

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: DEBATE

*THE GOVERNMENT AND JUDICIAL
REVIEW: DISCUSSION*

GEORGES ABBOUD

Doutor e Mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP.
Professor de direito processual civil da PUC-SP.
georges.abboud@neryadvogados.com.br

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC-SP. Professor de Direito Administrativo da PUC-SP. Líder do Grupo de pesquisa "Ponderação de interesses no direito administrativo e contrafações administrativas"
ricmarconde@uol.com.br

Georges Abboud—Eu agradeço as palavras do Ricardo. Ricardo, tem basicamente algum ponto que você quer que eu fale? Porque, na essência, nós concordamos. Se pegarem meu livro, quando falo dos agentes, falo que é preciso peticionar administrativamente e, se o subordinado acha que está sendo obrigado a praticar uma ilegalidade, a última alternativa que ele tem é judicializar a medida¹.

Na época eu não escrevi, mas entendo que, hoje, fazer isso é uma função extrajurídica, porque o Ministério Público coloca todo mundo no polo passivo da ação de improbidade. Isso é, talvez, uma forma de demonstrar que qualquer conduta diversa é inexigível de minha parte, porque eu me compadeço com o pessoal da ação de improbidade. Outro dia, eu fui olhar uma ação de improbidade que tinha 68 réus. Tinha réu que chegou depois, um dia antes do ajuizamento da ação, mas, na dúvida, eles eram colocados, porque, depois, uma hora, prova-se a sua

-
1. Debate ocorrido no Seminário “Administração Pública e controle de constitucionalidade”, promovido pelo Grupo de Pesquisa Ponderação de Interesses no Direito Administrativo e Contrafações Administrativas, em 11.09.2019, no auditório 100-A do prédio OABM da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

inocência. Seria interessante vocês pegarem legislação do COAF e legislação da atuação administrativa da investigação, é uma legislação muito *clean*.

Fiquei imaginando o que poderia o subordinado fazer. Eis o que ocorreu: falaram para ele “olha, por favor, investiga fulano, fulano, fulano, vê tudo que ele tem.” “Mas tem inquérito aberto?”. “Não, não tem inquérito”. “Tem ordem judicial?”. “Não, mas você pode. Você tem acesso, faz aí o relatório e me manda, que aí o uso político e estratégico que eu vou fazer disso vem depois.” Veja, eu não gostaria de ser esse funcionário, mas não me parece tão ruim, porque agora tem a decisão, porque agora ele pode falar “Não, o Ministro do Supremo falou que não pode fazer isso, está suspensa essa atividade”. Hoje, é a única forma que ele tinha; e outra, para falar da liminar dada pelo Ministro Gilmar. Olha, se a pessoa não resistir ou se ela não se negar, melhor dizendo, você não pode conduzir coercitivamente alguém, simples assim. Uma questão de dignidade. É obvio que eu sei que o agente que está ali dirigindo a viatura não tem como chegar no delegado e dizer “olha, você está me forçando a fazer uma inconstitucionalidade”. Então, esse agente realmente não pode fazer o controle. Agora, a teoria tem de tentar fechar ao máximo que ela puder. É a ideia de judicialização e representação da polícia administrativa o uso das algemas. Você algema uma pessoa e esquece da lei de abuso de autoridade. Já tem Súmula Vinculante do Supremo sobre o tema. A lei de abuso de autoridade foi uma isca para distrair o debate. Para mim, a melhor súmula que o Supremo editou é a das algemas, claramente interpretativa.² Parece-me que você não pode algemar, mas realmente eu não consigo imaginar um delegado falando “Você vai prender” e o policial militar olhar e falar “Mas o STF já editou uma Súmula a esse respeito”, seria maravilhoso. Se tivéssemos uma coisa dessa seria um case fantástico. Nos Estados Unidos, já houve judicialização assim. Um caso similar até chegou à Suprema Corte, onde agentes policiais, sabendo que o Supremo já decidia coisas parecidas, não cumpriam ordens de busca e apreensão devassas, argumentando que “não, mas o que eu vou fazer lá? Ordem de busca e apreensão do que?” a Suprema Corte já se posicionou: “não posso fazer uma devassa”. Já tivemos debates assim, e me parece que esse tipo de debate seja algo sadio. Mas o que eu falei é que eu realmente não acho que seja isso, é uma forma de expressão, eu não acho que haverá tanta coisa. Eu acho que, realmente,

