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado. O fato de residir na comarca também é exigível ao perfeito cumprimento do conteúdo obrigacional descrito no inciso VI do mesmo artigo: comparecer pontualmente ao seu local de trabalho e não se ausentar antes de seu término do expediente, salvo justificativa plausível.

O penúltimo (inc. VII) e o último inciso (inc. VIII) do multicitado artigo estabelece o dever do magistrado de gerenciar a atividade de sua respectiva vara, coordenando e

---

<sup>402</sup> O art. 35 da Lei Complementar n.º 35/79 tem o seguinte conteúdo: São deveres do magistrado: I - cumprir e “fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e atos de ofício; II - não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; III - determinar as providências necessárias para que os atos processuais se realizem nos prazos legais; IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quando se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência; V - residir na sede da comarca, salvo autorização do órgão disciplinar a que estiver subordinado; VI - comparecer pontualmente à hora de iniciar-se o expediente ou sessão, e não se ausentar injustificadamente antes de seu término; VII - exercer assídua fiscalização sobre os subordinados, especialmente no que se refere à cobrança de custas e emolumentos, embora não haja reclamação das partes; VIII - manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.”

fiscalizando os auxiliares da justiça que lhe sejam subordinados. Deve sempre velar pela respeito à moralidade dentro do órgão (moralidade administrativa) e fora dele (conduta ilibada e adequada à importância da função exercida).

Conforme mencionado no início deste tópico, há outros artigos que tratam do necessário cuidado dos magistrados com o bom exercício de suas atribuições enquanto agente do Judiciário. O art. 37 e 39 da LOMAN<sup>403</sup> versam, respectivamente a respeito do seguinte: obrigação de publicar dados estatísticos a respeito da distribuição dos feitos entre os membros de um dado órgão jurisdicional; remessa de informações ao corregedor sobre o descumprimento de prazos processuais. Isto aponta para uma atenção especial dispensada por essa lei ao perfeito exercício das atividades judiciais e a igualdade de tratamento de todos os seus agentes.

Num dos trechos da LOMAN, art. 49, há uma previsão das hipóteses de responsabilização do magistrado. Ela se restringe a elencar as seguintes: quando causar danos ou outros prejuízos por dolo ou culpa; quando, sem justo motivo, se omitir, atrasar ou se recusar a atender um requerimento das partes ou cumprir obrigação executável *ex officio*.<sup>404</sup> É notável que a simples previsão de responsabilidade do magistrado já indica a importância das matérias tratadas. O dano culposo ou doloso não pode ser incentivado pelo ordenamento, sendo uma das hipóteses que mais perfeitamente materializa uma inadequação de um serviço, principalmente o judiciário. Assim, serviço adequado é aquele que não permite (ou pune) atuações dolosas e culposas prejudiciais a terceiros e que não atende (ou atrasa o atendimento) das necessidades dos litigantes.

O art. 56 reforça o comprometimento desta legislação com a qualidade dos serviços judiciários. Neste artigo é previsto que poderá ser compulsoriamente aposentado o magistrado que for manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; que, no exercício de sua função, ferir a dignidade, a honra e o decoro; que não demonstrar ter capacidade (ou ter

---

<sup>403</sup> Eis os termos destes artigos: Art. 37. Os tribunais farão publicar, mensalmente, no órgão oficial, dados estatísticos sobre seus trabalhos no mês anterior, entre os quais: o número de votos que cada um de seus membros, nominalmente indicado, proferiu com relator e revisor; o número de feitos que lhe foram distribuídos no mesmo período; o número de processos que recebeu em consequência de pedido de vista ou como revisor; a relação dos feitos que lhe foram conclusos para voto, despacho e lavratura de acórdão, ainda não devolvidos, embora decorridos os prazos legais, com as datas das respectivas conclusões. Parágrafo único. Compete ao presidente do tribunal velar pela regularidade e pela exatidão das publicações. Art. 39. Os juízes remeterão, até o dia 10 de cada mês, ao órgão corregedor competente de segunda instância, informação a respeito dos feitos em seu poder, cujos prazos para despacho ou decisão hajam sido excedidos, bem como indicação do número de sentenças proferidas no mês anterior.

<sup>404</sup> Art. 49. Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento das partes. Parágrafo único. Reputar-se-ão verificadas as hipóteses previstas no inciso II somente depois que a parte, por intermédio do escrivão, requerer ao magistrado que determine a providência, e este não lhe atender o pedido dentro de 10 (dez) dias.



capacidade insuficiente) para executar, com perfeição, as suas atribuições cotidianas como agente judiciário.<sup>405</sup> Adequado é o serviço judiciário que também respeita ao conteúdo deste artigo.

O aspecto orçamentário também é enfatizado pela legislação. Não há como exercer com qualidade um serviço se não houver recursos orçamentários, humanos e patrimoniais suficientes. Isto é tratado pelo art. 98. A adequação do serviço judiciário perpassa pela consignação de orçamento bastante para o atendimento das necessidades qualitativas do Poder Judiciário.<sup>406</sup>

### 5.1.2 Critérios impostos pelo Conselho Nacional de Justiça

O Conselho Nacional de Justiça, órgão judiciário recentemente criado e inserido na Constituição Federal, tem por função principal o controle e fiscalização das atividades administrativas exercidas pelo Poder Judiciário. Antes de analisarmos os critérios estabelecidos por este órgão é necessário conhecê-lo melhor. Este é o objetivo dos tópicos a seguir dispostos.

#### 5.1.2.1 Art. 92, I-A c/c art. 103-B, §§ 4º e 5º da Constituição Federal

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) foi criado pela EC n.º 45/2004<sup>407</sup>. A criação deste órgão inicia um movimento de superação do preconceito existente quanto à incompatibilidade entre o controle de qualidade das atividades do Poder Judiciário e a necessária independência funcional dos magistrados. Apesar de demonstrar um avanço, esta inovação legislativa ainda carrega consigo algumas características conservadoras: confere a

---

<sup>405</sup> Art. 56. O Conselho Nacional da Magistratura poderá determinar a aposentadoria, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, do magistrado: I - manifestamente negligente no cumprimento dos deveres do cargo; II - de procedimento incompatível com a dignidade, a honra e o decoro de suas funções; III - de escassa ou insuficiente capacidade de trabalho, ou cujo proceder funcional seja incompatível com o bom desempenho das atividades do Poder Judiciário.

<sup>406</sup> Art. 98. Quando o regular exercício das funções do Poder Judiciário for impedido por falta de recursos decorrentes de injustificada redução de sua proposta orçamentária, ou pela não-satisfação oportuna das dotações que lhe correspondam, caberá ao Tribunal de Justiça, pela maioria absoluta de seus membros, solicitar ao Supremo Tribunal Federal a intervenção da União no Estado.

<sup>407</sup> A Emenda Constitucional n.º 45/2004 inseriu, no rol do art. 92, o Conselho Nacional de Justiça entre os órgãos judiciários do Brasil. Eis os termos do mencionado artigo: “Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: [...] I-A - o Conselho Nacional de Justiça”.

um órgão do Poder Judiciário a função de controlar suas próprias atividades; há predominância de juízes entre os integrantes do CNJ<sup>408</sup>; não há, entre os seus integrantes, qualquer pessoa que precise ter conhecimentos de administração, o que possibilitaria um gerenciamento mais eficiente do serviço público judicante<sup>409</sup>. A forma como é composto o CNJ aponta para a subsistência do receio do legislador constituinte em conceder o poder de controle administrativo a agentes alheios ao serviço público da justiça. É notável que este órgão é integrado, em sua imensa maioria, por juízes.

A própria criação do Conselho Nacional de Justiça tem um significado interessante, que é apontado pelo autor Ricardo Cunha Chimenti:

Em que pese o nítido intuito democrático dos constituintes de 1988, a prática evidenciou que o autogoverno de cada Tribunal se mostra incapaz de garantir o bom funcionamento de um Poder que atua essencialmente na prestação de serviço público essencial de caráter nacional. De sistemas informatizados que não conversam entre si a denúncias de impunidade quanto às faltas cometidas por magistrados no exercício de atividades jurisdicionais e administrativas, o sistema de auto governo se mostrou incapaz de atender aos reclamos sociais por um sistema judiciário célere, eficiente e seguro. Daí a criação do Conselho Nacional de Justiça, órgão que dentre outras atribuições controlará a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, desembargadores e Ministros dos Tribunais Superiores.<sup>410</sup>

Apesar de constar, entre as principais atribuições do CNJ, elaborar e executar planejamento, além de exercer controle administrativo, das atividades do Poder Judiciário nacional, não há, entre os componentes desse Conselho, qualquer indivíduo que necessite ter conhecimentos em administração. Devido ao fato de constar, entre os focos da missão deste órgão coletivo<sup>411</sup>, o desejo de tornar a prestação jurisdicional mais eficiente, a capacidade

---

<sup>408</sup> Informações retiradas do art. 103-B da Constituição Federal, cujo conteúdo literal é o seguinte: I - o Presidente do Supremo Tribunal Federal; II - um Ministro do Superior Tribunal de Justiça, indicado pelo respectivo tribunal; III - um Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, indicado pelo respectivo tribunal; IV - um desembargador de Tribunal de Justiça, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; V - um juiz estadual, indicado pelo Supremo Tribunal Federal; VI - um juiz de Tribunal Regional Federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VII - um juiz federal, indicado pelo Superior Tribunal de Justiça; VIII - um juiz de Tribunal Regional do Trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; IX - um juiz do trabalho, indicado pelo Tribunal Superior do Trabalho; X - um membro do Ministério Público da União, indicado pelo Procurador-Geral da República; XI - um membro do Ministério Público estadual, escolhido pelo Procurador-Geral da República dentre os nomes indicados pelo órgão competente de cada instituição estadual; XII - dois advogados, indicados pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; XIII - dois cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal.

<sup>409</sup> Conclusão obtida a partir da análise dos componentes do CNJ, descritos no art. 103-B da Constituição Federal.

<sup>410</sup> CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Órgão especial. O Conselho Nacional de Justiça e os predicamentos da magistratura*. In: TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. e ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005, p.150.

<sup>411</sup> “Contribuir para que a prestação jurisdicional seja realizada com Moralidade, Eficiência e Efetividade, em benefício da sociedade. (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em 07 de fevereiro de 2010.)

administrativa de seus agentes é essencial para cumprimento desta missão. Não se nega que muitos juízes podem ter uma experiência administrativa. Mas é sabido que a especialização funcional e que torna o profissional mais eficaz e eficiente no exercício de suas atribuições. A administração da justiça continua na mão de pessoas sem formação gerencial, o que torna mais difícil a obtenção de sucesso nas atividades de gestão, planejamento e controle administrativo.

As atribuições do Conselho Nacional de Justiça são descritas no art. 103-B da Constituição Federal, cuja redação foi dada pela EC n.º 61/2009. Dentro destas, podem ser destacadas aquelas previstas nos seus §§ 4º e 5º <sup>412</sup>. Após esta breve introdução sobre o assunto, interessante é aprofundar mais sobre o assunto nos tópicos a seguir.

#### *5.1.2.1.1 Informações sobre o Conselho Nacional de Justiça*

O Conselho Nacional de Justiça é um órgão que foi criado para reformular os quadros e meios disponíveis pelo Judiciário, focalizando no seu controle e transparência administrativa e processual<sup>413</sup>. É composto de 15 membros e não exerce qualquer função

---

<sup>412</sup> O art. 103-B, § 4º traz o seguinte conteúdo legislativo: “Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I - zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III - receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correicional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV - representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou de abuso de autoridade; V - rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI - elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII - elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião da abertura da sessão legislativa.” Já o art. 5º do mesmo artigo estabelece: “O Ministro do Superior Tribunal de Justiça exercerá a função de Ministro-Corregedor e ficará excluído da distribuição de processos no Tribunal, competindo-lhe, além das atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura, as seguintes: I - receber as reclamações e denúncias, de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários; II - exercer funções executivas do Conselho, de inspeção e de correição geral; III - requisitar e designar magistrados, delegando-lhes atribuições, e requisitar servidores de juízos ou tribunais, inclusive nos Estados, Distrito Federal e Territórios.”

<sup>413</sup> “O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é um órgão voltado à reformulação de quadros e meios no Judiciário, sobretudo no que diz respeito ao controle e à transparência administrativa e processual. Foi criado em 31 de dezembro de 2004 e instalado em 14 de junho de 2005. Trata-se de um órgão do Poder Judiciário com sede em

jurisdicional, apesar de integrar o Poder Judiciário. Executa, dentro deste Poder, atividades direcionadas ao aperfeiçoamento do serviço público da justiça. Para tanto, adota ações de planejamento, coordenação e controle administrativo.

O CNJ é regulado por algumas diretrizes que balizam suas atividades rotineiras. São elas: “[...] planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias; modernização tecnológica do Judiciário; ampliação do acesso à justiça, pacificação e responsabilidade social; garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais.”<sup>414</sup> A partir destas diretrizes são desenvolvidas as diversas atribuições desse Conselho.

Antes de iniciar a exposição a respeito destas diretrizes é imprescindível mencionar que o Conselho Nacional da Justiça não tem, por objetivo, interferir na atividade principal do magistrado: a jurisdição. A sua independência funcional é absoluta, sendo que não pode ser atacada por qualquer tipo de controle externo. O Juiz deve ser livre para proferir o julgamento, limitando-se somente ao conteúdo legal. O CNJ visa interferir somente na atividade administrativo-judiciária, tornando-a mais eficiente e eficaz. Então, todas as diretrizes e competências titularizadas por este órgão são direcionadas somente para a atividade gerencial exercida pelos membros do Poder Judiciário.

Após esta breve ressalva, pode ser comentada a primeira diretriz do CNJ: planejamento estratégico e proposição de políticas judiciárias. Ela diz respeito ao desenvolvimento de mecanismos, métodos, técnicas e táticas que possibilitem um melhor aproveitamento dos recursos humanos e financeiros que o Poder Judiciário dispõe para alcance de seus fins. Os dados coletados pelo próprio CNJ norteiam a sua atuação, determinando alvos de melhoramentos.

A segunda diretriz, representada por uma busca de modernização tecnológica do Judiciário, envolve uma atualização dos instrumentos utilizados pelos juízes e pelos auxiliares da Justiça, possibilitando um melhor equilíbrio os fatores custos/benefícios/duração. Quanto melhor a tecnologia utilizada menor são os custos, maiores são os benefícios e menor é o tempo necessário para alcance dos fins almejados.

A ampliação do acesso à justiça figura como a terceira diretriz do CNJ. Este é um dos assuntos que englobam quase todos os possíveis problemas da justiça nacional. A grandiosidade (em importância e em conteúdo) destas expressões, acesso à justiça, é enfatizada, com acerto, pelo autor Wilson Alves de Souza:

---

Brasília-DF e atuação em todo o território nacional, que visa, mediante ações de planejamento, coordenação e controle administrativo, aperfeiçoar o serviço público de prestação da Justiça.” (Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.)

