

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO

NELSON LUIZ DE MIRANDA RAMOS

DIREITOS INDISPONÍVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

BRASÍLIA  
2008  
NELSON LUIZ DE MIRANDA RAMOS

## DIREITOS INDISPONÍVEIS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Monografia apresentada para obtenção do título de Especialista em Direito Público, no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Público, do Instituto Brasiliense de Direito Público.

BRASÍLIA  
2008  
**SUMÁRIO**

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	3
<b>2. DIREITO ADMINISTRATIVO</b> .....	4
<b>3. DIREITOS DA PERSONALIDADE</b> .....	11
<b>3.1 Tutela da personalidade</b> .....	14
<b>3.2 Direitos indisponíveis</b> .....	16
<b>3.3 Direitos indisponíveis da Administração Pública</b> .....	18
3.3.1 Dos efeitos da indisponibilidade de bens da Fazenda Pública .....	19
<b>3.4 Da advocacia pública</b> .....	21
3.4.1 Origem da advocacia pública no Brasil .....	22
3.4.2 Do exercício da advocacia pública .....	24
3.4.3 A obrigação da defesa processual e o esgotamento das vias recursais .....	25
3.4.4 A Fazenda Pública em Juízo .....	26
<b>3.5 Do precatório</b> .....	28
<b>4. DECISÕES DOS TRIBUNAIS</b> .....	32
<b>5. CONCLUSÃO</b> .....	33
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	37
<b>ANEXO</b> .....	38

## 1. INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 instituiu alguns princípios a que se submetem tanto a Administração Pública Direta como a Indireta: os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade administrativa, da publicidade e da eficiência.

Materializados no Direito Administrativo, os princípios exercem importante papel, na medida em que permitem à Administração e ao Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Este estudo se propõe a analisar aspectos dos direitos indisponíveis na Administração Pública.

## 2. DIREITO ADMINISTRATIVO

Entre os princípios consagrados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, há que destacar o princípio da legalidade, que nasce com o Estado de Direito. Trata-se de garantia do respeito aos direitos individuais, mediante o estabelecimento de limites à atuação administrativa

Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que está expressamente autorizado em lei. Essa restrição está contida na máxima: “O governo é de lei e não de homens”. O princípio veda, assim, a liberdade de ação e de vontade do homem.

Não menos importante, o princípio da impessoalidade – também chamado de princípio da finalidade administrativa – impõe que toda a atividade estatal se dirija ao interesse público, de modo que não se pode substituir o fim previsto em lei por outro, seja ele público ou privado, lícito ou ilícito.

O princípio da moralidade refere-se à moral jurídica, além da comum, de interesse coletivo, expressa no conjunto de regras de conduta tirada da disciplina interior da Administração. Para Celso Bastos (2001), esse princípio constitui inovação muito importante e funciona como reitor da atuação da Administração Pública.

O parágrafo 1º do artigo 41 da CF disciplina que o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado, mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa, e mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, também assegurada ampla defesa.

Em decorrência disso, a Administração Pública não pode, por simples ato administrativo, conceder direitos de nenhuma espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados, porque para tanto ela depende de disposição legal.

Esse preceito é garantido por meio de outro direito assegurado no artigo 5º, XXXV, segundo o qual "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", ainda que a lesão ou a ameaça a direito decorram de ato da Administração. A Constituição prevê ainda outros remédios Constitucionais, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção e o mandado de segurança.

Em conseqüência desses princípios e garantias constitucionais, pode-se concluir que as pessoas administrativas não têm *disponibilidade sobre os interesses públicos*, mas apenas o dever de curá-los, nos termos das finalidades legalmente predeterminadas. Isso vincula a Administração em todas as suas decisões. Em outras palavras, os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Em busca de um conceito descritivo, que abranja a Administração Pública em sentido objetivo e subjetivo, Maria Sylvia Zanella (1996, p. 39) define:

O Direito Administrativo como o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública. (ZANELLA, 1996, p, 39)

Segundo Celso Bastos (2001), são cinco as principais fontes do Direito Administrativo: a lei, a doutrina, a jurisprudência, os costumes e os princípios gerais de Direito.

A lei é a mais importante das fontes do Direito Administrativo. Os atos normativos são todos emanados do Estado, que impõe seu poder normativo aos indivíduos e ao próprio Estado.

A doutrina é a elaboração teórica de princípios aplicáveis ao Direito Positivo.

A jurisprudência traduz-se no conjunto de decisões proferidas em um mesmo sentido, para solução de casos idênticos. Trata-se de fonte não escrita, mas relevante.

Os costumes, embora praticamente em desuso, constituem-se na reintegração uniforme de um comportamento tido como obrigação legal. Sua aplicação faz-se ante a lacuna da lei.

Os princípios gerais do Direito são proposições fundamentais que se encontram na base de toda a legislação. São os pressupostos de onde derivam as regras jurídicas.

No dizer de Dalmo Dallari (2000, p. 62), o Estado é "a ordem jurídica que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território".

O direito administrativo brasileiro hodierno expressa exatamente o fenômeno que pretendemos demonstrar. Há atualmente dois "*direitos administrativos*" em franco embate. Um que denominaremos direito administrativo antidemocrático (ou direito administrativo do injusto ou da vilania) e outro que nomearemos direito administrativo democrático (ou direito administrativo do justo).

Assim, o direito administrativo vigente em nosso país pode ser cindido em duas grandes vertentes: uma (antidemocrática) que prestigia normas e posicionamentos administrativos urdidos sob a inspiração das baionetas e outra (democrática) que se expressa em normas administrativas e posicionamentos afinados com os postulados do Estado de Direito.

O direito administrativo antidemocrático serviu de arcabouço para os excessos do período de exceção vivido por nosso país sob a ditadura militar, que se findou com a abertura política. Esse direito influenciou e foi influenciado pela ordem autoritária, legitimando os horrores do sistema político então vigente.

O direito administrativo democrático, em oposição ao direito administrativo da ditadura, alcançou seu ápice de expressão positivada com a Constituição de 1988. Nesse passo, expressa a nova ordem política regente da concepção de regime jurídico administrativo.