-
2. Referência à Súmula Vinculante 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

hierarquia não atinge questões técnicas. O problema da sua questão, muito boa mesmo, é que o Direito não é muito levado a sério, com todo o respeito. Na minha sensibilidade, é isso: quer dizer, o Direito não é considerado uma questão técnica, é uma questão de opinião; então, o agente do Executivo pode impor a opinião dele. Eu lido com o Direito de outra forma. Parece-me que o Direito é, sim, uma questão técnica. Estamos em uma faculdade de Direito, existe uma profissão técnica, a pessoa tem uma formação científica. Lido com o Direito até como uma Ciência. Então, veja, como o agente político não tem formação científica, ele tem que nomear alguém que tenha. Assim como ele tem que nomear um médico para fazer uma operação no SUS, ele tem que nomear um engenheiro para decidir se vai fazer uma obra pública, ele tem que nomear um jurista para decidir qual é a resposta jurídica cientificamente correta. Assim como ele não pode passar por cima da decisão do médico na questão técnica, do engenheiro na questão técnica, ele não deveria passar por cima do jurista na questão técnica. Mas, a minha opinião é minoritária, prevalece a opinião do Prof. Georges Abboud na prática.

Lucas Orioni – Professor, eu tenho duas perguntas, na verdade. A primeira é: não ficou muito claro para mim se na representação o agente deve fazê-la antes ou depois de cumprir o mandamento que ele supostamente acha inconstitucional. A segunda pergunta é a gente sabe que na Constituição todos os vocábulos que estão lá têm um amplo campo de irradiação semântica que faz com que inúmeras interpretações possam ser extraídas do que está ali escrito. O que aconteceria se, no caso de um agente público, ele faz uma determinada interpretação, deixa de cumprir um mandamento a pretexto de controle de constitucionalidade, dizendo que a ordem que lhe foi dada é inconstitucional, só que, na verdade, a interpretação dele é que é profundamente inconstitucional, ele pratica essa inconstitucionalidade e ela produz efeitos em relação a terceiros? Como seria essa responsabilização? Como se operaria essa situação?

Giovana Palumbo Pieroni – Posso fazer uma complementação à pergunta dele? A minha pergunta sobre a liberdade foi também nesse sentido. E se acontecer essa situação que o Lucas comentou, eu, como agente pública, considero que um ato “x” é constitucional, o ato continua e pode ser impugnado no Judiciário e, ali, posteriormente, se descobre que, na realidade, por uma outra interpretação divergente da minha, o ato era inconstitucional. Eu seria responsabilizada por isso? Nesse sentido, a minha liberdade de pensamento conforme o Direito não estaria sendo violada?

Georges Abboud – Excelentes perguntas, vamos lá. A época da representação: em tese, de preferência dever ser sempre antes, mas muitas vezes vai ser impossível exigir essa atuação do agente; então, se ele fizer *a posteriori* não me parece

que... se o ato já tiver sido editado, não me parece que isso seria um impeditivo, uma perda de objeto para ele poder fazer a representação; porque no futuro pode ser pedido isso de novo para ele, e coisas do tipo.

Em relação à pergunta da constitucionalidade, depois da inconstitucionalidade: de novo, um agente que age conforme a orientação da época e, depois, essa orientação é invalidada, acho que até a própria LINDB, na sua reforma, em seu artigo 24, fala de modulação. Veja, claramente, quem agiu de acordo com orientação da época não agiu dolosamente. Pode haver uma responsabilidade do Estado, inclusive, para ficar em Rui Medeiros, Canotilho, há uma responsabilidade do Estado, inclusive, pelos atos ilícitos, a depender das circunstâncias. Então, à época, era lícito o meu ato, porque estava conforme o Direito, mas depois foi invalidado. Isso pôde haver, mas aí é do Estado, não do agente.

Então, aí é o risco de todo ato ilícito do agente administrativo. Eu acho que responde pelas regras tradicionais de responsabilidade. Ele achou que agia conforme a Constituição, porém o ato dele, na verdade, ao ser reexaminado pelo Judiciário, se declarou que ele agiu de modo contrário ao Direito. De novo, a questão do dolo é determinante na sua atuação. Agora, o que eu queria trazer e, de repente, ouvir o Ricardo, é a seguinte situação: um dia chega ao Supremo Tribunal Federal uma questão de um Município do Estado de São Paulo e o Supremo diz: “Olha, mesmo havendo lei municipal examinando isso, o Município de São Paulo não pode pagar essa verba, porque essa verba não pode ser paga, porque ela é inconstitucional”. Campinas tem a mesma lei Municipal, mas essa lei Municipal não foi impugnada. Há um dever já de quem exerce a Administração de Campinas agir conforme a decisão do Supremo ou ele tem o dever de dizer: “Não, a minha lei não foi invalidada, continuo, porque, afinal, o que chegou ao Supremo foi o Recurso Extraordinário do Município de São Paulo, não de Campinas”?