<sup>414</sup> CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

O conceito de acesso à justiça não pode ser examinado sobre um enfoque meramente literal, vale dizer, não há lugar, na atualidade, para a afirmação de que acesso à justiça significa apenas manifestar uma postulação a um juiz estatal, como se isso fosse suficiente para garantir ao cidadão o direito tão somente a uma porta de entrada. Em linhas gerais, o conceito (jurídico) de acesso à justiça vai muito além do sentido literal. Significa também o direito a um devido processo, vale dizer, um processo carregado de garantias processuais, um processo equitativo (justo), que termine num prazo mínimo razoável e produza uma decisão eficaz.<sup>415</sup>

Continua o mesmo doutrinador:

Com efeito, obviamente que há que se garantir a porta de entrada. O Estado terá que instituir órgãos jurisdicionais e permitir que as pessoas tenham acesso aos mesmos. Mas isso é elementar. Veja-se que o Estado monopolizou o poder jurisdicional, e isso a um ponto tal que, em geral, qualifica como crime o exercício da autotutela. Portanto, mais do que uma razão jurídica, a colocação de tribunais à disposição das pessoas é um corolário lógico. Se é indispensável uma porta de entrada, necessário igualmente é que exista uma porta de saída, quer dizer, de nada adiantaria garantir-se o direito de postulação a um juiz sem um devido processo em direito, isto é, sem um processo provido de garantias processuais, concretizadas em princípios jurídicos essenciais, como o princípio do contraditório, da ampla defesa, do direito à produção de provas lícitas, da ciência dos atos processuais, do julgamento em tempo razoável, da fundamentação das decisões, da eficácia das decisões, de um julgamento justo, etc.<sup>416</sup>

É perceptível que o acesso à justiça tem grande proximidade com o princípio do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Isso pode ser percebido quando se afirma que acessível é a justiça que garante aos litigantes: condições de defesa efetiva; acesso a advogado de qualidade; respeito ao direito de audiência; gratuidade aos reconhecidamente pobres; tratamento tendente a igualá-los na relação jurídica processual; oportunidade de produção de provas; conhecimento dos atos processuais de que tiver interesse; duração razoável do processo; fundamentação das decisões, entre outros.

Malgrado isso, há um conteúdo que é próprio do acesso à justiça. Evitar-se-á, por óbvio, tecer maiores comentários a respeito de assuntos que já foram, neste trabalho<sup>417</sup>, expostos quanto aos sobreditos princípios. Opta-se por analisar o conteúdo exclusivo do acesso à justiça como o efetivo acesso dos cidadãos: às instituições judiciárias; aos prestadores de jurisdição; à informação de seus direitos; a razoável celeridade dos processos

<sup>415</sup> SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p.25-26.

<sup>416</sup> *Idem*. *Ibidem*, p.25-26.

<sup>417</sup> Rever parte do trabalho que versa a respeito do art. 5º da Constituição Federal.

diante das necessidades identificadas no caso concreto; ao atendimento eficiente dos requerimentos das partes.

Nota-se, neste momento, que se deixou de lado o aspecto predominantemente jurisdicional do acesso à justiça para analisá-lo sob o enfoque administrativo. Assim, serviço acessível é aquele que está localizado nas mais diversas localidades, sendo facilmente visitado por aqueles que necessitam de uma prestação jurisdicional. Além disso, diz respeito à disposição dos magistrados de receber aqueles que necessitam de uma factível providência emergencial. Ainda é englobado pelo acesso à justiça neste ponto de vista administrativo, o direito, da população, de obter, dos servidores da Justiça, tratamento digno, moral, tempestivo. Todo este conteúdo decorre também das previsões descritas na LOMAN (já comentadas neste trabalho).

Quarta diretriz é a pacificação e responsabilidade social. Estas duas diretrizes se complementam, pois para se garantir a paz social é necessário que todos os agentes públicos sejam comprometidos com os objetivos descritos nos arts. 3º e 5º da Constituição Federal, principalmente a realização da justiça social (mecanismos que visam a redução de desigualdades).<sup>418</sup>

A quinta diretriz do CNJ é garantia de efetivo respeito às liberdades públicas e execuções penais. Algumas liberdades podem ser elencadas, de forma exemplificativa, neste momento: liberdade de ação (art. 5º, inciso II da CF), de manifestação de pensamento (art. 5º, inciso IV da CF), de crença e consciência (art. 5º, inciso VI da CF), de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, inciso IX da CF), de escolha do trabalho e de iniciativa (art. 5º, inciso XIII da CF), de locomoção (art. 5º, inciso XV da CF), de associação (art. 5º, inciso XVII da CF), de defesa e contraditório (art. 5º, inciso LV da CF), etc.

Todas estas liberdades devem ser protegidas/garantidas pelas entidades estatais de uma forma geral. Via de regra o Poder Judiciário a chamado a intervir em situações em que haja violação destas ditas liberdades, visando restabelecê-las ou compensar os irreversíveis danos suportados pelo titular do direito violado. O serviço judiciário, por óbvio, assume importante função quanto ao cumprimento do conteúdo dos sobreditos incisos do art. 5º e de outras legislações que se relacionem com a livre atuação dos cidadãos.

---

<sup>418</sup> Este é o conteúdo do art. 3º: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

Serviço adequado, segundo estas diretrizes, é aquela que adota todas as medidas para que se cumpra a lei da forma mais eficiente e eficaz possível. Após a análise destas diretrizes, é interessante versar a respeito das competências do CNJ, como e onde ele deve atuar. Este é o objeto do próximo tópico

#### *5.1.2.1.2 Competências do Conselho Nacional de Justiça*

Partindo de uma análise das competências do CNJ, percebe-se que as mesmas são subdivididas de acordo com diferentes enfoques, cujos títulos são os seguintes: política Judiciária, gestão, prestação de serviços ao cidadão, moralidade, eficiência dos serviços Judiciais<sup>419</sup>. Pormenorizar-se-á cada uma destas competências. No site oficial do Conselho Nacional de Justiça estas são apresentadas:

Além de outras conferidas pelo Estatuto da Magistratura, cabem ao CNJ as seguintes atribuições, previstas no art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal: No âmbito da Política Judiciária: zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, expedindo atos normativos e recomendações; No âmbito da Gestão: definir o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de avaliação institucional do Poder Judiciário; No âmbito da prestação de Serviços ao Cidadão: receber reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado; No âmbito da Moralidade: julgar processos disciplinares, assegurada ampla defesa, podendo determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, e aplicar outras sanções administrativas; No âmbito da Eficiência dos Serviços Judiciais: melhores práticas e celeridade: elaborar e publicar semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País.<sup>420</sup>

As primeiras competências, analisadas sob o enfoque de Política judiciária, pode ser representada pelo busca por garantir a do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura. Para tanto o CNJ expedirá atos normativos e recomendações, que deverão ser seguidas pelos órgãos a que tiverem sido dirigidas.

No âmbito da Gestão as competências do CNJ são focalizadas nas atividades de definição do planejamento estratégico, das metas e dos programas de avaliação institucional

---

<sup>419</sup> CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

<sup>420</sup> CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

do Poder Judiciário. Aqui se almeja tornar mais eficiente a intervenção do CNJ, melhorando, por consequência, os serviços do Poder Judiciário.

Sob o enfoque da prestação de Serviços ao Cidadão, as competências do Conselho Nacional de Justiça almejam tornar este órgão mais acessível a participação popular, recebendo reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros ou órgãos do Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializado.

No âmbito da Moralidade as competências do CNJ tem por desiderato julgar processos disciplinares, assegurando a ampla defesa. Como possíveis resultados destes, elenca-se: a determinação de remoção, disponibilidade ou aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço, além das outras sanções administrativas cabíveis.

Analisando as competências sob o ponto de vista da eficiência dos serviços judiciais, há uma busca por melhores práticas e pela celeridade. Os métodos passíveis de serem adotados pelo CNJ na realização desta competência são: elaboração e publicação semestral de relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País. O conjunto de dados coletados por intermédio desta competência possibilita que o CNJ adote medidas adequadas e direcionadas à solução de problemas pontuais identificados.

#### *5.1.2.1.3 Dados do Conselho Nacional de Justiça*

Desde o momento de sua criação, o Conselho Nacional de Justiça iniciou uma coleta de dados estatísticos sobre a Justiça nacional. Estas estatísticas serviram para mapear os principais problemas que acometem o serviço judiciário. A partir destes dados, algumas metas foram traçadas para nortear a atuação deste órgão. Estas metas serão pormenorizadas no tópico a seguir. Por ora, analisar-se-ão os dados coletados.

As informações colhidas pelo CNJ são extremamente diversas, dizendo respeito a todas aos órgãos judiciários nacionais. Devido a isso, para otimizar a análise feita nestes momento, focalizar-se-á os dados relacionados à justiça baiana, comparando-a com a média dos outros órgãos judiciários. O exemplo baiano servirá de base para os outros estados. Todos estes dados serão estudados de uma forma que possibilite visualizar a interdependência entre os diversos fatores e problemas abordados pelas estatísticas. Opta-se por fazer esta análise



sistemática para melhor fundamentar as conclusões alcançadas nesta dissertação. Para evitar notas de roda-pé repetidas, todos os dados mencionados a partir de então foram retirados do site oficial do CNJ.<sup>421</sup>

A tabela abaixo explicita uma análise comparativa dos valores percentuais médios das outras justiças em comparação com a justiça estadual baiana. Nela estão inseridos os principais fatores observados pelo Conselho Nacional de Justiça. A maioria dos números são expostos em percentual, o que, em alguns momentos dificulta a perfeita aferição da qualidade da justiça sobre que se debruça neste momento. Independente disso, serve para traçar uma visão panorâmica das características daquela justiça.

<b>Fator aferido/Fator referencial</b>	<b>Justiça baiana</b>	<b>Média das outras justiças</b>
<b>Despesa Total da Justiça Estadual em relação ao Produto Interno Bruto (PIB)</b>	1,3%	0,7%
<b>Despesa com pessoal/Despesa com bens e serviços</b>	55,9%	87,8%
<b>Valor da despesa total realizada pela Justiça por habitante</b>	R\$107,50	R\$100,56
<b>Quantidade de Magistrados por cem mil habitantes</b>	4,2	5,9
<b>Total de Pessoal auxiliar / Número de Habitantes dividido por 100.000</b>	81,2	113,8
<b>Quantidade de pessoal do quadro efetivo por cem mil habitantes</b>	66,3	74,8
<b>Percentual do total arrecadado com Custas e Recolhimentos Diversos em relação à despesa total da Justiça</b>	11,4%	17,3%
<b>Percentual das receitas de Execução Fiscal em relação à despesa total da justiça</b>	1,4%	11,8%
<b>Percentual do total de receitas em relação à despesa total da justiça</b>	13%	27%
<b>Depósitos Judiciais (em milhões)</b>	R\$623,00	R\$1584,07
<b>Percentual gasto com informática da despesa total da Justiça</b>	0,9%	2,2%
<b>Número de computadores por usuário</b>	0,89	0,87
<b>Quantidade de casos novos no 2º grau por cem mil habitantes</b>	252	983
<b>Quantidade de casos novos no 1º grau por cem mil habitantes</b>	3.348	6.461
<b>Quantidade de casos novos na Turma Recursal por cem mil habitantes</b>	139	172
<b>Quantidade de casos novos no Juizado Especial por cem mil habitantes</b>	1.219	2.222
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado no 2º grau</b>	1.141	1.243
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado no 1º grau</b>	930	1.424
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado na Turma Recursal</b>	1.348	2.274
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado no Juizado Especial</b>	5.200	4.627
<b>Carga de trabalho no 2º Grau (casos novos, pendentes e quantidade de juízes no 2º grau)</b>	2.577	2.066
<b>Carga de trabalho no 1º Grau (casos novos, pendentes e quantidade de juízes no 1º grau)</b>	4.163	5.277
<b>Carga de trabalho na Turma Recursal (casos novos, pendentes e quantidade de juízes na turma recursal)</b>	1.472	3.098
<b>Carga de trabalho no Juizado Especial (casos novos, pendentes e quantidade de juízes no juizado especial)</b>	15.083	9.035
<b>Carga de Trabalho incluindo 1º e 2º Graus, Turma Recursal e Juizado Especial</b>	4.628	5.144
<b>Taxa de Congestionamento no 2º Grau (número de sentenças, casos</b>	66%	43%

<sup>421</sup> CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

<b>novos e pendentes de julgamento)</b>		
<b>Taxa de Congestionamento no 1º Grau (número de sentenças, casos novos e pendentes de julgamento)</b>	88%	80%
<b>Taxa de Congestionamento na Turma Recursal (número de sentenças, casos novos e pendentes de julgamento)</b>	8%	42%
<b>Taxa de Congestionamento no Juizado Especial (número de sentenças, casos novos e pendentes de julgamento)</b>	67%	51%
<b>Taxa de Congestionamento incluindo 1º e 2º Graus, Turma Recursal e Juizado Especial</b>	83%	73%
<b>Decisões por Magistrado no 2º Grau</b>	868	1.174
<b>Sentenças por Magistrado no 1º Grau</b>	480	1.076
<b>Decisões por Magistrado na Turma Recursal</b>	1.350	2.565
<b>Sentenças por Magistrado no Juizado Especial</b>	5.018	4.495
<b>Sentenças e Decisões por Magistrado incluindo 1º e 2º Graus, Turma Recursal e Juizado Especial na Justiça Estadual</b>	778	1.381
<b>Decisões por Casos Novos no 2º Grau</b>	76%	94%
<b>Sentenças por Casos Novos no 1º Grau</b>	52%	76%
<b>Decisões por Casos Novos na Turma Recursal</b>	100%	79%
<b>Sentenças por Casos Novos no Juizado Especial</b>	97%	97%
<b>Sentenças e Decisões por Casos Novos incluindo 1º e 2º Graus, Turma Recursal e Juizado Especial na Justiça Estadual</b>	65%	82%

Tabela 1.<sup>422</sup>

O primeiro dado apresentado é o que se relaciona ao percentual de despesa da justiça estadual baiana referente ao Produto Interno Bruto da Bahia (PIB). O total de despesa do Poder Judiciário desta entidade federativa equivale a 1,3%, enquanto que a média nacional é 0,7%. Apesar disso, é possível perceber o seguinte: a quantidade de magistrados (4,2), auxiliares da justiça, efetivos (81,2) ou não (66,3), por cem mil habitantes é bastante baixo com relação à média nacional (respectivamente os seguintes 5,9 – 113,8 – 74,8); número de computadores por usuário na Bahia (0,89) é abaixo de um, o que seria o desejável para perfeito atendimento das necessidades dos usuários da justiça; o percentual dos recursos gasto com informática neste Estado (0,9%) é extremamente inferior a média nacional (2,2%).