Verifica-se, no direito administrativo antidemocrático, incongruência entre as noções científicas e terminológicas e seus respectivos conteúdos. Assim, o direito administrativo antidemocrático esconde, sob a noção de *interesse público*, o interesse corporativo das classes dirigentes do Estado; na expressão *prerrogativas do Poder Público*, as prerrogativas dos usurpadores do poder; na idéia de *desigualdade jurídica entre Administração e administrado*, instrumento de submissão do mais fraco ao mais forte. Assim, em um processo de dissimulação conceitual, a pretexto de acudir aos interesses mais elevados da sociedade política, em verdade apenas dá suporte aos títeres do momento encastelados nas sinecuras públicas.

Por mais que pretenda dissimular-se, o direito administrativo antidemocrático é ineficiente nessa tarefa, e deixa entrever sua verdadeira face mediante o descortinamento de seus instrumentos mais comuns, quais sejam: obrigatoriedade de esgotamento dos recursos administrativos para a obtenção de tutela judicial, verdade sabida, repúdio à processualidade administrativa, prestígio desmesurado à discricionariedade, intangibilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, adoção da prisão administrativa; vedação do *habeas corpus* em matéria disciplinar, inadmissibilidade da *exceptio non adimpleti contractus* em face



da Administração, aplicação da desigualdade jurídica entre Administração e administrado no processo administrativo disciplinar, etc.

Encontram-se nesse conceito todos os elementos que compõem o Estado: a noção de poder está implícita na soberania; a politicidade do Estado é afirmada na referência ao bem comum, com a vinculação deste a um certo povo; e a territorialidade está presente na menção a determinado território, com limitação da ação jurídica e política do Estado.

O Estado é o centro soberano do poder. A Constituição, por seu turno, é a organização efetiva do poder do Estado, e define política e juridicamente os direitos fundamentais dos indivíduos e as competências atribuídas e reconhecidas legitimamente aos órgãos de expressão da vontade soberana: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

São elementos originários do Estado:

- Povo – componente humano;
- Território – base física;
- Governo Soberano – elemento condutor.

O Governo Soberano detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanada do povo, mediante a delegação de poderes proferida por ocasião das eleições. Logo, os poderes do Estado são, em última instância, a manifestação da vontade da coletividade.

São elementos constituintes do Estado:

- Soberania – Sinônimo de independência e expressão do poder jurídico mais alto, legitima o poder de decisão sobre a eficácia de qualquer norma jurídica;

- Território – Não existe Estado sem território; este delimita a ação soberana do Estado;
- Povo – elemento humano. Segundo Abreu Dallari, "o povo é o elemento que dá condições ao Estado para formar e externar uma vontade";
- Finalidade – interesse público, bem comum. O Estado tem uma finalidade geral, que constitui o meio para que os indivíduos atinjam suas finalidades particulares.

Maria Sylvia Zanella defende que:

Embora o poder estatal seja uno, indivisível e indelegável, ele se desdobra 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. (ZANELLA, 1996, p. 39)

O Estado Democrático caracteriza-se pela separação de poderes, a cada um dos quais compete, essencialmente, uma função:

- o Poder Legislativo tem função normativa: elaboração da lei;
- o Poder Executivo tem função administrativa: converte a lei abstrata em ato individual e concreto;
- o Poder Judiciário tem função judicial: interpreta e aplica a lei, coativamente, aos litigantes.

Essas são funções precípuas, dado que todos os Poderes, em algum momento, exercerão funções normativas, administrativas e judiciais, ainda que restritas a sua organização e a seu funcionamento.

Segundo Celso Bastos (2001), para interpretar o Direito Administrativo deve-se adotar uma hermenêutica publicista, desprendendo-se dos conceitos de Direito Privado, na medida em que a diversidade de seu objeto, os fins sociais e o interesse público que suas normas visam a tutelar exigem regras próprias de interpretação e aplicação. Os princípios do Direito Administrativo estão voltados ao interesse público.

Existe uma desigualdade entre a Administração Pública e o administrado, o que caracteriza a supremacia da Administração Pública em face do particular: os interesses públicos são superiores – e, portanto, prevalecem – aos interesses particulares.

Por conseguinte, o Poder Público conta com privilégios e prerrogativas que não podem ser desconsideradas pelo aplicador das regras e dos princípios desse ramo do direito. Sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer o segundo, pois o dever da Administração Pública é primar pelo bem comum.

A Administração Pública deve, ainda, respeitar o princípio da legalidade, certos "limites" definidos em lei. Esse princípio visa a garantir o direito de liberdade do administrado diante da atuação do Estado-Administração.

### 3. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo Carlos Bittar (1995, p. 10), direitos da personalidade são aqueles reconhecidos ao homem tomado em si mesmo e em suas projeções na sociedade. Visam à defesa de valores inatos, como a vida, a intimidade, a honra e a higidez física. Sua evolução, contudo, foi inçada de dificuldades de caráter ideológico, de modo que alguns autores chegam até a negar-lhes a existência com base na idéia de que, havendo direito do homem sobre a própria pessoa, justificarse-ia o suicídio.

O postulado da dignidade humana, em virtude da forte carga de abstração que encerra, não tem alcançado, quanto ao campo de sua atuação objetiva, unanimidade entre os autores, muito embora se deva, de logo, ressaltar que as múltiplas opiniões se apresentam harmônicas e complementares.

Para Sales:

Direito da personalidade é todo aquele ligado à pessoa humana de forma tal que dele não se possa separar, acompanhando o homem desde o seu nascimento e até mesmo após a morte. Direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, à sua imagem e a tudo aquilo que ele crê ser sua honra. São direitos personalíssimos porque têm a característica de serem únicos, particulares. (SALES, 2006, p. 172)

Os direitos da personalidade são aqueles ligados diretamente à personalidade jurídica do sujeito.