Ricardo Marcondes Martins – Três questões, o Prof. Georges Abboud propôs outra. Vamos lá. Cumpre antes e representa ou representa antes de cumprir? É a primeira questão. Veja, se é inexistente, não cumpre, representa. Se é inválida, aí a minha posição é diferente da do Prof. Georges Abboud. Eu falei que o subalterno, regra geral, tem que cumprir. Ele pode representar, mas ele tem que cumprir, é uma prerrogativa dele representar, uma faculdade dele, seria uma discricionariedade aqui, na minha opinião. Ele não é obrigado. Aliás, ele pode representar e, regra geral, ele tem que cumprir, mesmo podendo representar, porque, se ele não cumprir, ele pode sofrer uma sanção disciplinar. Exatamente para afastar esse risco, muito comum na prática: o subalterno acha que é inconstitucional, mas o órgão encarregado de dar a última palavra acha que é constitucional. E aí? Aí ele vai ser punido por ter descumprido. Então, cumpre e representa.

bem fundamentado. Enfim, quando a técnica do direito foi bem exercida, ainda que tenha chegado a resultado diverso de quem exerceu a técnica lá no controle. Agora, se o parecerista saiu da boa técnica, se, para quem mexe com o Direito, aquilo não se sustenta, minimamente, aí o parecer é inválido e, aí, esse parecerista, esse agente, deve ser responsabilizado. Parece-me que essa é a tônica aqui: quer dizer, se quem deu o parecer jurídico saiu da técnica e deu um parecer fora da técnica jurídica, que não se sustenta minimamente na técnica jurídica, aí o parecerista deve ser responsabilizado pelo parecer que deu. Fora daí, não, porque no parecer não há crime de hermenêutica. Não há que se responsabilizar alguém porque descumpriu, não chegou à mesma conclusão de outros juristas que estão em outros lugares.

Georges Abboud – Só faço um parêntese: já tivemos um caso no escritório em que o parecerista técnico de Direito Concorrencial se baseou em lei revogada. Isso me parece um caso claro de erro grosseiro.

Ricardo Marcondes Martins – É complicado, porque, assim como com os juízes é complicado acertar sempre, para o agente administrativo também é difícil. Revogação expressa é uma coisa, revogação tácita é outra, pode ser bem complexa. Eu tenho uma teoria muito... eu não diria restritiva, mas eu tento repensar a forma como o Direito disciplinar vem sendo disciplinado no Brasil, mas, enfim, creio que o que eu disse há pouco seja o norte para responder à questão formulada.

O Prof. Abboud fez outra provocação, bastante complexa. Eu falei aqui que o Judiciário deve ser sempre respeitado. Parece-me que há aqui, excepcionalissimamente, algumas exceções no Estado de Direito. Em alguns pontos, o Judiciário erra tão gravemente que não deve ser respeitado. É um tema para outro debate. Agora, regra geral, é que o Judiciário deve ser respeitado. E aí o Prof. Georges Abboud... já que eu coloquei a bola, ele chutou para o gol. Mas como é que funciona esse respeito ao Judiciário? Sempre fica vinculado? Quer dizer, se houve uma decisão em primeira instância, em um sentido, eu na Procuradoria estou vinculado àquela decisão, daquele juiz de primeira instância? Fica difícil isso, porque existem milhares e milhares de juízes, cada um pensa de um jeito. Ou, então, não é de um juiz de primeira instância, mas do Supremo, em controle difuso. Estou vinculado?

É, eu não tenho uma resposta precisa para dar a essa questão. Esse grupo de pesquisa já tem uns quatro anos, mais ou menos, três anos e meio, e durante um ano, basicamente, a gente examinou a obra do Humberto Ávila, *Teoria da segurança jurídica*. Foi quem, para mim, melhor tratou desse assunto, desse difícilíssimo ponto que você nos propõe. O Humberto Ávila não apresenta respostas taxativas quando trata disso. Ele apresenta diretrizes, razões *prima facie*. Então,

por exemplo, quando você tem muitas decisões judiciais em um sentido, isso é uma forte razão *prima facie* para a Administração respeitar. É uma jurisprudência reiterada de primeira instância, de segunda instância, mas reiterada... há 30, 40, 50, 60 acórdãos e sentenças nesse sentido. Haveria um grande peso para a Administração respeitar isso e não divergir em sentido contrário. Eu tenho uma decisão do Supremo, já dada pelo Plenário em um Recurso Extraordinário, em uma repercussão geral dada em plenário. Todos os ministros do Supremo já se manifestaram. Não vejo muito sentido se o Pleno já se manifestou, descumprir, ainda que não tenha eficácia formalmente vinculante, porque, quando tem eficácia vinculante, é fácil, já está vinculado. Agora, quando não tem eficácia vinculante formal, pode ter uma eficácia vinculante material, e essa eficácia vinculante material terá que ser examinada à luz da ponderação. Por isso as regras *prima facie*, estabelecidas pelo Humberto Ávila. Ele estabelece umas dez regras lá, um catálogo de diretrizes para elucidar a ponderação da Administração diante de uma eficácia material e não formal.