A conclusão que se tirar destes dados iniciais é que apesar de o Estado da Bahia apresentar um percentual do PIB superior a média das outras justiças estaduais, não investe em recursos humanos nem em modernização das varas, deixando de informatizá-la completamente. Isso dificulta o compartilhamento de informações entre os diversos órgãos judiciários nacionais e entre os diversos órgãos de um mesmo Estado, só que de instâncias e entrâncias diferentes.

A insuficiência de agentes públicos para exercerem as atividades do Poder Judiciário acarreta, como consequência natural e esperada, uma sobrecarga de trabalho. Isto também foi

<sup>422</sup> Dados coletados e sistematizados utilizando-se por base os gráficos estatísticos elaborados pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

objeto de aferição pelo CNJ, como se nota a partir dos dados relacionados abaixo: a carga de trabalho (relacionando os casos novos, os pendentes e a quantidade de juízes disponível) dos órgãos de 2º grau (2.577), do 1º grau (4.163), das Turmas Recursais (1.472) e dos Juizados Especiais (15.083) são negativamente diferentes dos dados dos outros órgãos judiciários (respectivamente expostos: 2.066 – 5.277 – 3.098 – 9.035); a taxa de congestionamento dos respectivos órgãos judiciários baianos do 2º grau (66%), do 1º grau (88%), das Turmas Recursais (8%) e dos Juizados Especiais (67%) é superior a média nacional (dados respectivamente expostos: 43% – 80% – 42% – 51%).

Percebe-se que o congestionamento dos processos nos órgãos judiciários baianos é proporcional à sobrecarga dos seus servidores. Isso é um fator desencadeador de um apequenar do número de decisões por magistrado nas inúmeras justiças da Bahia, como se nota a partir da análise dos dados expostos a seguir: decisões por magistrado no 2º Grau na Bahia (868), no 1º Grau (480), na Turma Recursal (1.350), no Juizado Especial (5.018); enquanto que a média dos outros órgãos é melhor, como se nota a partir da análise dos dados expostos a seguir: decisões por magistrado no 2º Grau (1.174), no 1º Grau (1.076), na Turma Recursal (2.565), no Juizado Especial (4.495); no que tange as decisões por casos novos a realidade não é diferente, sendo que na Bahia os percentuais são, na maioria, piores – no 2º Grau (76%), no 1º Grau (52%), nas Turmas Recursais (100%), nos Juizados Especiais (97%), – em comparação a média nacional cujas decisões por casos são os seguintes: no 2º Grau (94%), no 1º Grau (76%), nas Turmas Recursais (79%), nos Juizados Especiais (97%),

O que se pode perceber a partir destes dados é que as mencionadas sobrecargas e congestionamentos de processos trouxeram uma inevitável redução da quantidade de decisões por juízes e de casos novos que estes venham a receber. Isto indica que menos processos chegam a o seu fim, desrespeitando a duração razoável do processo, além de tornar a prestação jurisdicional ineficiente e ineficaz (perante um objetivo postulado pela parte que seja mais emergencial, por exemplo).

Tal situação só se agrava quando se observa a quantidade de casos novos que chegam à justiça estadual baiana todos os anos e a sua distribuição entre os magistrados disponíveis. Eis os dados da Justiça da Bahia: quantidade de casos novos no 2º grau por cem mil habitantes (252), no 1º grau (3.348), nas Turmas Recursais (139), nos Juizados Especiais (1.219); quantidade de casos novos por Magistrado no 2º grau (1.141), no 1º grau (930), nas Turmas Recursais (1.348), nos Juizados Especiais (5.200). Os mesmos dados ficam aquém da média nacional, como se nota a partir da análise dos dados estatísticos seguintes: quantidade de casos novos no 2º grau por cem mil habitantes (983), no 1º grau (6.461), nas Turmas

Recursais (172), nos Juizados Especiais (2.222); quantidade de casos novos por Magistrado no 2º grau (1.243), no 1º grau (1.424), nas Turmas Recursais (2.274), nos Juizados Especiais (4.627).

O que se pode tirar de conclusão da quantidade de dados expostas acima é que o Judiciário baiano, a exemplo de outros órgãos integrantes da Justiça nacional, apesar de ter uma receita relativamente grande, não a direciona para: informatização e modernização dos instrumentos usados pelos seus agentes, incremento de recursos humanos e compra de computadores. Isto acarreta uma sobrecarga dos magistrados e de seus auxiliares. Como um “efeito cascata” há maior congestionamento de processos, diminuição do número de decisões por juízes e de casos novos.

O diagnóstico que pode ser obtido a partir da análise destes dados é que há uma carência administrativa e gerencial que acomete os serviços judiciários, tornando-os inadequados. Isto justificou e justifica a intervenção do CNJ, norteada pelas suas famigeradas metas.

#### *5.1.2.1.4 Metas do Conselho Nacional de Justiça*

As metas, como se sabe, são objetivos traçados para o futuro. Somando um total de 10 (dez), estas metas do CNJ<sup>423</sup> visam nivelar a qualidade das atividades administrativo-judiciárias dos órgãos nacionais no ano de 2009. A fim de evitar citações repetidas, afirma-se que todas as metas descritas neste trabalho foram retiradas do site oficial do Conselho Nacional de Justiça. A primeira delas é a seguinte: “Desenvolver e/ou alinhar planejamento estratégico plurianual (mínimo de 05 anos) aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, com aprovação no Tribunal Pleno ou Órgão Especial.”

A padronização de condutas administrativas e gerenciais das justiças, englobando uma uniformização de métodos, estratégias, técnicas e tecnologia, torna a atividade judiciária mais eficiente e eficaz e, por isso, mais confiável e segura. Assim há uma compatibilização entre os órgãos prestadores de jurisdição e os fins inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A segunda meta diz respeito à identificação dos processos judiciais mais antigos e adoção de medidas concretas para o julgamento de todos os distribuídos até 31/12/2005 (em 1º, 2º grau ou tribunais superiores). O grande número de processos congestionados (como foi

---

<sup>423</sup> Informações colhidas no site oficial do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

constatado a partir dos dados descritos no tópico anterior) deu motivo para o estabelecimento desta meta, além do direito a uma duração razoável do processo.

A terceira meta é a seguinte: “Informatizar todas as unidades judiciárias e interligá-las ao respectivo tribunal e à rede mundial de computadores (internet).” Há uma deficiência, quanto à informatização, nos órgãos judiciários nacionais, sendo que não há computadores para todos os servidores da justiça, como comprovado alhures. Isto suscitou o estabelecimento dessa meta do CNJ. Informatizar é integrar, ainda mais quando se utiliza a ferramenta da internet.

A quarta meta é a informatização e automatização da distribuição de todos os processos e recursos. Este objetivo é mais uma extensão do conteúdo cogente do art. 93, inc. XV da Constituição Federal.<sup>424</sup> O descumprimento deste inciso é mais uma das causas de atraso no andamento de processos, algo que deve ser evitado pelo CNJ.

A quinta meta é: “Implantar sistema de gestão eletrônica da execução penal e mecanismo de acompanhamento eletrônico das prisões provisórias.” Relaciona-se mais com a idéia de modernização e integração dos órgãos judiciários, principalmente em se tratando de cumprimento de aprisionamentos acautelatórios. Impõe uma duração razoável o art. 7º, ponto 5 do Pacto de São José da Costa Rica, cujo Brasil é signatário.

A sexta meta é representada por uma tentativa de “capacitar o administrador de cada unidade judiciária em gestão de pessoas e de processos de trabalho, para imediata implantação de métodos de gerenciamento de rotinas.” A deficiência administrativa visualizável nos órgãos judiciários é devida ao despreparo e sobrecarga daqueles incumbidos de coordenar as suas atividades administrativas e executar suas as atividades jurisdicionais.

A sétima meta é “tornar acessíveis as informações processuais nos portais da rede mundial de computadores (internet), com andamento atualizado e conteúdo das decisões de todos os processos, respeitado o segredo de justiça.” O meio mais rápido, barato e eficaz de disseminação de informações disponível hoje é a internet. A melhora da eficiência do Judiciário perpassa por uma redução de custos e do tempo necessário à execução dos atos processos. Acresce-se a isso a idéia de modernização, algo essencial para todo e qualquer serviço público.

A meta n.º 8 (oito) é “cadastrar todos os magistrados como usuários dos sistemas eletrônicos de acesso a informações sobre pessoas e bens e de comunicação de ordens

---

<sup>424</sup> Os termos do sobredito artigo da CF é o seguinte: “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] XV a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.”

judiciais (Bacenjud, Infojud, Renajud).” Estas ferramentas digitais facilitam o exercício de algumas atividades essenciais ao julgamento e resolução de litígios. O prévio cadastro irá possibilitar a automática troca de informações entre os diversos órgãos judiciários e suas respectivas instâncias.

A penúltima meta, de n.º 9 (nove) é “implantar núcleo de controle interno.” Por último estabeleceu-se a meta n.º 10 (dez): “implantar o processo eletrônico em parcela de suas unidades judiciárias.” Os processos eletrônicos são caracterizados pela eficiência, eficácia, acessibilidade e rapidez, tudo que o CNJ que trazer para os processos judiciais comuns.

Assim, o que se busca com estas metas é moldar a justiça nacional para se adequar às novas tecnologias, às novas demandas individuais e sociais e à nova postura gerencial do serviço público em geral.

### 5.1.3 Critérios doutrinários de adequação

Poucos autores se dispuseram a escrever exclusivamente sobre a adequação da atividade administrativa exercida pelos Órgãos Judiciários. Sempre se limitam a descrever e qualificar a atividade jurisdicional (processual contenciosa), uma das espécies da atividade judicial. Não se nega que a qualificação de uma prestação judiciária como adequada impescinde que ambas as atividades sejam prestadas com a máxima perfeição necessária e possível. Mas o foco deste trabalho é o conteúdo administrativo da função judicativa e, reflexamente, o “conteúdo processual propriamente dito”<sup>425</sup>.

Ficou comprovado que a atividade judiciária é espécie de serviço público, apesar de em nenhum texto legislativo previsão da expressão serviço público judiciário. Apesar disso, ficou demonstrado a doutrina já vem se posicionamento pela aceitabilidade deste enquadramento<sup>426</sup>. Ademais, fora exposto que há diversas vantagens (ou só há vantagens) em se admitir o serviço judiciário como espécie do gênero serviço público.

Diversas legislações impõem que o serviço público seja prestado adequadamente, como é o caso do art. 175, parágrafo único, inc. IV da CF e o art. 6º, inc. X do CDC. Mas não há explícita previsão legal de que a atividade judiciária também deve ser administrativamente

---

<sup>425</sup> Chama-se de “conteúdo processual propriamente dito” a todos os atos processuais que são inerentes a uma prestação jurisdicional contenciosa e que são positivados como direitos que se manifestam bilateralmente numa relação jurídica processual, quais sejam: direito à ampla defesa, ao contraditório, às provas, ao duplo grau de jurisdição, ao juiz natural, à audiência, à informação processual (citação/intimação), à motivação e à execução das decisões, à liberdade (quando em prisão ilegal), etc.

<sup>426</sup> Analisar tópico sobre o enquadramento da atividade judiciária entre as espécies de serviço público.

adequada. A maioria das leis trata de uma adequação jurisdicional-processual desta atividade. Para fazer esta ligação entre a obrigação de prestação adequada de um serviço público (com os seus respectivos critérios) e o serviço judiciário se utiliza, neste momento, dos argumentos doutrinários. Mas, repita-se, a maioria destes, se limita a analisar jurisdicional ou processualmente o serviço judiciário, e não administrativamente.

Para ilustrar o que se afirma neste momento, serão transcritos alguns comentários de diversos autores, sempre acompanhados das devidas críticas e observações. Independente de serem poucos, citar-se-ão posicionamentos doutrinários sobre o assunto focalizado neste trabalho. Eis o primeiro deles: Edmir Netto de Araújo. Apesar de que algumas críticas podem ser feitas ao descrito abaixo, ele se propõe a descrever alguns critérios a serem atendidos pelo Judiciário para que suas atividades sejam consideradas adequadas:

a) o processo regular, de acordo com as exigências, prazos e formalidades legais, sem vícios, nulidades ou atos tendenciosos; b) a legitimidade das partes e a competência legal do órgão judiciário, magistrado singular ou colegiado; c) uma decisão de acordo com o direito vigente ou aplicável, e mais que isso, com a justiça cabível ao caso concreto, para que ela seja operante e não inócua; d) uma decisão de pleno acordo com a prova dos autos, apurada na instrução processual, e que traduza o mais possível, em termos de direito, o que realmente aconteceu e que foi trazido ao exame do Judiciário pelas partes litigantes.<sup>427</sup>

Dentre as já anunciadas críticas que podem ser direcionadas ao rol de critérios trazido por aquele autor, destaca-se a seguinte: não versa, de forma predominante, a respeito de um conteúdo administrativo – predomina, reversamente, o jurisdicional-processual. A única das sobreditas condições que podem ser relacionadas ao tema em foco é o direito a uma duração razoável do processo, mencionado superficial e implicitamente na letra “a” do rol transcrito acima. A segunda crítica é que todos os critérios são extremamente genéricos, abstratos, com pouco conteúdo pragmático, o que dificulta o exercício de um controle de qualidade.

Outro autor que se dispôs a escrever a respeito da qualidade do serviço judiciário foi Lair da Silva Loureiro Filho. Em alguns momentos prefere apontar os defeitos que acometem esse serviço, tornando-o inadequado. Em outros, elenca critérios de qualidade. Eis os comentários do autor:

[...] patente é a inadequação de nosso ordenamento jurídico bem como despreparo do Judiciário para lidar com conflitos sociais, difusos e coletivos tendo em vista a tradição individualista e privatista de nosso sistema. O país

---

<sup>427</sup> ARAÚJO, Edmir Netto de. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981, p.86-87.

é outro, o mundo é outro, superado o capitalismo industrial, transpondo o capitalismo financeiro e refletindo sobre as próximas etapas, encontra-se um ordenamento calcado em normas, figuras, institutos e sistema próprios de uma realidade agrária e rural, recém-saída da escravidão, patriarcal, homogênea e de pouca complexidade. A superestrutura jurídica destoa da infraestrutura econômica.<sup>428</sup>

A bagagem histórica que acompanha o Judiciário nacional reflete em seus métodos, meios e fins no processo. Interfere na sua atividade administrativa, pois ao traçar como meta o atendimento de interesses difusos e coletivos acarreta uma transposição de recursos (financeiros, humanos e patrimoniais), mudança de métodos e estratégias e a implementação de novos estudos para melhor cumprir com as tarefas judiciárias, o que implica adoção de uma atividade administrativo-judiciária diversa. Então, o critério apresentado por este autor, apesar de ter um conteúdo econômico-sociológico bastante forte, também versa a respeito da atividade administrativa do Órgão Judiciário e da sua necessária qualidade, vinculada a um bom traçar de objetivos.