Segundo Maria Helena Diniz:

Dentre os direitos subjetivos de que o homem é titular pode-se facilmente distinguir duas espécies diferentes, a saber: uns que são destacáveis da pessoa de seu titular e outros que não a são. Assim, por exemplo, a propriedade ou o crédito contra um devedor constitui um direito destacável da pessoa de seu titular; ao contrário, outros direitos há que são inerentes à pessoa humana e, portanto a ela

ligados de maneira perpétua e permanente. Quanto a pessoa física, tais direitos dizem respeito aos seus múltiplos aspectos físicos e psíquicos, tais como o direito à vida a integridade física, à honra, à segurança ao casamento, à constituição da família, a liberdade, etc. Tais direitos, por isso que inerentes à pessoa humana, saem da órbita patrimonial, portanto são inalienáveis, intransmissíveis, imprescritíveis. Quanto às pessoas em geral (física, jurídica, e "entes despersonalizados"), são os relativos aos demais aspectos, tais como o direito ao nome, à imagem, à associação, à reputação, etc. Quanto as pessoas jurídicas, propriamente, existem direitos da personalidade que lhes são exclusivos, tais como o da liberdade comercial, o da clientela e do fundo de comércio, etc. (DINIZ, 1999, p. 36)

Para Diogo Campos (1995) os direitos da personalidade, de modo geral, terminam com a morte do titular, que ocorre quando se verifica parada irreversível da circulação e da respiração. Tal regra, entretanto, comporta exceções, como as representadas pelos direitos ao corpo, a parte deste e à imagem, relativamente aos quais subsistem efeitos *post mortem*; no que se refere ao direito de autor, em seu aspecto moral, produz ele efeitos até a morte (a Lei n. 5.988, de 14.12.73, em seu artigo 25, § 2º, prevê a defesa, pelo Estado, da integridade e da genuidade da obra caída em domínio público).

Walter Moraes (1977, p. 43) classifica o direito da personalidade como direitos inerentes à pessoa e dotados de certas particularidades que limitam a própria ação do titular, ele não pode eliminá-los através de ato de vontade, sendo-lhe facultado, contudo, deles dispor, privativamente, em dadas ocasiões.

Na doutrina, segundo Maria Helena Diniz (1999, p. 41), "pessoa" é o ente físico ou coletivo suscetível de direito e obrigações. É, portanto, sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é a pessoa a quem compete um dever jurídico, é o indivíduo que detém uma pretensão ou uma titularidade jurídica, que, por sua vez, é o poder de fazer valer, mediante uma ação, o cumprimento do dever jurídico. Em outras palavras, é o sujeito que tem o poder de intervir na produção da decisão judicial.

Para Kelsen (1994, p. 68) o conceito de sujeito de direito não é necessário para a descrição do direito; é um conceito auxiliar que facilita a exposição do direito. De forma que a pessoa natural ou jurídica já tem direitos e deveres, cuja unidade é, figurativamente, expressa no conceito de pessoa. A pessoa é tão-somente a personificação dessa unidade. Assim, para esse autor a "pessoa" não é um indivíduo de uma comunidade de pessoas, mas a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos. Logo, sob o prisma kelseniano, é a "pessoa" uma construção da ciência do direito, que com esse entendimento afasta o dualismo direito objetivo *versus* direito subjetivo.

A personalidade é o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade.

Capacidade, por sua vez, é "a medida jurídica da personalidade", ou, como prefere Teixeira Freitas (*apud* Diniz, op. cit., p. 39), "a manifestação do poder de ação implícito no conceito de personalidade".

Segundo Bittar (op. cit., p. 11) a capacidade é a qualidade para adquirir direito e para praticar, por si mesmo ou por outras pessoas, os atos da vida civil.

Todo ser humano, desde o nascimento até a morte, tem capacidade para ser titular de direitos e obrigações na ordem civil. Mas isso não significa que todos possam exercer, pessoalmente, tais direitos. A lei, tendo em vista a idade, a saúde, ou o desenvolvimento intelectual de determinadas pessoas, e com o intuito de protegê-las, não lhes permite o exercício pessoal de direitos. Assim, embora lhes conferindo a prerrogativa de serem titulares de direitos, nega-lhes a possibilidade de pessoalmente os exercerem. Classifica tais pessoas como incapazes. Portanto, incapacidade é o reconhecimento da inexistência, numa pessoa, daqueles requisitos que a lei considera indispensáveis para que o exercício dos direitos.

### 3.1 Tutela da Personalidade

Segundo Bittar (1989, p. 11), o ordenamento jurídico deve outorgar à pessoa a mais ampla tutela possível, a fim de possibilitar-lhe a incolumidade dos direitos ínsitos à personalidade.

Mattia (1996, p. 25) pugna a idéia de que a proteção dos direitos da personalidade, afora a ação de ressarcimento, deve ser levada à consecução por medidas cautelares com o condão de suspender os atos lesivos. A ação principal, posposta à cautelar, teria como *petitum* a declaração de existência ou não do direito em discussão e eventual condenação por perdas e danos.

A Constituição de 1988 descerra um caminho praticamente infindável na defesa dos direitos da personalidade, ao assegurar, em seu artigo 5º, inciso XXXV, o princípio da inafastabilidade ou da proteção judiciária ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito").

Nos termos do artigo 11 do Código Civil:

Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Os direitos da personalidade são inalienáveis porque insusceptíveis de valoração econômica, não podendo ser objeto de negócio. Ninguém poderá, por exemplo, vender seu estado civil de solteiro a pessoa que acabou de se divorciar. São intransmissíveis porque não há como transferir ou ceder sua fruição para terceiro. Um pai não pode deixar de herança para seus descendentes seu perfil de

bom pagador. São imprescritíveis pelo fato de não dependerem de termo para seu emprego. E são irrenunciáveis por não se poder abrir mão deles, porquanto inerentes ao ser humano e dele não destacáveis. Trata-se, pois, de verdadeira indisponibilidade.

Pinto (1998, p. 41) configura “um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa”, incidente sobre a sua vida, saúde e integridade física, honra, liberdades física e psicológica, nome, imagem e reserva sobre a intimidade de sua vida privada.

Os direitos da personalidade notabilizam-se por serem:

- a) de natureza extrapatrimonial, embora o seu mau trato possa implicar reflexos econômicos;
- b) direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos (Estado e particulares);
- c) irrenunciáveis, não podendo o seu titular deles abdicar;
- d) intransmissíveis, restando inválida a sua cessão a outrem, mediante ato gratuito ou oneroso;
- e) imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhes acarreta a extinção.

Entre essas características, duas guardam íntima vinculação ao tema sob enfoque, quais sejam, a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade. Tais características impedem que a vontade do titular possa legitimar o desrespeito à condição humana do indivíduo. Isso não quer significar que tornem de todo irrelevante o consentimento nessa seara. Apenas limitam a liberdade de sua manifestação quando contrária à ordem pública. A título de ilustração, de nenhuma



valia se afigura o consenso capaz de importar na supressão do bem da vida. Diferentemente, assoma admissível, observados certos parâmetros, uma limitação voluntária do direito à integridade física, como se vê no consentimento para intervenções médicas (dispensável em casos de estado de necessidade), submissão a operação plástica de cunho estético, participação em jogos esportivos violentos, etc.

Embora os direitos da personalidade não tenham sido consagrados pelo Código Civil sob essa denominação, encontram-se agasalhados em dispositivos esparsos.

### **3.2 Direitos Indisponíveis**

Todos os direitos possuem um ou mais sujeitos, que basicamente podem manifestar livremente sua vontade acerca do objeto, que pode ser um interesse ou um bem. Existem direitos que são indisponíveis – insuscetíveis de disposição –, vinculados de tal modo ao seu titular que dele se tornam indissociáveis.

Direitos indisponíveis são todos aqueles de que as pessoas não podem dispor ou “abrir mão”.

Segundo Calmon Passos:

Direito indisponível é aquele não renunciável ou a respeito do qual a vontade do titular só se pode manifestar eficazmente satisfeitos determinados controles. (PASSOS, 1989, p. 330)

De acordo com Castro (2001, p. 2) existem doutrinas que dividem os direitos indisponíveis em duas espécies: os absolutamente e os relativamente

indisponíveis. Os primeiros seriam aqueles em que "a indisponibilidade é absoluta quando é o próprio bem, conteúdo do direito, que se faz insuscetível de disposição, porque de tal modo se vincula ao sujeito que dele é indissociável", enquanto os demais pertenceriam à categoria dos direitos cuja indisponibilidade é relativa, "derivada ela dos limites fixados em lei ou convenção dos interessados, quando esta última seja admitida".

Fabris (2006, p. 54) propõe duas categorias: a de direitos *absolutamente* indisponíveis e a de direitos *simplesmente* indisponíveis. Os absolutamente indisponíveis não admitem nenhuma possibilidade de renúncia, são estabelecidos pelo Estado, de forma imperativa, e fazem parte da personalidade ou do *status* do homem. Os simplesmente indisponíveis são estabelecidos pela lei ou por instrumentos normativos a ela equiparados, e o que os torna indisponíveis é o critério normativo.

Ramos Filho (2006, p. 44) sustenta a tese de que a indisponibilidade dos direitos – direitos simplesmente indisponíveis – é o efeito produzido pela inderrogabilidade das leis imperativas que assim os caracterizaram. Existe também certa impotência do ordenamento jurídico em relação a esses direitos ditos indisponíveis. Quando violados, o máximo que se pode fazer, além da anulação do ato, é estabelecer o ressarcimento de um eventual dano patrimonial. Em outras palavras, direitos indisponíveis, que não são direitos de natureza patrimonial e, por definição, são insuscetíveis de valoração econômica, transformam-se de alguma maneira em direitos excepcionalmente patrimoniais.

### **3.3 Direitos indisponíveis da Administração Pública**

No entender de Sales (op. cit.), a atuação do Poder Público foi por muito tempo assistida de forma passiva pela sociedade, ante sua arbitrariedade. Inicialmente foi pensando nisso que o legislador quis defender os direitos da pessoa enquanto particular, baseando-se na afamada *Declaração dos Direitos do Homem*, de 1789. Com o caminhar dos anos, a preocupação se estendeu ao campo privado. A ameaça de invasão dos direitos da personalidade dos cidadãos deixou de ser proveniente apenas do Estado e passou a temer a ação dos homens em suas relações interpessoais.

A Constituição pátria declina abrigo a esses direitos no artigo 5º, X, *in verbis*:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Segundo Sales (op. cit.), ao mesmo tempo em que proporciona à vítima a possibilidade de cessar a ameaça ou lesão a esses direitos (artigo 12 do Código Civil), a lei também oferece como prerrogativa do ofendido a reparação dos prejuízos advindos do ato praticado. Nada impede, porém, a cumulação de pedidos, ou seja, que cesse a violação do direito e, simultaneamente, que haja reparação do dano causado até o momento da cessação.

Entre os direitos indisponíveis, apresentam-se os pertencentes à Fazenda Pública, que estão à margem da disposição de seus titulares: aqueles que representam as pessoas jurídicas de Direito Público não podem dispor dos direitos inseridos na esfera de domínio da Fazenda Pública para satisfazer os objetivos de interesse coletivo.

### 3.3.1 Dos efeitos da indisponibilidade de bens da Fazenda Pública

No direito processual público brasileiro, embora sem previsão legislativa explícita, foi construída jurisprudência segundo a qual a Administração Pública revel – que, citada, não apresenta defesa – não está sujeita ao efeito da presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor.

Tal entendimento parte de premissa de que, sendo o direito público indisponível, não sujeito à transação judicial, da inércia da Administração Pública não pode ser extraída uma renúncia tácita. A idéia é relacionar a inexistência de efeito da revelia e a proibição de transação judicial a fundamento substancial, não processual, mas, sim, de direito material. Trata-se, mais uma vez, de falsa premissa. Os bens públicos são de fato inalienáveis, porém tal inalienabilidade é impeditiva de transação privada, no interesse privado dissociado do interesse público, o que impõe autorização legislativa prévia para que haja qualquer alienação. Na relação processual, a transação deixa de ser ato essencialmente privado, ou com objetivos privados, pois, intermediada pelo Estado-jurisdição, visa à realização do direito à tutela judicial.