Lair da Silva Loureiro Filho acrescenta mais alguns requisitos a serem atendidos pelos Órgãos Judiciários:

Além dessas providências, cumpre apontar a expansão dos serviços de assistência judiciária gratuita; a disseminação dos juizados especiais itinerantes; o fim da inexplicável resistência ao instituto da arbitragem modernizada pela Lei 9.307/1996; o aumento do quadro de magistrados bem como a redução do elevado número colocado à disposição para o exercício nem sempre competente de funções meramente administrativas para as quais não são talhadas (relocação de funcionários, assessoria de cursos, administração de orçamentos etc.); a adoção da súmula vinculante de forma criteriosa e passível de revisão periódica nos termos estatuídos pela EC n.45/2004.<sup>429</sup>

O primeiro critério (aumento da justiça gratuita) já fora objeto de estudo no item 5.1.1.1.3 neste trabalho, o que torna desnecessário maiores comentários sobre o assunto. Os outros realmente apresentam um conteúdo mais administrativo, como se deseja aqui, exceto o último, que fala sobre a adoção da súmula vinculante. Esta última medida realmente pode ajudar a gestão do número de processos que chegam ao STF, mas seu conteúdo é eminentemente jurisdicional, vinculando Órgãos do Judiciário e da Administração em geral.

Analisando a segunda idéia apontada pelo autor (disseminação dos juizados especiais itinerantes), se nota que há uma certa pertinência no raciocínio do autor. Os juizados, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, apresentam um melhor desempenho no que tange a

<sup>428</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.95-96.

<sup>429</sup> *Idem. Ibidem*, p.98-99.



quantidade de casos findados num dado período base, apesar da grande demanda que os magistrados destes órgãos judiciários suportam. É possível notar isso a partir do gráfico abaixo:

<b>Fator aferido/Fator referencial</b>	<b>Justiça baiana</b>	<b>Média das outras justiças</b>
<b>Quantidade de casos novos no 1º grau por cem mil habitantes</b>	3.348	6.461
<b>Quantidade de casos novos no Juizado Especial por cem mil habitantes</b>	1.219	2.222
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado no 1º grau</b>	930	1.424
<b>Quantidade de casos novos por Magistrado no Juizado Especial</b>	5.200	4.627
<b>Carga de trabalho no 1º Grau (casos novos, pendentes e quantidade de juízes no 1º grau)</b>	4.163	5.277
<b>Carga de trabalho no Juizado Especial (casos novos, pendentes e quantidade de juízes no juizado especial)</b>	15.083	9.035
<b>Taxa de Congestionamento no 1º Grau (número de sentenças, casos novos e pendentes de julgamento)</b>	88%	80%
<b>Taxa de Congestionamento no Juizado Especial (número de sentenças, casos novos e pendentes de julgamento)</b>	67%	51%
<b>Sentenças por Magistrado no 1º Grau</b>	480	1.076
<b>Sentenças por Magistrado no Juizado Especial</b>	5.018	4.495
<b>Sentenças por Casos Novos no 1º Grau</b>	52%	76%
<b>Sentenças por Casos Novos no Juizado Especial</b>	97%	97%

Tabela 2<sup>430</sup>

Então aumentar as demandas dos Juizados, ainda mais sendo itinerantes (mais acessíveis e próximas à população e, por isso, mais diligentes no cumprimento de atos processuais), pode sim significar um melhor despenho administrativo da Justiça.

O fim da resistência ao instituto da arbitragem é a terceira medida, apontada pelo mesmo doutrinador, necessária para tornar mais eficiente o serviço público judiciário. Concorde-se que um incremento na arbitragem poderia evitar a sobrecarga atual dos magistrados em inúmeras causas que discutem direitos disponíveis de somenos importância. Isso acarretaria melhores condições administrativas aos agentes públicos que integram o Judiciário.

A quinta medida não é inédita neste trabalho, já que, no tópico que fala sobre o Conselho Nacional de Justiça, foi apresentado maiores comentários sobre o assunto: o aumento do quadro de magistrados bem como a redução do elevado número colocado à disposição para o exercício nem sempre competente de funções meramente administrativas para as quais não são talhadas. Já se afirmou alhures que os magistrados não tem formação técnica em administração, apesar de serem os responsáveis por atividades de gestão e

<sup>430</sup> Esta tabela pôde ser feita com base nos dados coletados pelo CNJ e disponibilizados no seu site oficial. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em: 07 fev. 2010.

coordenação de uma dada justiça ou de sua respectiva vara. Concorde-se com o dito pelo autor e afirma-se que tal medida tem cunho quase exclusivamente administrativo, mas não há ineditismo nesta proposta, daí não se fazer mais comentários a respeito dela.

Dois autores, Maria Tereza Sadek e Rogério Arantes, foram responsáveis pela feitura de uma pesquisa em São Paulo para saber quais eram as principais soluções, na opinião dos juízes paulistas, para os problemas enfrentados pelos órgãos judiciários onde atuavam. Os principais fatores apontados pelos magistrados foram: a informatização, que ocupou o primeiro lugar, com 93,2% de votos; em segundo lugar, a redução das formalidades processuais, com 90,2%; e, em terceiro, o aumento dos juizados especiais (83,5%).<sup>431</sup> Este último dado.

A redução das formalidades pode ser destacada neste rol pelo seu parcial ineditismo neste trabalho. O excesso de formalidade já fora abordado quando se escreveu sobre o regime burocrático predominante nas atividades estatais, inclusive a judiciária. A própria noção de instrumentalização das formas se coaduna com tal idéia, dando maior importância ao alcance da finalidade almejada que ao contorno atribuído aos seus meios.

Ainda sobre o assunto eficiência da administração da Justiça, Celso Fernandes Campilongo escreve sobre diversos desafios a serem enfrentados pelos Órgãos Judiciários. Ele elenca 07 (sete) desafios. Os primeiros deles são os seguintes:

Primeiro desafio: conferir à administração da Justiça capacidade para *impor o direito aos setores imunes* ou reticentes à força da lei. [...] Segundo desafio: conceber uma burocracia judicial disposta a perceber que, por conta de desequilíbrios sociais históricos, sua missão é *menos de estabilização da ordem e mais de desestabilização da desordem*; menos de garantia de direitos e mais de afirmação de direitos nunca garantidos; menos de inclusão e mais de eliminação dos privilégios daqueles excessivamente incluídos; menos de politização ou de mercantilização do direito e mais, simplesmente, de aplicação do próprio direito; menos de “certeza do direito” e mais de que ninguém tenha a “certeza”, decorrente de seu *status* “especial”, de que jamais será condenado (afinal ainda é forte a máxima popular de que “todos são iguais, principalmente alguns”); menos de elogio das virtudes éticas e mais de tratamento jurídico de vícios. A passagem de um modelo de “administração agressiva”, isto é, formalista e procedimentalista (burocracia weberiana), para um paradigma de “administração prestadora”, ou seja, participativa e conteudística (burocracia de resultados), na terminologia do autor, exige do Judiciário critérios de seleção de pessoal, fixação de metas, organização do trabalho e enfrentamento de demandas distintos daqueles implantados em contextos sociais mais estáveis.<sup>432</sup>

<sup>431</sup> SADEK, Maria Tereza. ARANTES, Rogério. *A crise do judiciário e a visão dos juízes*. apud LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.97-98.

<sup>432</sup> CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Prefácio*. In: CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007.

Outros cinco desafios são mencionados pelo mesmo autor:

Terceiro desafio: *reformular critérios de imparcialidade*. [...] Quarto desafio: *administrar uma “democracia contenciosa”*. [...] Quinto desafio: *autocontrole das prestações do Judiciário*. O conjunto de desafios convida ao protagonismo dos juízes e ao ativismo judicial. Porém, inexiste garantias de que, onde modelos de gestão mais talhados para a administração de conflitos falharam, o Judiciário – por mais gerencial, planejadora, cooperativa ou prestadora que seja a sua administração – possa ter êxito. A pretensão de “suplência” dos demais Poderes pelo Judiciário expõe-se ao elevado risco de transferência da deslegitimação do Executivo e do Legislativo para a Magistratura. [...] Sexto desafio: *administração de emergência*. Para quem sofre uma decepção, a resposta do judiciário é sempre aguardada com ansiedade. Todos os casos reclamam celeridade e urgência. [...] Sétimo desafio: *eficiência econômica da prestação judicial*. [...] Em termos econômicos, as instituições, em geral – e a administração da justiça, em especial –, embutem preços que afetam a racionalidade dos agentes sociais.<sup>433</sup>

Os desafios apontados pelo autor implicam admissão de determinadas posturas dos Órgãos Judiciários para serem eficientes em suas atividades administrativas. A maioria dos desafios versou sobre critérios de eficiência já comentados neste trabalho. Destacar-se-ão somente aquelas que se apresentam como inéditas, a exemplo do desafio “autocontrole das prestações do Judiciário”. Aqui ele disserta a respeito do inchaço do Judiciário em termos de quantidade e variedade de situações em que haja possibilidade (ou necessidade) de sua intervenção. Este aumento, cumulado com a atual sobrecarga dos magistrados e serventuários da justiça, prejudica a gestão do tempo, do pessoal e dos recursos disponíveis, prejudicando irremediavelmente a administração do serviço judiciário.

Antonio Ernani Pedroso Calhao apresenta dois dos principais problemas do judiciário causando-lhe ineficiência: a descontinuidade administrativa e a inaptidão técnico-administrativa em gestão.<sup>434</sup> O primeiro problema se refere a pequeno período (apenas 02 (dois) anos) em que um dado membro do Tribunal assume a função de gestão da Justiça a que pertence. Isso acarreta uma rotatividade muito grande, acarretando uma constante mudança de formas de gestão. O segundo problema é a não capacitação dos magistrados para exercerem funções administrativas, o que prejudica, radicalmente<sup>435</sup>, o desempenho de uma administração eficiente. Concorda-se com o exposto pelo autor, mas não há ineditismo destes critérios quanto ao já exposto neste trabalho.

<sup>433</sup> *Idem. Ibidem*, 2007.

<sup>434</sup> CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007, p.152.

<sup>435</sup> Aqui a palavra foi utilizada no sentido de “desde a raiz da questão”.

O autor Lair da Silva Loureiro Filho resume a questão da ineficiência administrativa da Justiça afirmando que: “A solução para garantir o efetivo acesso de todos a uma atividade judiciária adequada e eficiente passa pelo bom equacionamento do binômio segurança/celeridade”<sup>436</sup> A segurança diz respeito a algumas situações: os cidadãos devem saber o que esperar dos órgãos judiciários e confiar na sua eficiência e eficácia na resolução de seus conflitos individuais ou coletivos; a atuação judiciária deve sempre estar regida pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, além de sempre visar o interesse público de manutenção da paz e da ordem social. A celeridade diz respeito a uma duração razoável dos processos judiciais, sendo aferida diante das necessidades do demandante no caso concreto.

Percebe-se que não há grande novidade na maioria dos comentários dos autores transcritos acima. Eles fazem uma releitura de critérios que já foram exaustivamente expostos neste trabalho, adaptando-o a realidade judicial. A maioria dos escritos são dirigidos à regulação da atividade principal do Poder Judiciário (a jurisdicional/processual) e não as atividades administrativo-judiciárias, como aqui se analisa.

A matéria administrativa do Poder Judiciário, como se nota, não é muito popular entre os doutrinadores. Isto dificultou e ainda dificulta bastante o controle administrativo dos Órgãos Judiciais, principal objetivo do Conselho Nacional de Justiça. Para facilitar este controle que se propõe uma adaptação do vasto rol de critérios impostos aos serviços públicos em geral a realidade judicial, aumentando o campo de controle desse Órgão. A título de exemplo, citam-se aqui os critérios determinados pela Lei 8.987/95: atualidade, continuidade, regularidade, obrigatoriedade, modicidade de tarifas, generalidade, cortesia na sua prestação do serviço, eficiência, segurança, etc.

A maioria absoluta destes critérios não precisam ser reinterpretados para serem aplicáveis ao serviço público judiciário, como a atualidade (utilização das melhores tecnologias, métodos, instrumentos), continuidade (não interrupção injustificada), regularidade e obrigatoriedade (ser prestado sempre que solicitado pelo indivíduo), generalidade (estar disponível a todos os indivíduos, sendo que, no âmbito judiciário, é uma extensão do direito de ação), cortesia na sua prestação do serviço (dever de tratar as pessoas com urbanidade e respeito), modicidade de tarifas (cobranças de custas judiciais dentro do necessário ao exercício da função judiciária).

---

<sup>436</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.97.

Quanto à eficiência e segurança, apesar da idéia central destes dois critérios ser a mesma, há peculiaridades da atividade judiciária que devem ser consideradas. Sobre a eficiência é interessante notar que na prestação jurisdicional a demanda formulada que irá determinar qual velocidade que o processo deve ter, quais são os meios mais rápidos, menos onerosos, mais eficazes, algo que não ocorre nos serviços públicos em geral. Nestes geralmente há um benefício específico (em quantidade e qualidade) a ser fruído pelo cidadão, sendo que raramente são consideradas circunstâncias especiais do caso concreto para se impor uma adaptação do serviço prestado. Há uma tendência à padronização e esta padronização está nitidamente ligada à idéia de segurança: os cidadãos já sabem claramente o que esperar de um dado órgão prestador de serviço público. Haverá insegurança somente quando houver um atraso (descumprimento do prazo previamente estabelecido em contrato ou lei), uma prestação defeituosa (quando o benefício for fornecido em quantidade ou qualidade diversa da prometida) ou não prestação do benefício.

A segurança, quando relacionada ao Judiciário, diz respeito, por exemplo, ao atendimento da justiça, conceito extremamente aberto e com múltiplos significados. Cada pessoa espera um resultado específico dos órgãos jurisdicionais, sendo que as necessidades postuladas em juízo que irão determiná-lo. Esta infinita multiplicidade de resultados submetidos à apreciação dos magistrados é que torna a segurança do serviço público judiciário tão peculiar. Isto se estende também à eficiência. Este é o cenário que o Conselho Nacional de Justiça tem para executar seu controle.