Uma vez permitido à Administração Pública não se sujeitar à pena de revelia, conclui-se que a ela é conferido o direito de contestar não em prazo em dobro mas em qualquer tempo e qualquer grau de jurisdição, o que lhe propicia uma vantagem desigual, que subverte toda a sistemática processual, até mesmo com ofensa ao princípio do contraditório. No tocante à proibição de liminares ou medidas de urgência em face do poder público, a principal legislação sobre a matéria, Lei n. 8.437, de 30 de junho de 1926, está disposta nos seguintes termos:

Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal. (...) Parágrafo terceiro. Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em parte, o objeto da ação.

A Constituição pátria, no artigo 100, na prática impede que as sentenças de dinheiro tenham execução forçada contra a Administração Pública:

(...) os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

A proibição de liminares e medidas de urgência está intimamente relacionada com a proibição de execução forçada em face da Administração Pública. Não adianta admitir a medida de urgência em face da Administração Pública se a execução dessa mesma medida de urgência encontra restrições.

Tais restrições normalmente apresentadas às medidas de urgência são sempre em função da dificuldade de execução.

No Brasil, a execução de sentenças contra a Administração Pública está sujeita a um procedimento diferenciado quando a obrigação é de dar dinheiro. No plano constitucional, há impedimento para a execução forçada, de dar dinheiro, contra a Administração Pública. Exceto para créditos de pequeno valor, a execução fica sujeita a um regime denominado precatório, em que, na prática, a entidade devedora somente paga na hipótese de legislação orçamentária prever recursos para tanto.

Segundo Mendes Silva:

A execução contra a Fazenda Pública sempre foi considerada no direito brasileiro ponto de estrangulamento da efetividade da jurisdição frente à Administração Pública, sendo o regime constitucional do precatório, dada a sua intrínseca natureza voluntária, instituto capaz de romper com o princípio do Estado de Direito, se aplicado abstratamente e em descompasso com o princípio da proporcionalidade. A efetividade da jurisdição como meio de realização de direitos em face da Administração Pública, atrelada à noção de direito fundamental, só pode ser limitada em prol de um valor supremo e excepcional, como o da dignidade da pessoa humana, nas relações processuais entre entes privados e como o da continuidade do serviço público essencial à coletividade, nas relações envolvendo entes públicos. (SILVA, 2006, p. 27)

### 3.4 Da advocacia pública

A advocacia pública é aquela que aconselha ou patrocina os interesses de pessoas jurídicas de direito público. Tem função social e seu compromisso extrapola sua condição profissional e de defesa de interesses particulares.

O advogado público tem compromisso com a coisa pública. Diferentemente da advocacia privada, o interesse público sempre se sobrepõe ao interesse particular, sendo essa a principal distinção da advocacia particular, distinção que norteia toda a atividade do advogado público.

Segundo Fides Angélica Ommati, Conselheira Federal da OAB, em artigo publicado na *internet*:

Os integrantes da advocacia pública têm vinculação funcional ao Estado, aqui utilizado em sentido genérico e incluindo as pessoas políticas federativas e as pessoas de direito público de natureza administrativa. Daí porque além de atenderem aos requisitos e condições para a advocacia, sendo obrigatoriamente inscritos na OAB, os advogados públicos submetem-se a processo seletivo público e estão regidos pelo Estatuto da Ordem e pelos estatutos e normas próprios aos servidores públicos e/ou a normas especiais que regerem os órgãos a que se vinculem. Participante do gerenciamento de interesses públicos, no desempenho de atividades de consultoria e de assessoria, a advocacia pública tem localização no Poder Executivo, que detém praticamente o monopólio da atividade administrativa,

e, pois, dirige o conjunto de órgãos e entidades componentes da Administração Pública.<sup>1</sup>

### 3.4.1 Origem da advocacia pública no Brasil

A advocacia pública teve origem no Ministério Público, que tinha, antes do advento da Carta Magna de 1988, competência de atuação como fiscal da lei e como advogado do Estado. Como, então, conciliar, na mesma Instituição, interesses muitas vezes conflitantes?

Surge a necessidade de se criar na esfera federal uma advocacia pública distinta da atuação do Ministério Público Federal. Nasce, então, a Advocacia-Geral da União, com competência para defender a União nas causas de seu interesse. Antes da Constituição Federal de 1988, o patrocínio das causas em que era parte a União era atribuição dos Procuradores da República, exceção feita às causas que versavam sobre matéria tributária, cometidos à Procuradoria da Fazenda Nacional, subordinada ao Ministério da Fazenda. A atividade de consultoria desvinculava-se inteiramente do procuratório, desempenhada, em nível de cúpula do Poder Executivo, pelo Consultor-Geral da República, e, no plano ministerial, por meio de consultorias.

Como assinalou Fides Angélica Ommati:

A Constituição vigente inseriu a advocacia pública entre as funções essenciais à Justiça, distinguindo, em seus artigos 131 e 132, a Advocacia da União da Advocacia dos Estados-membros e Distrito Federal, e nos artigos 133 e 134, a advocacia em geral e a destinada a dar assistência jurídica a pessoas carentes. Como a defesa judicial da União Federal, até então, era tarefa do Ministério Público Federal, o legislador constituinte possibilitou, mediante assinatura de prazo para tanto, que os Procuradores

---

<sup>1</sup> OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública – algumas reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

da República em atividade optassem entre permanecer integrando o *Parquet* e compor a Advocacia Geral da União (art. 29, § 2º, ADCT, CF). Somente com o advento da Lei Complementar n. 73/93, a Advocacia da União foi estruturada, englobando a Procuradoria da Fazenda Nacional, mantida em suas atribuições, e as Consultorias Jurídicas localizadas nos diversos Ministérios, a que foram acrescentados os Advogados da União, ubicados nas Procuradorias da União. A Lei Complementar estruturou de forma orgânica os já existentes e os criados cargos, de modo a abranger todo o conjunto dos servidores encarregados da consulta e do contencioso jurídico da União, bem assim de suas entidades administrativas de direito público. Já os Estados-membros mantiveram sua advocacia, em geral organizadas em estrutura centralizadora das atividades próprias, revigoradas pela inserção constitucional, a lhes assegurar expressamente o exercício das funções de consultoria e de representação judicial. O artigo 132 da Carta Maior propiciou a unicidade das Procuradorias, malgrado o asseguramento da manutenção das Consultorias em funcionamento (art. 69, ADCT, CF). Na abrangência da advocacia pública dos Estados-membros os órgãos jurídicos das autarquias e das fundações de direito público.<sup>2</sup>

### 3.4.2 Do exercício da advocacia pública

A advocacia pública é regrada não só pelos regimes a que se subordinam os Procuradores de Estado, de Municípios e de Autarquias, ou os Advogados da União, mas também pela Lei n. 8.906/94.