O controle externo do Poder Judiciário nunca foi muito popular entre os doutrinadores exatamente por ser restrito a pequenas hipóteses. O temor de interferir na independência funcional dos magistrados no seu *mister* jurisdicional sempre freou o legislador na sua atividade de ampliação das modalidades de controle do serviço judiciário. Isto mudou, em parte, quando se criou o Conselho Nacional de Justiça, órgão encarregado exclusivamente da fiscalização e controle das atividades administrativo-judiciais do Poder Judiciário.

A busca por uma qualidade de serviço fez com que o CNJ estabelecesse as metas descritas no tópico anterior. Todas elas apontam para uma maior eficiência, aliada a um incremento de eficácia, das atividades dos servidores da Justiça. Os doutrinadores, como já mencionado, ainda pouco escreveram sobre o tema. Um dos motivos disso, até mesmo porque o sobredito órgão só foi criado há apenas 6 (seis) anos e as metas implementadas nos últimos 02 (dois) anos. Estas metas já foram tratadas no momento oportuno.

Notou-se que poucos doutrinadores escreveram sobre critérios administrativos do serviço público judiciário. O que se propõe aqui é a união de critérios dos serviços públicos em geral aos específicos do serviço judiciário. Devido a isso, optar-se-á aqui, a remeter o leitor aos capítulos antecedentes, que já explicaram, exaustivamente, os critérios administrativos que devem ser obedecidos pelos servidores da justiça em suas atividades cotidianas.

#### **5.1.4 Critérios jurisprudenciais de adequação**

Pela própria atualidade das mudanças implementadas pelo Conselho Nacional de Justiça, poucas (ou quase nenhuma) são as decisões que versam sobre a matéria. Devido a isso, analisar-se-ão algumas manifestações dos principais órgãos judiciários do Brasil.

##### **5.1.4.1 Manifestações do STF e do STJ**

O Supremo Tribunal Federal, acompanhando os objetivos almejados pelo Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu algumas metas específicas<sup>437</sup> (2008-2010) para serem alcançadas pelo próprio órgão que as estabeleceu: o STF. Eis os termos de cada uma delas. Cada meta é acompanhada do objetivo visado e a unidade responsável, sendo que o objetivo das 05 (cinco) primeiras metas é dar celeridade à prestação jurisdicional.

A primeira meta é “implementar orientação no sentido de que somente 3 processos sobre o mesmo assunto sejam submetidos ao Tribunal, em cumprimento ao parágrafo 1º do art. 543-B do Código de Processo Civil (CPC) - até 2009.” A redução de demandas é uma das tentativas do STF de evitar a sobrecarga dos seus Ministros. Esta redução também é possível de ser alcançada pelo atendimento da meta n.º 2, qual seja: “reduzir em 30% a quantidade AI e RE distribuídos, em face da aplicação das regras legais relativas à repercussão geral - até dez/2008.” O conteúdo é parecido com o das metas anteriores: “reduzir em 30% a interposição de Agravos Regimentais em decisão do Presidente em Protocolos - até 2009.”

A meta n.º 4 e n.º 5 são, respectivamente, as seguintes: “inserir, mensalmente, no calendário de julgamento, três assuntos de maior impacto e/ou de reconhecida repercussão

---

<sup>437</sup> Informações disponíveis em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfPlanoMetas/anexo/intranetPlanoMeta\\_AP\\_97396.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfPlanoMetas/anexo/intranetPlanoMeta_AP_97396.pdf)>. Acessado em: 24 fev. 2010.

geral - a partir de ago/2008.” e “ampliar para 20% a participação dos RE eletrônicos no total de recursos extraordinários recebidos no Tribunal - até abr/2009.” Estas metas se adequam às tendências de modernização dos serviços públicos em geral, tornando-os mais eficientes, menos onerosos e mais rápidos.

A meta n.º 6 é “disponibilizar, no *site* do Tribunal, o inteiro teor dos acórdãos no formato pdf/texto com assinatura eletrônica - até abr/2010.” O objetivo almejado é, conforme descrito no mesmo documento digital, “permitir que os usuários de pesquisa de jurisprudência possam efetuar consultas por palavras em todos os textos de acórdãos e utilizar recursos do *Word*, como recortar, copiar e colar.” Esta medida cumpriria efetivamente o princípio da publicidade e do acesso à justiça.

A meta n.º 7 é a seguinte: “implantar Sistema de Gestão Eletrônica de Documentos (GED) – até jun/2009.” Quando a atividade de qualquer serviço é gerenciada por um programa de computador, o serviço se torna muito mais seguro, rápido e independente, sendo que pode ser acompanhado por todos os envolvidos como agente público num dado processo. O Objetivo é imprimir celeridade à tramitação de processos administrativos.

A meta n.º 8 é representada pela feitura de uma capacitação dos servidores da justiça, ou seja, “treinar 40h/servidor, em média, por ano.” O desiderato óbvio almejado é qualificar servidores e gestores para melhor desempenho de suas atribuições, com vistas ao cumprimento das metas institucionais.

A meta n.º 9 visa “implantar a auto-gestão do STF-Med - até abr/2010”, melhorando: a assistência a saúde de dos servidores do STF, a concessão de benefícios sociais aos ministros e aos servidores, ativos e inativos, e a seus dependentes econômicos e beneficiários especiais, bem como aos pensionistas estatutários. Servidor saudável é servidor produtivo.

A meta n.º 10 é “divulgar o acervo cultural e histórico do Tribunal - até jun/09”, tendo por finalidade “dar conhecimento ao público das obras e documentos elaborados pelo Tribunal.” O acesso à justiça, perpassa, como fora mencionado alhures, por uma maior proximidade dos cidadãos, uma confiabilidade deste nas instituições judiciárias. Esta é uma forma de implementar isso.

A meta n.º 11 prevê a implantação de uma Política de Comunicação Social - até abr/2009, visando “instituir um instrumento orientador para sistematizar as ações de comunicação interna e externa, com vistas a nortear o relacionamento institucional com a sociedade e seus servidores.” A integração dos órgãos judiciários permite uma atuação conjunta e, por isso mais eficiente e eficaz, na busca da manutenção do Estado Democrático de Direito.

A meta n.º 12 tem como foco “modernizar o sistema de segurança do Tribunal - até dez/2009.” O claro objetivo desta meta é “dotar o Tribunal de sistema de segurança adequado e moderno”, o que garante aos servidores da Justiça uma maior independência funcional, principalmente os magistrados, por se sentirem mais seguros no exercício de seu importante *mister* jurisdicional.

A meta n.º 13 tem como escopo “implantar sistema de custos no Tribunal - até mar/2010”, aferindo “[...], por meio de sistema informatizado, o custo total de cada processo, bem como o de cada uma de suas fases de tramitação no Tribunal.” O conhecimento dos custos das operações judiciais traz conscientização do quanto que se desperdiça e do quanto que se pode produzir mais com a receita disponível.

A meta n.º 14 segue o desejo, já explicitado neste trabalho, do CNJ de “informatizar os serviços da Secretaria de Recursos Humanos - até set/2009.” Visa “agilizar a prestação de serviços e informações da Secretaria de Recursos Humanos.”

A meta n.º 15 se coaduna com o descrito no art. 170, *caput*, da CF<sup>438</sup>, quando fala em justiça social. Esta meta estabelece que irá “beneficiar, anualmente, no mínimo, 200 pessoas com os projetos de inclusão social do Tribunal”, objetivando “ampliar a responsabilidade social do Tribunal.”

A meta n.º 16 visa “implantar Programa de Qualidade de Vida - até abr/2009”, conscientizando servidores e magistrados e estimulando comportamentos voltados para o estilo de vida saudável. A saúde, já comentada em outra meta, também inclui diversos fatores da vida cotidiana, como lazer, alimentação, moradia, condições de trabalho, etc. A melhoria de qualquer destes fatores implicará uma melhor saúde dos agentes estatal e, portanto, um melhor desempenho no exercício de suas funções. Isto é trazer a eficiência para dentro dos serviços judiciários, focalizando no bem estar do seu agente.

A meta n.º 17 estabelece que deseja “implantar gerência de riscos e governança de tecnologia da informação - até mai/2009”. Tem-se como objetivo “prover a Secretaria de Tecnologia da Informação de ferramentas automatizadas para o gerenciamento do controle de riscos, segurança da informação e governança de TI.” Sabe-se que há casos em que a atividade estatal é revestida de sigilo. Com a almejada informatização, há uma maior abertura para invasões cibernéticas (*Hackers*) tendentes a conhecer, adulterar e falsificar informações oficiais, prejudicando a adequação dos serviços estatais. Buscando evitar isso, estabeleceu-se esta meta.

---

<sup>438</sup> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:



A meta n.º 18 visa “encaminhar Projeto de Lei Complementar atualizado sobre o Estatuto da Magistratura Nacional, para aprovação pelo Congresso Nacional – até dez/2008.” A legislação precisa acompanhar as mudanças que ocorrem no contexto em o qual ela será inserida. Com o Estatuto da Magistratura não é diferente, sendo que, após a concretização das inovações almejadas, tornar-se-á inadequada face aos novos reclames sociais e institucionais. Acompanhando esta tendência de atualização legislativa, nada mais natural que se objetive “reformular o Regimento Interno do Tribunal – até dez/2008”, conforme descrito na meta n.º 19.

A meta n.º 20 advém da idéia de globalização. As tecnologias atuais permitem aos indivíduos uma mobilidade física e financeira bastante dilatada. E a atividade judiciária, como visa, em um dado momento processual, incidir sobre a pessoa do devedor, sobre os patrimônios móvel, imóvel e financeiro, precisa buscar mecanismos de troca de informações com outros Países. Daí que surge esta meta, visando “participar no *Global Legal Information Network (GLIN)* - até out/2008.” O objetivo natural desta meta é “inserir a legislação e a jurisprudência nacional, textos originais e resumos em inglês, na rede de dados da Biblioteca do Congresso Norte-Americano no âmbito do Programa GLIN.”

Este *link* entre instituições estrangeiras também é desejável quanto às Supremas Cortes Constitucionais internacionais e o STF. Por isso fora estabelecida a meta n.º 21: “desenvolver cooperação judiciária de âmbito multilateral e bilateral – até mar/2010”, possibilitando uma troca de “[...] experiências com Supremas Cortes Constitucionais.”

Estas metas do STF dirigem a atuação dirigem a suas atuações no sentido de otimizarem suas atividades no que diz respeito a eficiência e eficácia. Isto indica que o STF está fazendo a sua parte para adaptar-se aos critérios de adequado impostos pelo CNJ e pelas próprias necessidades sociais visualizadas e abordadas no decorrer deste trabalho.

O Superior Tribunal de Justiça não se manifesta, quanto a esta matéria, por intermédio de metas, como o faz o STF. Ele se destaca mais pela atuação do Conselho de Justiça Federal e pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (criada pela EC n.º 45). Além disso, apresenta programas humanizadores da justiça federal e oportuniza, aos cidadãos, emitirem sua opinião sobre a respeito da qualidade dos serviços judiciários federais.<sup>439</sup>

Os programas que podem ser destacados neste momento, por se relacionarem com a finalidade de melhoramento administrativo do serviço judiciário, são os seguintes: “programa

---

<sup>439</sup> Estas informações e muitas outras estão disponíveis em: <<http://www.stj.jus.br/webstj>>. Acessado em: 25 fev. 2010.

de voluntariado” (visa incentivar uma maior participação da população na melhoria dos serviços judiciários); programa “universitários no STJ” (tem por objetivo aproximar esta instituição dos futuros operadores do direito, facilitando o acesso à justiça); o programa “STJ ambiental” (deseja conscientizar os servidores e a população a respeito da importância de se preservar o meio ambiente para manutenção da qualidade de vida); e o programa “sociedade para todas as idades” (aproximando os cidadãos de terceira idade das instituições jurisdicionais e proporcionando acesso à justiça).<sup>440</sup>

A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) tem por objetivo principal, como se deduz de seu nome, acompanhar os atuais e futuros juízes quanto a sua formação jurídica. São oferecidos pela ENFAM cursos de capacitação aos magistrados a fim de torná-los mais eficientes e eficazes no exercício de suas funções. Há uma constante troca de informações entre este órgão nacional e outras instituições internacionais, possibilitando um constante compartilhamento de experiências. Isto só otimiza os serviços judiciário e estimula os agentes judicantes a se aprimorarem e atualizarem a medida que a realidade legislativa e social se modifica.

Segundo consta do próprio site oficial do STJ, as principais competências da ENFAM são os seguintes:

definir as diretrizes básicas para a formação e o aperfeiçoamento de magistrados; fomentar pesquisas, estudos e debates sobre temas relevantes para o aprimoramento dos serviços judiciários e da prestação jurisdicional; promover a cooperação com entidades nacionais e estrangeiras ligadas ao ensino, pesquisa e extensão; incentivar o intercâmbio entre a Justiça brasileira e a de outros países; promover, diretamente ou mediante convênio, a realização de cursos relacionados com os objetivos da Enfam, dando ênfase à formação humanística; habilitar e fiscalizar, nos termos do art. 93, II, c, e IV, e 105, parágrafo único, da Constituição da República, os cursos de formação para ingresso na magistratura e, para fins de vitaliciamento e promoção na carreira, os de aperfeiçoamento; formular sugestões para aperfeiçoar o ordenamento jurídico; definir as diretrizes básicas e os requisitos mínimos para a realização dos concursos públicos de ingresso na magistratura estadual e federal, inclusive regulamentar a realização de exames psicotécnicos; apoiar, inclusive financeiramente, a participação de magistrados em cursos no Brasil ou no exterior indicados pela Enfam; apoiar, inclusive financeiramente, as escolas da magistratura estaduais e federais na realização de cursos de formação e de aperfeiçoamento.<sup>441</sup>

São objetivos da ENFAM, entre outros:

---

<sup>440</sup> Estas informações e muitas outras estão disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=317](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=317)>. Acessado em: 25 fev. 2010.

<sup>441</sup> Informações disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024&tmp.texto=94790&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024&tmp.texto=94790&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados)>. Acessado em: 25 fev. 2010.

Provocar melhoria na seleção de novos juízes; promover a atualização constante dos magistrados; proporcionar formação teórica e prática do operador do Direito; aproximar ainda mais o Judiciário da realidade do cidadão; garantir que os magistrados estejam em permanente formação acadêmica e humanística; cooperar com as escolas federais e estaduais da magistratura no oferecimento e execução de treinamentos e cursos; contribuir para que todas as escolas da magistratura tenham padronização mínima, respeitando as peculiaridades e necessidades de cada Região; facilitar a troca de experiências entre as escolas da magistratura e entre os magistrados; buscar práticas de gestão que permitam a socialização de experiências e de problemas vivenciados pelos magistrados.<sup>442</sup>

É notável que todas estas competências e objetivos se coadunam com o que já fora comentando quando se analisaram as metas do STF e do Conselho Nacional de Justiça. Por isso não serão feitos maiores comentários a respeito de cada uma delas, o que seria repetitivo.