Assim, ao dispor sobre os habilitados ao exercício da advocacia, em seu artigo 3º, referida lei estipulou, no § 1º:

Exercem atividade de advocacia, sujeitando-se ao regime desta lei, além do regime próprio a que se subordinem, os integrantes da Advocacia Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, do Distrito Federal, dos

---

<sup>2</sup> OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública – algumas reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 10 jun. 2008.



Municípios e de suas respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

De acordo com Fides Angélica:

A expressa determinação do vigente EAOAB, citada, a que somam outras, como as decorrentes de impedimento e incompatibilidade (arts. 28, 29 e 30), sinaliza para a vinculação dos integrantes da advocacia pública, em todas as esferas políticas, à OAB e sua submissão às normas estatutárias da profissão, aí incluídos prerrogativas, direitos e deveres. Algumas dificuldades, entretanto, perpassam na prática dessa relação. Uma, que sobressai, diz respeito à aplicação, pela OAB, de pena disciplinar que importe suspensão do exercício profissional ou exclusão do seu Quadro de filiados. Ainda que se mantenham, em termos, os âmbitos de regramento, a exemplo da LC 73, de 10.02.93, que disciplinou a AGU, e da Lei n.8.906, de 04.7.94 - EAOAB, constituindo este a lei geral e aquela a lei específica de uma parte da advocacia pública circunscrita à União Federal, tem-se a dificuldade de implemento da pena aplicada, no âmbito da relação funcional, vez que atingirá diretamente o exercício de cargo público. É que, de uma parte, a advocacia da União é advocacia pública, que é espécie do gênero advocacia, porque integra, na forma do art. 133, CF, a administração da justiça e não se enquadra nas funções do MP e da Magistratura, e não pode deixar de integrar, sob pena de impossibilitado ficar o cumprimento da finalidade para a qual foi instituída; e, sendo advocacia, há que se enquadrar nas regras para o exercício dessa profissão, editadas pela União no cumprimento de sua competência constitucionalmente fixada (art. 22, XVI, CF). De outra parte, as esferas – as da OAB, e do respectivo estatuto geral da advocacia, e da AGU são independentes e têm seu campo específico de aplicar as normas pelas quais cada uma dessas entidades são regidas. Em possível confronto, o exercício do cargo pode, de fato, ter continuidade, mas em caso de aplicação da pena de suspensão ou de exclusão, poderá trazer por consequência representação, pela OAB, ao órgão público a que se vincule o advogado e, no que comportar, ao órgão do MP. Certo, de outra forma não há como se compatibilizarem os dois regimes jurídicos de vertente comum.<sup>3</sup>

### 3.4.3 A obrigação da defesa processual e o esgotamento das vias recursais

Em regra, é dever, tanto do advogado público como do privado, atuar no exercício de sua função segundo a lei, a moralidade e a boa-fé.

---

<sup>3</sup> OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública – algumas reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

O advogado público deve, ainda, pautar-se em outros princípios norteadores do direito administrativo, também consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, como o da eficiência e o da razoabilidade.

Todavia, a obrigação do advogado público de esgotar todos os meios processuais ao seu alcance, principalmente naquelas causas em que já há reiteradas decisões dos Tribunais Superiores, parece, em princípio, confrontar-se com alguns princípios constitucionais consagrados no direito administrativo. Seria razoável ou eficiente esgotar todos os meios recursais, retardando sobremaneira a prestação jurisdicional, mesmo sabendo existirem centenas de decisões contrárias?

Certamente a utilização de todos os recursos permitidos na defesa do interesse público aumenta sobremaneira o custo do Estado, que é obrigado a contratar mais juízes e servidores para cumprir a essencial função do Poder Judiciário, que é a prestação jurisdicional.

No entanto, mesmo diante desse dilema, não é permitido ao advogado público dispor dos interesses que lhe são confiados na defesa judicial dos órgãos públicos, por se tratar de discussão sobre bens indisponíveis. Daí a proibição de transigir, de fazer acordo, de deixar de recorrer ou de desistir de recurso interposto.

Portanto, mesmo que entenda tratar-se de questão ilegal, é dever do advogado público fazer a defesa do Estado, ainda que pessoalmente constrangido.

Contudo, essa obrigação não vale para o advogado público quando atua como consultor jurídico, ocasião em que poderá livremente defender a posição que entender mais adequada ao caso.

Outra situação em que o advogado público pode declinar de exercer a defesa incondicional do Estado ocorre nas ações mandamentais. Nessas situações, se entende ter o impetrante direito ao que pleiteia, deverá sugerir à autoridade que

reformule seu ato ou tome as providências no sentido de fazer valer o direito do administrado.

#### 3.4.4 A Fazenda Pública em Juízo

A Fazenda Pública possui alguns privilégios em relação ao particular, não só do ponto de vista administrativo mas também quando atua em Juízo. O advogado público dispõe de circunstâncias diferenciadas no desempenho de suas funções, como prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Esses privilégios foram criados por lei para garantir a defesa do bem público, considerada a supremacia dos interesses estatais em face dos particulares, e o acautelamento na proteção desses mesmos interesses, uma vez que indisponíveis pelo agente que os administra. Ao advogado público não é dado escolher processos, e ele os recebe por distribuição e sem limite quantitativo.

O primeiro dos privilégios processuais conferidos por lei à Fazenda Pública é o de poder litigar em Juízo privativo. Assim, a União só demanda e é demandada na Justiça Federal, bem como suas autarquias, fundações de direito público e empresas públicas, em duas instâncias. No plano dos Estados e dos Municípios, a demanda é processada nas Varas da Fazenda Pública, consoante dispõem, em cada unidade federada, as respectivas leis de organização judiciária. Não se pode confundir Juízo privativo com foro privilegiado, de modo que o Estado-membro pode ser demandado tanto na capital como no interior, e em qualquer Juízo quando inexistir Vara privativa (EDecl no Ag.92.717-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho Jr., julgado em 18.2.99).

A legislação também oferece ao Estado prazos prescricionais diferenciados, estendidos às autarquias e às fundações de direito público. A propósito, a interpretação jurisprudencial, sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, assegurou o quinquênio legal, nas situações interruptivas<sup>4</sup>. Há, ainda, privilégios quanto à isenção de custas e de preparo para recurso, bem como a dispensa da obrigação de autenticar cópias reprográficas.

O processo de execução tem seu caminho diferenciado pelo Código de Processo Civil (artigo 730) e pela Constituição Federal (artigo 100, e parágrafos, da Constituição Federal) e apóia-se no princípio da indisponibilidade dos interesses públicos a que se vincula o privilégio da impenhorabilidade dos bens públicos. A Fazenda Pública não pode ser submetida à execução forçada, somente podendo fazê-la por meio de precatório e, depois, de previsão orçamentária. Os precatórios, segundo o mandamento constitucional, serão pagos pela ordem cronológica, excetuados os de natureza alimentícia.

### **3.5 Do precatório**

Precatório é uma requisição de pagamento, uma carta expedida pelo presidente do Tribunal onde correu o processo, dirigida à autoridade competente, para que ela determine o pagamento da importância devida. Junto à requisição, seguem várias peças do processo, cópia autêntica da sentença, do acórdão e da conta de liquidação, entre outros.

Pela sistemática vigente, se a requisição de pagamento ocorrer antes de julho de cada exercício financeiro, o pagamento deverá ser efetuado no exercício seguinte.

---

<sup>4</sup> Súmula 383: "A prescrição em favor da Fazenda Pública recomeça a correr, por dois anos e meio, a partir do ato interruptivo, mas não fica reduzida aquém de cinco anos, embora o titular do direito a interrompa durante a primeira metade do prazo"

Se o pagamento não acontecer, a autoridade administrativa responsável pelo descumprimento da determinação judicial responde por crime de desobediência, ou, no caso de o descumprimento ser de governador de Estado ou do Distrito Federal, pode ser decretada a intervenção pela União (artigo 34 da Constituição Federal).

Então para que serve o *precatório* se o Estado não paga o que deve? Serve para o pagamento de dívidas tributárias, para a aquisição de ações de empresas públicas privatizadas, para garantir o juízo em execução fiscal e para pagar dívidas junto a bancos oficiais.

É verdade que existe nos Tribunais entendimento no sentido de que a compensação de dívidas com o Estado pressupõe a existência de lei a que autorize. E a exigência é de que seja lei complementar.

O artigo 170 do Código Tributário Nacional dispõe sobre os requisitos para a compensação do crédito tributário, a saber:

- a) edição de lei autorizativa;
- b) existência de crédito líquido e certo, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Aliás, no Distrito Federal foi editada uma lei que autorizou a compensação tributária, medida que foi bem recebida pela comunidade local e evitou gastos com ações judiciais.

Contudo, mesmo ausente a lei autorizativa, o credor de um precatório poderá usá-lo para pagamento de um débito com o Estado.

É óbvio que, se o Estado tem o direito de executar o contribuinte devedor, criando vários constrangimentos, inclusive levando à praça ou a leilão os bens do devedor, o mesmo direito deveria ter o contribuinte, quiçá de pagar a sua dívida com direito de crédito existente em precatório.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão prolatada em maio de 1990, relator o Ministro Carlos Velloso, entendeu ser possível que um devedor, numa execução fiscal movida pelo Estado de São Paulo, ofereça à penhora direito de crédito existente em precatório.

Na ocasião, citou trecho de decisão da 6ª Câmara do 1º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo:

o crédito oferecido e aceito à penhora representa, no caso, a melhor garantia que a impetrante poderia encontrar, na execução movida contra o apontado contribuinte, pois, trata-se de dinheiro em seu poder, o qual, uma vez depositado, ficará indisponível, enquanto a penhora remanescer.

Outras decisões foram prolatadas nesse sentido. Vejamos:

1. Os créditos da sucumbência, custas e honorários advocatícios, não constituem receita pública, não incidindo a extensão do art. 54 da Lei 4.230/64. 2. É possível a nomeação à penhora de direito de crédito existente em precatório. 3. É também admissível a compensação de débito da sucumbência da parte com crédito resultante da condenação da Municipalidade à restituição de indébito. Recurso não conhecido.<sup>5</sup>

Compensação. Dívida passiva da prefeitura, decorrente de ação de repetição de indébito fiscal. Crédito da prefeitura, decorrente de ônus de sucumbência em demanda possessória em que foi parte vencedora. Possibilidade de compensação.<sup>6</sup>

Dessa forma, é certo que, trilhando esse caminho, por via oblíqua, pode-se alcançar a extinção recíproca de créditos.

Ora, se assim é, não parece impróprio admitir o pagamento mediante ação de consignação, com direito de crédito existente em precatório, já que a consignação em pagamento é uma execução às avessas.

O Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 1997, por julgamento unânime da Primeira Turma, nos autos de uma execução fiscal, determinou que a

---

<sup>5</sup> REsp 29.748-9-SP.

<sup>6</sup> REsp 5.716-SP.

Fazenda Pública Estadual de São Paulo aceitasse Títulos da Dívida Agrária (TDAs) pelo seu valor de face, como garantia do pagamento do débito do contribuinte executado.

Se a Justiça Federal e o próprio Superior Tribunal de Justiça admitem o oferecimento desses títulos em garantia de execução fiscal e, inclusive, como pagamento de débito com a Fazenda, por que não aceitar o direito de crédito existente em precatório, que é dinheiro em poder do Estado credor? Que melhor garantia poderia encontrar a Fazenda Pública, em execução movida contra um contribuinte, do que dinheiro já em seu poder?