Quanto ao Conselho de Justiça Federal (CJF) pode-se afirmar que ele, assim do o STJ, tem sede em Brasília-DF tem como finalidade resumida promover uma integração e aprimoramento dos servidores da justiça federal e dos instrumentos necessário ao exercício de suas funções. Tem uma composição que favorece a sua atividade: 05 (cinco) ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelos presidentes dos 05 (cinco) Tribunais Regionais Federais do território nacional. Tendo representantes judiciários de cada região, há uma maior proximidade do CJF das regiões que administra.

Como extensão da finalidade principal resumida acima, exerce a administração orçamentária da justiça federal e promove a padronização de procedimentos administrativos e jurisdicionais entre as instituições desta justiça. Atua, predominantemente, por intermédio de atos administrativos, sendo que estes têm buscado regulamentar uma série de atividades essenciais à celeridade na prestação jurisdicional da Justiça Federal.

As competências do CJF, descritas na Lei 11.789/2008 (que revogou a Lei 8.472/92), pormenorizam os tipos de atuações cabíveis a este órgão. Serão focalizadas neste trabalho somente aquelas que diretamente se refiram ao melhoramento das atividades administrativo-judiciárias da justiça federal, omitindo as demais. A parte daquela lei que trata destas competências é o art. 5º a 9º.<sup>443</sup>

---

<sup>442</sup> Informações disponíveis em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024&tmp.texto=94790&tmp.area\\_anterior=44&tmp.argumento\\_pesquisa=Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1024&tmp.texto=94790&tmp.area_anterior=44&tmp.argumento_pesquisa=Escola nacional de formação e aperfeiçoamento de magistrados)>. Acessado em: 25 fev. 2010.

<sup>443</sup> Art. 5º Ao Conselho da Justiça Federal compete: I – examinar e encaminhar ao Superior Tribunal de Justiça: a) proposta de criação ou extinção de cargos e fixação de vencimentos e vantagens dos juízes e servidores da Justiça Federal de primeiro e segundo graus; b) proposta de criação ou extinção de Tribunais Regionais Federais e de alteração do número de seus membros; II – aprovar sugestões de alteração da legislação relativa às matérias

de competência da Justiça Federal; III – expedir normas relacionadas ao sistema de administração judiciária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, constante do art. 3º desta Lei; IV – apreciar, de ofício, ou a requerimento de magistrado federal, as decisões administrativas dos Tribunais Regionais Federais que contrariarem a legislação vigente e as normas editadas com base no inciso II do caput deste artigo; V – homologar, na forma regimental, como condição de eficácia, as decisões dos Tribunais Regionais Federais que implicarem aumento de despesas; VI – aprovar as propostas orçamentárias e os pedidos de créditos adicionais do Conselho da Justiça Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Justiça Federal de primeiro grau; VII – prover, por concurso público, os cargos necessários à sua administração, ressalvados os cargos em comissão, declarados em lei de livre nomeação e exoneração; VIII – avocar processos administrativos em curso; IX – julgar processos administrativos disciplinares relativos a membros dos Tribunais Regionais Federais, imputando, quando for o caso, as penalidades cabíveis, assegurados a ampla defesa e o contraditório; X – representar ao Ministério Público para a promoção das ações judiciais cabíveis contra magistrados, inclusive com vistas na propositura de ação civil para a decretação de perda de cargo ou de cassação de aposentadoria; XI – decidir, em grau de recurso, as matérias relacionadas aos direitos e deveres dos servidores de sua Secretaria e dos juízes, quando a esses for aplicada sanção em processo disciplinar decidido pelo Tribunal Regional Federal; XII – zelar pelo cumprimento das decisões do Conselho Nacional de Justiça, no âmbito da Justiça Federal. Parágrafo único. O Conselho da Justiça Federal possui poder correicional e as suas decisões terão caráter vinculante, no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Art. 6º À Corregedoria-Geral da Justiça Federal, órgão de fiscalização, controle e orientação normativa da Justiça Federal de primeiro e segundo graus, compete: I – exercer a supervisão técnica e o controle da execução das deliberações do Conselho da Justiça Federal; II – encaminhar ao conhecimento dos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais propostas de ações relativas aos sistemas que integram a Justiça Federal e submetê-las à aprovação do Conselho da Justiça Federal; III – realizar inspeção e correição permanentes ou periódicas, ordinárias ou extraordinárias, gerais ou parciais, sobre os Tribunais Regionais Federais, conforme o Regimento Interno do Conselho da Justiça Federal; IV – promover sindicâncias, inspeções e correições para apurar reclamações, representações e denúncias fundamentadas de qualquer interessado, relativas aos magistrados de segundo grau, submetendo ao Plenário para deliberação; V – submeter ao Conselho da Justiça Federal provimentos destinados a disciplinar condutas a serem adotadas pelos órgãos judiciários da Justiça Federal de primeiro e segundo graus. Parágrafo único. A Corregedoria-Geral da Justiça Federal deverá valer-se do apoio das unidades administrativas do Conselho da Justiça Federal. Art. 7º Ao Corregedor-Geral da Justiça Federal compete: I – apresentar ao Conselho da Justiça Federal relatório circunstanciado das atividades da Corregedoria-Geral durante o ano judiciário; II – presidir o Fórum Permanente de Corregedores da Justiça Federal; III – presidir a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais; IV – coordenar a Comissão Permanente dos Coordenadores dos Juizados Especiais Federais; V – dirigir o Centro de Estudos Judiciários; VI – expedir instruções e outros atos normativos para o funcionamento dos serviços da Corregedoria-Geral da Justiça Federal; VII – indicar ao Presidente do Conselho da Justiça Federal, para fins de designação, nomeação ou exoneração, os ocupantes de função comissionada ou cargo em comissão, no âmbito da Corregedoria-Geral da Justiça Federal; VIII – relativamente às matérias de sua competência: a) executar e fazer executar as deliberações do Conselho da Justiça Federal; b) dirigir-se às autoridades judiciárias e administrativas, assinando as respectivas correspondências. § 1º As sindicâncias, inspeções e correições serão realizadas sem prejuízo da atuação disciplinar e correicional do Conselho Nacional de Justiça. § 2º O Corregedor-Geral da Justiça Federal poderá requisitar até 2 (dois) magistrados, observada a quinta parte mais antiga, bem como servidores, para atuarem em auxílio de sua atividade pelo período máximo de 2 (dois) anos, prorrogável uma única vez pelo mesmo período, sem prejuízo de direitos e vantagens inerentes ao exercício de seus cargos e empregos de origem. Art. 8º Ao Centro de Estudos Judiciários compete: I – realizar e fomentar estudos, pesquisas, serviços editoriais e de informação, com vistas na modernização da Justiça Federal; II – planejar, coordenar e executar atividades de formação e aperfeiçoamento de magistrados e servidores, em articulação com as escolas de magistratura dos Tribunais Regionais Federais, segundo normas a serem editadas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados; III – elaborar e encaminhar à Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados o Plano Nacional de Aperfeiçoamento e Pesquisa para os Juizes Federais. § 1º É vedada a realização de qualquer atividade pelo Centro de Estudos Judiciários relativa a tema estranho à competência da Justiça Federal, conforme o art. 109 da Constituição Federal. § 2º É obrigatória a realização de pelo menos uma atividade anual do Centro de Estudos Judiciários nas sedes dos Tribunais Regionais Federais. § 3º Os gastos anuais com as atividades-fim do Centro de Estudos Judiciários serão vinculados à área de pesquisa em, no mínimo, 40% (quarenta por cento), conforme prioridades constantes de Plano Plurianual a ser aprovado pelo Conselho da Justiça Federal. § 4º Integrará a estrutura administrativa do Centro de Estudos Judiciários o Conselho das Escolas da Magistratura Federal, presidido pelo ministro diretor do Centro e composto pelos diretores das Escolas da Magistratura dos Tribunais Regionais Federais e pelo Presidente da Associação dos Juizes Federais do Brasil. Art. 9º À Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais compete apreciar os incidentes de uniformização de

Observando o art. 5º, percebeu-se que os incisos que são relevantes ao tema ora estudado são os seguintes: III, V, VI, IX, X XI, XII. Serão analisados, de forma pontual, cada um deles. Inicia-se observando o conteúdo descrito no inciso III do sobredito artigo. Versa sobre a possibilidade da do CJF expedir normas relacionadas com a administração judiciária da justiça federal. Estes atos normativos poderão versar a respeito de melhorias que se façam necessárias para manutenção ou restabelecimento da qualidade do serviço judiciário federal.

O inciso V e VI diz respeito ao necessário controle das despesas da justiça federal. A eficiência de todo e qualquer serviço perpassa pelo equilíbrio de suas finanças. Visando garantir tal equilíbrio, evitando atuações estatais desnecessárias e excessivamente dispendiosas, o CJF está adequado a justiça federal aos critérios de qualidade.

O inciso IX, X e XI versam a respeito do imprescindível controle disciplinar dos magistrados e servidores da justiça. A punição das faltas funcionais e de outras condutas incompatíveis com os fins almejados pela Instituição Judiciária Federal é um mecanismo eficiente de repressão e desestímulo a condutas inconvenientes, inoportunas e ilegais.

O último inciso (XII), aqui destacado com um dos mais importantes, é garantir o cumprimento das decisões do Conselho Nacional de Justiça, que almeja melhorar a parte administrativa, e por consequência a jurisdicional, do Poder judiciário. Obviamente que o deve constante desse inciso somente se aplica a justiça federal, onde o CJF tem império.

Os artigos 6º e 7º da Lei 11.789/2008 se ocupam mais de detalhar as formas de atuação dos Corregedores, cuja função primordial é fiscalizar e garantir o cumprimento dos objetivos já descritos acima.

O art. 8º trata do Centro de Estudos Judiciários, cujo objeto principal é oportunizar aos magistrados e aos servidores da justiça um aprimoramento técnico. Neste Centro fomentam-se a pesquisa, estudos, serviços editoriais e de informação. Trata-se, na verdade, de um grande mecanismos estimulador da prática criativa dos agentes estatais envolvidos com o exercício da justiça federal; busca-se oportunizar a estes agentes um momento de repensar o sistema como um todo, possibilitando a sua reformulação em direção a qualidade máxima.

O art. 9º disserta a respeito dos incidentes de uniformização dos Juizados Especiais Federais. É uma tentativa de coordenar as forças dos diversos órgãos desta espécie, facilitando os seus serviços e padronizando o nível de qualidade obtido no exercício de suas funções.

---

interpretação de lei federal, previstos na Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001. § 1º Compõem a Turma Nacional de Uniformização: I – o Corregedor-Geral da Justiça Federal; II – 2 (dois) juízes federais por região, escolhidos pelo respectivo Tribunal Regional Federal dentre os titulares em exercício em Juizados Especiais Federais. § 2º O funcionamento da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais será disciplinado por regimento próprio, aprovado pelo Conselho da Justiça Federal.

Assim, estas foram as contribuições feitas pelo STF e pelo STJ na construção de um serviço judiciário adequado aos padrões mínimos de qualidade, principalmente no exercício de suas atividade administrativo-judiciárias.

## 5.2 DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO

Independente de maiores argumentos, é notório que os cidadãos em geral têm direito de receber, do Estado, uma prestação jurisdicional. Isto decorre da própria dicção de alguns artigos constitucionais. É o que se nota a partir dos textos dos seguintes preceitos normativos constantes da Constituição Federal<sup>444</sup>: art. 3º, inc. I, art. 5º inc. XXXIV, “a”, inc. XXXV, XXXVI, XXXVIII, LIII, LIV, LV, LVI, LVII e muitos outros artigos que tratam do assunto.

Todos estes textos legislativos reconhecem que há um direito do cidadão de recorrer ao Judiciário sempre que se vir diante de uma lesão ou ameaça de lesão ao seu interesse protegido legalmente. O principal destes incisos acima transcritos que configura o direito ao serviço público judiciário é o art. 5º, inc. XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito). Ele traz, em seu conteúdo, as seguintes afirmações: a jurisdição, sempre que provocada, será exercida; o Estado detém o monopólio do exercício da atividade jurisdicional; há necessidade de o Poder Público garantir o amplo acesso da população ao Judiciário; e está configurado o direito de ação de todos os cidadãos que se virem em situação de violação de seu direito por terceiro.

Sobre o conteúdo deste artigo e a inevitável conclusão dele retirável, comenta Lair da Silva Loureiro Filho: “O preceito insculpido no art. 5.º, XXXV, da Carta de 1988, confere a todos o direito subjetivo à prestação jurisdicional, sendo vedado qualquer ato que a impeça ou

---

<sup>444</sup> Alguns dos textos legislativos que se transcreve aqui configuram o direito do cidadão a um serviço público judiciário. Serão citados cada um dos artigos, incisos e alíneas acompanhados do seu respectivo texto oficial: art. 3º, inc. I (constituir uma sociedade livre, justa e solidária), art. 5º inc. XXXIV, “a” (são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder), inc. XXXV (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito), inc. XXXVI (a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), inc. XXXVIII (é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida), inc. LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente), inc. LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), inc. LV (aos litigantes, 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), inc. LVI (são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos), inc. LVII (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória).

que exclua lesão ou ameaça a direto da apreciação do Poder Judiciário.”<sup>445</sup> Complementa falando a respeito do direito dos cidadãos a uma prestação adequada: “A atividade jurisdicional morosa, ineficiente e absolutamente inadequada representa manifesta afronta a tal preceito.”<sup>446</sup>

Diante de tudo que fora exposto até agora, principalmente todos os argumentos elencados sobre as vantagens de enquadrar a atividade judiciária no gênero serviço público, apontam para o acerto da expressão: direito a um serviço público judiciário. Isto porque: existe um direito do cidadão de obter uma prestação jurisdicional que, em última instância, ponha fim ao litígio em que está envolvido; e a atividade judiciária é espécie de serviço público.

### 5.3 DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO

Inúmeros foram os critérios apresentados, no decorrer deste trabalho, a respeito da adequação dos serviços públicos em geral. Alguns legislativos, representados pela Constituição Federal, Lei 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviço Público) e Lei 8,078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Os principais institutos constitucionais mencionados a respeito deste assunto são os seguintes: art. 5º, inc. XXIII, XXXII a XXXIV, XLI, LIII a LVI, LXXIII, LXXV, LXXVIII, art. 37, *caput*, § 6º, § 8º *caput* e inc. II, art. 39, § 2º e §7º, art. 74, *caput* e incisos I e II, art. 144, § 7º, art. 175, inc. IV, art. 218, § 3º e 4º. Quanto a Lei 8.987/95 podem ser destacados os arts. 6º, 7º e 31. Os artigos da Lei 8.078/90 que versam sobre a matéria ora comentadas são: art. 4º *caput* e incisos (principalmente o inc. VII que fala sobre a necessária melhoria do serviço público), art. 6º *caput* e incisos (principalmente o inc. X que fala sobre o direito a uma adequada e eficaz prestação de serviço público em geral), art. 14, art. 22 (este é o principal artigo sobre o assunto), art. 23, *caput*, art. 24, *caput*, art. 39, inc. VIII, art. 76, IV, “a”, art. 107, *caput*.

Quando ao primeiro instituto legal mencionado, a Constituição Federal, há uma clara menção, no art. 175, inc. IV, do dever estatal de prestar adequadamente os serviços públicos. Mas não esclarece o que seja tal adequação. Outros artigos são utilizados para demonstrar as

---

<sup>445</sup> LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.85.

<sup>446</sup> *Idem. Ibidem*, p.85.

detalhes desta adequação. Iniciou-se a abordagem deste assunto com a análise de inúmeros incisos do art. 5º da CF. Lá estão reconhecidos diversos direitos individuais, coletivos e difusos, figurando como parâmetros norteadores das atividades estatais de uma forma geral. Alguns direitos podem ser lembrados aqui, *verbi gratia*: direito à função social da propriedade, direito à proteção do consumidor, direito à informação dos órgãos públicos, direito de petição, direito ao tratamento não discriminativo, etc.

O art. 37 é outro bastante importante. O *caput* deste artigo prevê os mais importantes princípios que devem ser respeitados em toda e qualquer prestação de um serviço público: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. O último destes é, segundo se acredita aqui, é o mais importante e completo dentre todos, principalmente porque engloba um conjunto de critérios no seu conteúdo jurídico e pragmático. O §6º do art. 37 da CF também trata de matéria importante, pois defende a responsabilidade estatal perante todo e qualquer dado decorrente da ação de seus agentes públicos. O dever de eficiência decorrente desse princípio é reforçado pelo conteúdo do art. 144, §7º da CF.

A Lei 8.987/95 já é mais direcionada para outros critérios, como a atualidade, continuidade, regularidade, modicidade das tarifas, cortesia, generalidade, eficiência e segurança na prestação dos serviços em geral. Todos estes critérios têm nítida e inegável relação com tudo aquilo que fora mencionado sobre devido processo legal e suas decomposições.

Já a Lei 8.078/90, por tratar predominantemente de relações consumeristas, faz uma análise de produtos e serviços oferecidos por todo e qualquer fornecedor. Em alguns momentos trata especificamente de serviços públicos, impondo uma prestação adequada dos mesmos, como se nota a partir do art. 6º, inc. X da sobredita lei. Versa, complementando este artigo, sobre a responsabilidade daqueles que descumprirem esta obrigação. Trata, ademais, da necessária garantia, pelos fornecedores, dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

Todas estas imposições legais tratam do que seja considerado um serviço público adequado. O conteúdo do art. 175, inc. IV da CF, cumulado com o dito no art. 6º e 7º da Lei 8.987/95 e com o art. 6º, inc. X da Lei 8.078/90 apontam para a inequívoca existência de um direito dos cidadãos a prestação adequada de serviços públicos em geral. Os critérios são todos aquelas já expostos em momento oportuno neste trabalho.



#### 5.4 DIREITO A UM SERVIÇO PÚBLICO JUDICIÁRIO ADEQUADO

Foi demonstrado, no capítulo 2 deste trabalho, que a atividade judiciária é espécie de serviço público e que não poucos são os doutrinadores que assim pensam. É inegável que a atividade judicial é uma espécie de serviço público prestado pelo Estado. É também sabido que todo serviço público deve ser prestado de forma adequada. Os critérios de adequação são distribuídos nas mais diversas legislações, posicionamentos doutrinários, jurisprudenciais e de alguns órgãos judiciais com funções administrativas, como o Conselho Nacional de Justiça.

Algumas legislações ditam condições de qualidade dirigidos aos serviços públicos em geral, não fazendo qualquer menção a atividade judiciária. É o exemplo da Lei n.º 8.987/95 e da Lei n.º 8.078/90, que tratam de serviço público em geral. Outras se dirigem a função judiciária, mas descrevem, quase exclusivamente, critérios jurisdicionais e processuais de qualidade, olvidando-se dos critérios administrativo-judiciais. Podem ser aqui lembradas a Constituição Federal – ex: incisos LIII, LIV, LV, LX, LXXIV, LXXV, LXXVIII do art. 5º, que versam a respeito de direitos processuais –, o Pacto de *San Jose da Costa Rica* e a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

O que se defende aqui é que aquelas legislações, que em regra regulam os serviços públicos em geral, sejam aplicáveis ao serviço judiciário, principalmente quanto aos critérios de qualidade. Alguns doutrinadores já se manifestam favoravelmente a tal idéia, como se pode notar da citação transcrita de Odete Medauar:

Um aspecto positivo da Lei 8.987/95 encontra-se o estabelecimento de qualificações para o serviço adequado a ser prestado pelo concessionário. Se essa lei indica os índices de exigência do serviço executado pelo concessionário, tais índices também devem prevalecer na prestação de serviços efetuada pelo poder público. Portanto, o serviço adequado especificado na lei, há de ser também atendido pela Administração, quando presta diretamente serviços públicos.<sup>447</sup>

Admitindo-se que o serviço público judiciário está também submetido às condições de qualidade impostas pelas sobreditas legislações, pode-se afirmar que será adequado quando obedecer critérios de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das tarifas, modernidade, informatização, acessibilidade, rapidez, etc.. Poucos destes critérios precisam ser reinterpretados para serem

---

<sup>447</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4.ed. São Paulo: RT, 2000, p.377.

considerados aplicáveis ao serviço público judiciário, a exemplo da segurança e eficiência. Isto já foi objeto de comentários neste trabalho.<sup>448</sup>

Também é possível afirmar que a Lei n.º 8.078/90 se aplica ao serviço judiciário, pois versa respeito de direitos dos consumidores que são constantemente protegidos por uma atividade jurisdicional. Os principais artigos destacados como eleitores de critérios de qualidade dos serviços públicos em geral são: art. 4º, *caput* e incisos II, d, III, V e VII, art. 6º, inc. X, art. 14, *caput* e § 1º, art. 20 *caput* e § 2º, e art. 22 *caput* e parágrafo único. Eles podem ser aplicados ao contexto estudado neste trabalho.

O primeiro destes, o art. 4º da Lei n.º 8/078/90, defende que os serviços devem sempre: atender as necessidades dos consumidores; respeitar à sua dignidade, saúde e segurança; proteger seus interesses econômicos; melhorar a sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo. Algumas destas características são facilmente extensíveis ao serviço judiciário (sem necessidade de qualquer interpretação adaptadora), *verbi gratia*: o necessário respeito à dignidade, à saúde e segurança da pessoa humana (obrigatório em toda e qualquer atuação estatal); o objetivo de proporcionar uma melhora nas condições de vida daquelas pessoas que usufruam do serviço; um compromisso com a sua transparência (informação dos meios, fins e motivos da atuação estatal).

Os outros critérios precisam ser reinterpretados, adaptando-se as peculiaridades do serviço público judiciário: atendimento dos interesses dos consumidores (não há que se falar em relação de consumo entre o Estado-Juiz e as partes litigantes, por isso tal critério deve ser encarado como a existência de um necessário comprometimento do agente público com o pedido formulado em juízo e todas as circunstâncias que o circundam); proteção dos interesses econômicos (os Órgãos Judiciários devem evitar atos desnecessários, inúteis ou repetidos para reduzir custos e aumentar eficiência administrativa); e harmonia das relações

---

<sup>448</sup> Quanto à eficiência e segurança, apesar da idéia central destes dois critérios ser a mesma, há peculiaridades da atividade judiciária que devem ser consideradas. Sobre a eficiência é interessante notar que na prestação jurisdicional a demanda formulada que irá determinar qual velocidade que o processo deve ter, quais são os meios mais rápidos, menos onerosos, mais eficazes, algo que não ocorre nos serviços públicos em geral. Nestes geralmente há um benefício específico (em quantidade e qualidade) a ser fruído pelo cidadão, sendo que raramente são consideradas circunstâncias especiais do caso concreto para se impor uma adaptação do serviço prestado. Há uma tendência à padronização e esta padronização está nitidamente ligada à idéia de segurança: os cidadãos já sabem claramente o que esperar de um dado órgão prestador de serviço público. Haverá insegurança somente quando houver um atraso (descumprimento do prazo previamente estabelecido em contrato ou lei), uma prestação defeituosa (quando o benefício for fornecido em quantidade ou qualidade diversa da prometida) ou não prestação do benefício. A segurança, quando relacionada ao Judiciário, diz respeito, por exemplo, ao atendimento da justiça, conceito extremamente aberto e com múltiplos significados. Cada pessoa espera um resultado específico dos órgãos jurisdicionais, sendo que as necessidades postuladas em juízo que irão determiná-lo. Esta infinita multiplicidade de resultados submetidos à apreciação dos magistrados é que torna a segurança do serviço público judiciário tão peculiar. Isto se estende também à eficiência. Este é o cenário que o Conselho Nacional de Justiça tem para executar seu controle. (Vide item 5.1.3 para ver a íntegra dos comentários)

de consumo (deve ser interpretado como uma imprescindível finalidade dos agentes judicantes de manter ou restabelecer a harmonia entre as partes litigantes, garantindo a paz processual e social). Outro critério descrito nessa mesma lei é o necessário controle de eficiência, eficácia e qualidade dos serviços, algo que se aplica ao serviço judiciário e todos os outros.

Além disso, deve respeitar todos os princípios administrativos da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, pois, como já fora comprovado, os órgãos judiciários também estão obrigados pelo art. 37, caput da Constituição Federal. O princípio da legalidade regula o serviço judiciário como uma obrigação de cumprir a lei. O segundo princípio, da impessoalidade, obriga o agente público a sempre agir sempre com finalidade de atender interesse público, mesmo que satisfaça, num dado caso concreto, um interesse privado. O terceiro princípio impõe respeito à moralidade administrativa e à comum. O dever de publicidade dos atos processuais é uma constante no serviço judiciário, salvo hipóteses de sigilo permitidas na lei. O último, o princípio da eficiência, engloba todo o conjunto de medidas que devem ser implementadas pelos Órgãos Judiciários para garantir a melhor maneira de cumprir o que a lei impõe e o que no caso concreto se demanda.

Os direitos descritos no art. 5º devem ser todos respeitados por toda e qualquer atividade estatal, principalmente a jurisdicional, pois serve implementá-los ou restabelecê-los em última instância. O principal destes direitos, pelo grande número de interesses e valores jurídicos que guarda em seu bojo, é o devido processo legal. Cabe acrescentar que este instituto deixou de ser somente um princípio para ser também um direito fundamental, abarcando, em seu conteúdo jurídico, um dever estatal de melhor gerenciamento das atividades jurisdicionais/processuais e administrativo-judiciárias que envolvam a relação jurídica processual.

A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, juntamente com o Pacto de *San Jose da Costa Rica*, reforçam direitos ou critérios já expostos até este momento. O Conselho Nacional de Justiça impõe suas condições, mas em regra também se baseiam nos critérios já exaustivamente expostos. Isso pode ser constatado a partir da leitura do tópico 5.1.2.1.4.

Assim, há o direito dos cidadãos a uma prestação jurisdicional. Esta prestação pode ser considerada como espécie de serviço público. Como todos os outros, o serviço público judiciário precisa ser prestado de forma adequada. Há, destarte, um direito a um serviço público judiciário adequado. Os critérios identificadores desta adequação são descritos nas legislações, doutrinas e jurisprudências pátrias, envolvendo, exemplificativamente, uma prestação tempestivamente (duração razoável); ausência de custos e dilações desnecessários;

gratuidade para os necessitados; respeito à dignidade, à moralidade administrativa, à publicidade, à impessoalidade, à publicidade, aos direitos processuais legalmente estabelecidos; ser proporcional e razoável em relação à demanda e suas circunstâncias peculiares; ser útil, eficiente (menos custoso e mais rápido) e eficaz (atingir o que almeja) perante os fins estabelecidos no caso concreto; ser prestado com urbanidade; ser contínuo; ser regulado por um modelo gerencial, em substituição do modelo burocrático; ser regular (prestado sempre que solicitado); geral (acessível a todos que atendam os requisitos); etc.

Ainda se acrescenta a este rol o conjunto de condições que podem ser retiradas do princípio do devido processo legal no seu aspecto administrativo: acesso à instituição judicativa e aos juízes para resolver seus litígios, principalmente quando envolverem questões emergenciais; tratamento igualitário e moral; redução de custos judiciais e aumento do número de decisões; modernidade dos meios utilizados; informatização total das repartições públicas judiciárias; disponibilização de, no mínimo, 1 (um) computador para cada servidor judiciário; redução da carga de trabalho dos magistrados e servidores públicos; punição dos agentes públicos desidiosos, faltantes; responsabilização do Estado pela violação de uma obrigação administrativa do Poder Judiciário, etc.

Tal direito a um serviço público judiciário adequado é ainda mais importante e fundamental para a construção efetiva do Estado Democrático de Direito pelo fato de o Estado ter a titularidade exclusiva do poder judiciário. Somente ele pode resolver conflitos de interesses ou de direitos, salvo hipótese de direitos disponíveis (autocomposição e autotutela possíveis). Este direito a um serviço público judiciário adequado deve ser respeitado pelo Estado e por terceiros. Neste sentido, qualquer dano decorrente de uma inadequação deste serviço administrativo-judicial deve ser indenizado (compensado ou reparado), sem, com isso, serem prejudicados ou anulados: a independência funcional dos magistrados; os institutos da coisa julgada e do ato jurídico perfeito; os riscos a que todo litigante se submete quando formula pedido perante o poder judiciário – procedência ou improcedência, parcial ou total, do seu pedido.

Em suma, devido/adequado é o processo/serviço judicial que respeita todos os critérios demonstrados exaustivamente até então.

Diante de tudo que fora exposto, é claro que a atividade judiciária pode ser enquadrada no conceito de serviço público. Por isso, deve ser prestado adequadamente, sendo consectário do reconhecimento direito dos cidadãos ao usufruto deste serviço atendendo-se aos máximos requisitos de qualidade.

## 6 CONCLUSÃO

Após todos os comentários apresentados no decorrer deste trabalho, são apresentadas as conclusões alcançadas. Aproveita-se para fazer uma alerta: as conclusões abaixo descritas não são dispostas na mesma ordem que são dispostas no decorrer desta dissertação. Eis as conclusões:

- 1) O conceito de serviço público é bastante impreciso na doutrina e na legislação, o que aponta para uma maleabilidade do mesmo.
- 2) A separação tradicional dos Poderes estatais hoje é relativizada pelos seguintes motivos: o poder, advindo da soberania, é único e titularizado pelo Estado – o que há é uma divisão de funções, segundo critérios de especialização, entre os diversos órgãos nacionais; não é mais adequado se dividir os tipos de atividades exercidas pelos Órgãos Legislativos, Executivos e Judiciários em típicas e atípicas – nenhuma atividade é típica de um exclusivo Poder, sendo no máximo predominante; acresce-se a este cenário de incertezas a própria discussão entre os processualistas quanto à principal atividade identificada como típica dos órgãos judiciários: a função jurisdicional – a maioria da doutrina enquadra, sob o gênero jurisdição, a contenciosa e a voluntária (atividade predominantemente de administração da justiça).
- 3) O conceito de Administração Pública é concebido, por boa parte da doutrina, com duplo sentido: subjetivo e objetivo. No primeiro, se focaliza a qualidade administrativa de dados órgãos para identificar se são ou não pertencentes a este conceito – neste sentido subjetivo a Administração Pública engloba somente os órgãos da Função Executiva. No segundo sentido, objetivo, há um enfoque na qualidade das atividades exercidas por dados órgãos, referindo-se somente as atividades administrativas – este tipo de atividade é implementado por todo e qualquer órgão brasileiro, quer seja judiciário, executivo ou legislativo. Assim, os órgãos judiciários podem ser englobados no conceito objetivo de Administração Pública, o que aponta para a adequação de um tratamento uniforme dispensado a todas as entidades englobadas por esse conceito.
- 4) A atividade judiciária, como integrante da Administração Pública, se submete aos princípios descritos no *caput* do art. 37, assim como todos os outros órgãos judiciários.

- 5) León Duguit, um dos fundadores da Escola de Serviço Público na França, considerava como o elemento essencial do Estado a prestação de serviços públicos, substituindo a noção de soberania. Este posicionamento indica o acerto em se admitir que de todas as atividades estatais são enquadráveis no conceito de serviço público.
- 6) A atividade judiciária deve ser incluída entre as espécies de serviço público prestado pelo Estado – a admissão desta realidade implica diversas vantagens quanto à manutenção da qualidade dos serviços públicos judiciários. Uma delas é a ampliação do número de critérios de qualidade impostos a este serviço. Inúmeras legislações, posições jurisprudenciais, administrativas e doutrinárias, por isso, são aplicáveis no momento de identificação dos serviços judiciários considerados adequados. Comentam-se os seguintes:
- a. A possibilidade de enquadramento dos magistrados no art. 37, § 6º da Constituição Federal reforça a idéia de unidade de tratamento dos agentes públicos, sendo responsabilizáveis pelas suas atividades administrativas que acarretarem danos a terceiros.
  - b. A Constituição Federal em diversos artigos estabelece, mesmo que de forma genérica e pouco precisa, condições mínimas de qualidade dos serviços estatais. É o que se percebe a partir da leitura do art. 37, *caput* (princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), art. 39, §§ 2º e 7º (necessidade de constante aperfeiçoamento dos agentes públicos), art. 74, I e II (cumprimento de metas e avaliação de resultados constantes, visando otimizar os serviços estatais), art. 144, § 7º (busca resguardar a eficiência das atividades de segurança pública), art. 92, I-A (criação do CNJ e inserção entre os órgãos integrantes do Poder Judiciário), art. 103-B, §§ 4º e 5º (versa a respeito das atribuições do Conselho Nacional de Justiça). Somam-se a estes requisitos os limites constitucionais inerentes aos direitos fundamentais reconhecidos no art. 5º da CF.
  - c. A Lei 8.987/95 é a legislação mais precisa ao tratar de serviços públicos. São estabelecidos inúmeros critérios de adequação dos serviços, quais sejam: atualidade, continuidade, regularidade, modicidade das tarifas, cortesia, generalidade, eficiência e segurança na prestação dos serviços

em geral. O conteúdo desta lei se aplica aos serviços públicos em geral e, *mutatis mutandis*, o serviço judiciário.

- d. A lei 8.078/90 também defende a existência de um dever estatal de prestar, adequadamente, os serviços públicos. Não prevê, de forma direta e precisa, critérios, mas alguns podem ser deduzidos de seus preceitos normativos, *verbi gratia*: o dever de atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo (art. 4º); reconhece claramente o direito dos consumidores a uma prestação adequada de serviços públicos (art. 6º, inc. X); direito de responsabilizar todo aquele que, no exercício de um serviço, cause danos (art. 14, *caput* e § 1º); direito a um serviço sem vícios ou defeitos (art. 20 *caput* e § 2º); e direito a um serviço de qualidade (art. 22 *caput* e parágrafo único).
- e. O Pacto de *San Jose da Costa Rica* estabelece inúmeras condições a serem cumpridas pelo Poder Público quando exercitar atividades administrativo-judiciárias e jurisdicionais. Eis os exemplos dos primeiros: direito a uma duração razoável dos processos (art. 7º, ponto 5 e 6 e art. 8º, ponto 1); direito à presunção de inocência, à assistência gratuita de tradutor ou intérprete, ao prévio conhecimento de uma acusação antes de qualquer julgamento entre outras garantias processuais (art. 8º, ponto 2);
- f. Lei Orgânica da Magistratura Nacional, em seus artigos art. 35, art. 37 e 39, art. 49, art. 56, e art. 98, estabelece inúmeros outros critérios de adequação da atividade administrativo-judiciária nacional. Os conteúdos destes artigos são respectivos os seguintes: dever dos juízes de cumprir as disposições legais e os atos de ofício; cumprimento dos prazos para despachar e sentenciar; direito de todos os litigantes de serem tratados com urbanidade; dever do juiz de residir na comarca onde trabalha; juiz deve fiscalizar os servidores de sua respectiva vara que estiverem a ele subordinados; etc.
- g. As metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça indicam objetivos a serem perseguidos em toda e qualquer atuação administrativo-judiciária, englobando a fiscalização, avaliação e controle

do Poder Judiciário. Os dados coletados pelo CNJ serviram de base para a intervenção deste órgão.

- h. Os doutrinadores e a jurisprudência não inovam muito em se tratando de critérios de adequação de serviços públicos. Isso se agrava ainda mais quando se especifica o serviço comentado: o judiciário. Predominam comentários e decisões relacionadas aos critérios já previamente determinados na lei. Apesar disso, ainda há os critérios inéditos, a exemplo dos seguintes: a necessidade de substituição do modelo burocrático, hoje predominante nos serviços públicos em geral, pelo modelo gerencial; necessidade de abertura dos serviços estatais de uma forma geral a participação popular na avaliação dos resultados, cumprimento dos meios e sugestão de novos fins; vencer a tradição individualista e privatista de nosso sistema; disseminação dos juizados especiais itinerantes; estímulo à arbitragem modernizada pela Lei 9.307/1996; capacitação administrativa dos magistrados; redução de formalidades; superação da descontinuidade administrativa dentro dos Órgãos Judiciários; e capacitação técnico-administrativa dos gestores dos órgãos Judiciários.
- 7) Existe o direito, de todos os cidadãos, ao serviço público judiciário adequado. A necessidade de controle de qualidade e de adequação deste serviço é clarividente diante da sua importância na manutenção de um Estado Democrático de Direito, na redução das desigualdades sociais e na manutenção da paz e da segurança individual e coletiva.



## REFERÊNCIAS

- ACKERMAN, Bruce. Trad. Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. *A Nova Separação dos Poderes*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA NETO, Wilson Rocha. *Inteligência e Contra-inteligência no Ministério Público*. Belo Horizonte: Dictum, 2009.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *O princípio da eficiência no direito administrativo*. Disponível em <<http://www.celc.com.br/comentarios>>. Acessado em: 21 fev. 2010.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ANJOS, Ana Marta Godinho dos., FERNANDES, Ernani Luiz Barros. *Gestão orçamentária por resultados*. Disponível em: <<https://www.portalsof.planejamento.gov.br>>. Acessado em: 24 fev. 2010.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade do Estado por ato jurisdicional*. São Paulo: RT, 1981.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes. *Responsabilidade objetiva do Estado pela morosidade da justiça*. Campinas: Copola, 1999.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Curso de Direito Constitucional*. 12.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.
- BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. São Paulo, Russel, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CAETANO, Marcello. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CALHAO, Antônio Ernani Pedroso. *O princípio da eficiência na administração da justiça*. São Paulo: RCS Editora, 2007.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CEZNE, Andrea Nárriman. *O conceito de serviço público e as transformações do Estado contemporâneo*. In: Revista de Informação Legislativa, a. 42, n. 167, p.321-327, jul./set. 2005.

CHAZEL, François. Poder. In: BAECHLER, J. [et. al.]. Trad. Teresa Curvelo. *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1995.

CHIAVENATO, Idalberto. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, 4. ed. São Paulo: McGraw Hill, 1993.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 2. Campinas: Bookseler, 1998.

CONSELHO Nacional de Justiça. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/>>. Acessado em 07 de fevereiro de 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de Direito Administrativo: curso moderno de graduação*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

\_\_\_\_\_. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009.

DADOS do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Disponível em: <[www.ipea.gov.br](http://www.ipea.gov.br)>. Acessado em: 09 de jul. 2009.

DALLARI, Dalmo de Abreu, *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Jefferson Aparecido. *Princípio da eficiência & Moralidade Administrativa*. 2.ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2008.

DICIONÁRIO da Língua Portuguesa Priberan: Disponível em <<http://www.priberam.pt/DLPO/default.aspx?pal=meritocracia>>. Acessado em: 03 fev. 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Direito Processual Civil: Tutela jurisdicional individual e coletiva*. Salvador: JusPODIVM, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 10. ed., Salvador: JusPodivm, 2008.

DIEZ, Manuel Maria. [et. al.]. *Manual de derecho administrativo*, tomo II, Buenos Aires: Plus Ultra, 1980.

- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1: Teoria geral do direito civil. 23.ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DUGUIT, León. *Manual de Derecho Constitucional*. Granada: Comares, 2005.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direitos Reais*. 3.ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2006.
- FIGUEIRA, Manoel Augusto Sales. *Estudos Propedêuticos de Direito Público e Privado*. Salvador: AMAB/UESB, 1995.
- FROHNEN, Bruce. *The American Republic: Primary Sources*. Disponível em: <<http://www.oll.libertyfund.org>>. Acessado em: 27 fev. 2009.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5. ed., rev. atual. E aum., São Paulo: Saraiva, 2000.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GONÇALVES, Pedro. *A concessão de serviços públicos*. Almedina: Coimbra.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo 1: *Parte general*. 7.ed. Belo Horizonte: Del Rey e *Fundación de Derecho Administrativo*, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini *et al*. *Código brasileiro de defesa do consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- GROPPALI, Alexandre. *Doutrina do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- HAURIOU, Maurice. Trad. Carlos Ruiz Del Castillo. *Principios de Derecho Público y Constitucional*. Granada: Comares, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luis Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KRELL, Andréas Joachim. *Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação de serviços públicos básicos (uma visão comparativa)*. In: Revista de Informação Legislativa. Brasília, a.36, n.144, out./dez, 1999.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1997.
- LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Responsabilidade pública por atividade judiciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

- MAIRAL, Héctor. *La ideología del servicio público*. In: Revista de Derecho Administrativo, ano 5, n°. 14, Buenos Aires, *septiembre/diciembre*, 1993.
- MARCELLINO JUNIOR, Julio Cesar. *Princípio da eficiência administrativa: (des)encontros entre economia e direito*. Florianópolis: Habitus, 2009.
- MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: JusPodivm, 2005.
- MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1968.
- MAURER, Hartmut. Trad. Luis Afonso Heck. *Direito administrativo geral*. Barueri: Manole, 2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 4.ed. São Paulo: RT, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira [et.al.]. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo e. *A teoria dos órgãos públicos e o § 8º do artigo 37 da Constituição Federal*. Disponível em: <www.unifor.br> Acessado em: 06 jan. 2010.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 1: Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6.ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- MONTESQUIEU, C. L. de Secondat. *O espírito das Leis*. Brasília: UNB, 1995.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24.ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* São Paulo: Max Limonad, 2003.
- NETTO, Sérgio de Oliveira. *O Princípio da Reserva do Possível e a Eficácia das Decisões Judiciais*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acessado em: 20 fev. 2010.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. São Paulo: Método, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NUNES, Paulo. *Conceito de produtividade*. Disponível em: <<http://www.knoow.net>> Acessado em: 21 fev. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*. Capítulo IV- Formalismo e Justiça. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Atualizador Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *Instituições de direito civil*. v II, 19 ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROCHA, Alexandre Amorim. *O Modelo de Controle Externo Exercido pelos Tribunais de Contas e as Proposições Legislativas sobre o Tema*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acessado em: 20 fev. 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/noticias/815>>. Acessado em: 20 ago. 2006.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SANTOS, Júlio César Tricot. *Responsabilidade civil – síntese do instituto e suas tendências no direito contemporâneo: o caso emblemático de assaltos com morte em veículos de transporte coletivo urbano*. Disponível em: <[http://tede.pucrs.br/tde\\_arquivos/8/TDE-2007-01-02T125203Z-255/Publico/381055.pdf](http://tede.pucrs.br/tde_arquivos/8/TDE-2007-01-02T125203Z-255/Publico/381055.pdf)>. Acessado em: 24 fev. 2010.

SANTOS, Lenir. *Saúde: conceito e atribuições do Sistema Único de Saúde*. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>. Acessado em: 12 fev. 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes entre o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SCHMITT, Carl. *Constitutional Theory*. Trad. Jeffrey Seitzer. Durham and London: Duke University, 2008.

SCORSIM, Ericson Meister. *Regime jurídico do serviço de televisão a cabo*. Disponível em: <<http://www.direitoacomunicacao.org.br/>>. Acessado em: 20 fev. 2010.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Edson Jacinto da. *Concessão e permissão de serviço público*. Leme: J.H.Mizuno, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Juary C. *A responsabilidade do estado por atos judiciais e legislativos: teoria da responsabilidade unitária do poder*. São Paulo: Saraiva, 1985.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Wilson Alves de. *Acesso à justiça e responsabilidade civil do estado por sua denegação: estudo comparativo entre o direito brasileiro e o direito português*. Tese de Pos-doutoramento na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: responsabilidade civil e sua interpretação doutrinária*. 5. ed. São Paulo: RT, 2001.

TAVARES, André Ramos. LENZA, Pedro. e ALARCÓN, Pietro de Jesus Lora. *Reforma do Judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Garantia do Processo sem dilações indevidas*. Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: RT, 1999.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil*. v.1: Parte Geral. 5.ed., São Paulo: Atlas, 2005.

VILLENEUVE, Marcel de La Bigne de. *L'Activité Étatique*, Paris: Recueil Sirey, 1954.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação de Tutela*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.