Se em relação às dívidas tributárias a jurisprudência não é absoluta no sentido de permitir a compensação com crédito existente em precatórios sem que haja lei autorizativa, o mesmo não acontece em se tratando de dívidas de natureza civil.

Logo, o direito de crédito existente em precatório pode perfeitamente pagar dívidas com bancos, oficiais ou privados.

Para tanto, é necessário que os interessados sejam credor e devedor um do outro, de quantias líquidas e certas (artigos 1.010 a 1.017 do CCB).

Quanto ao direito de participar dos leilões de privatizações de empresas pública e assemelhadas, não há problema, já que pelo menos a União tem permitido a aquisição de ações com o direito de crédito existente em precatório.

Não parece ser exagero entender que esses precatórios possam ser utilizados também para garantir operações bancárias.

E esses direitos todos são extensivos aos cessionários de créditos existentes em precatórios.

#### 4. DECISÕES DOS TRIBUNAIS

O Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, em resolução de abril de 1999 (Anexo 1), por meio de seu relator Rivelino Resende, decide que:

Não há que se falar na aplicação dos arts. 320, II e 351 do CPC, tendo em vista que estes tratam de direitos indisponíveis. Ora, direitos indisponíveis são aqueles personalíssimos e por isso mesmo sem conteúdo patrimonial. Verbas trabalhistas não se enquadram no rol dos direitos indisponíveis, por isso, perfeitamente aplicável a revelia ao ente da Administração Pública que, chamado a juízo, não comparece para se defender.

Em decisão do Superior Tribunal de Justiça, proferida em 2005, encontra-se que:

O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao interesse público. Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio. Deveras, assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. (STJ, 1ª Turma, REsp 303.806/RO, Rel. Min. Luiz Fux, *DJ* de 25.04.2005)



## 5. CONCLUSÃO

Os princípios que regem o Direito Administrativo têm importante papel, na medida em que permitem à Administração e ao Judiciário estabelecer o equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração.

Em consequência desses princípios e garantias constitucionais, pode-se concluir que as pessoas administrativas não têm *disponibilidade sobre os interesses públicos*, mas apenas o dever de administrá-los, nos termos das finalidades predeterminadas legalmente. Isso vincula a Administração em todas as suas decisões, ou seja, os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais.

Todos os direitos possuem um ou mais sujeitos, que basicamente podem manifestar livremente sua vontade acerca do objeto, que pode ser um interesse ou um bem. Existem direitos que são indisponíveis – insuscetíveis de disposição –, vinculados de tal modo ao seu titular que dele se tornam indissociáveis.

Direitos indisponíveis são todos aqueles de que as pessoas não podem dispor.

Entre os direitos indisponíveis, situam-se os pertencentes à Fazenda Pública, que estão à margem da disposição de seus titulares: aqueles que representam as pessoas jurídicas de Direito Público não podem dispor dos direitos inseridos na esfera de domínio da Fazenda Pública para satisfazer os objetivos de interesse coletivo.

No direito processual público brasileiro, embora sem previsão legislativa explícita, foi construído o entendimento jurisprudencial segundo a qual a

Administração Pública revel – que, citada, não apresenta defesa – não está sujeita ao efeito da presunção de verdade dos fatos alegados pelo autor.

Esse entendimento parte de pressuposto de que, sendo o direito público indisponível, não sujeito à transação judicial, da inércia da Administração Pública não pode ser extraída uma renúncia tácita. A idéia é relacionar a inexistência de efeito da revelia e a proibição de transação judicial a fundamento substancial, não processual, mas, sim, de direito material. Trata-se, mais uma vez, de falsa premissa. Os bens públicos são de fato inalienáveis, porém tal inalienabilidade é impeditiva de transação privada, no interesse privado dissociado do interesse público, o que impõe autorização legislativa prévia para que haja qualquer alienação. Na relação processual, a transação deixa de ser ato essencialmente privado, ou com objetivos privados, pois, intermediada pelo Estado-jurisdição, visa à realização do direito à tutela judicial.

Uma vez permitido que a Administração Pública não se sujeite à pena de revelia, conclui-se que a ela está sendo conferido o direito de contestar não em prazo em dobro, mas em qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, o que lhe propicia uma vantagem desigual, que subverte toda a sistemática processual, até mesmo com ofensa ao princípio do contraditório.

Em regra, é dever, tanto do advogado público como do privado, atuar no exercício de sua função segundo a lei, a moralidade e a boa-fé.

O advogado público deve, ainda, pautar-se em outros princípios norteadores do Direito Administrativo, também consagrados no artigo 37 da Constituição Federal, como o da eficiência e o da razoabilidade.

No entanto, mesmo diante desse dilema, não é permitido ao advogado público dispor dos interesses que lhe são confiados na defesa judicial dos órgãos

públicos, por se tratar de discussão sobre bens indisponíveis. Daí a proibição de transigir, de fazer acordo, de deixar de recorrer ou de desistir de recurso interposto.

Portanto, ainda que entenda tratar-se de questão ilegal, é dever do advogado público fazer a defesa do Estado, conquanto pessoalmente constrangido.

A Fazenda Pública possui alguns privilégios em relação ao particular, não só sob o ponto de vista administrativo, mas também quando atua em juízo. O advogado público dispõe de circunstâncias diferenciadas para o desempenho de suas funções, como prazos em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. Tais privilégios foram criados por lei para garantir a defesa do bem público, considerada a supremacia dos interesses estatais em face dos particulares, e visando ao acautelamento na proteção desses mesmos interesses, uma vez que indisponíveis pelo agente que os administra. Aos advogados públicos não é dado escolher processos; ele os recebe por distribuição e sem limite quantitativo.

As colocações postas no decorrer deste trabalho demonstraram que houve significativa mudança na atuação da advocacia pública, ressaltando-se a preocupação na especificidade da advocacia de Estado, nas diferentes esferas políticas, mormente a federal e a estadual, na busca de um aprimoramento da defesa da coisa pública.

É preciso seguir em frente, construindo uma advocacia mais próxima da nova ordem econômica e social, criando-se mecanismos, a exemplo da arbitragem, que possibilitem a resolução de conflitos entre o Estado e o particular de forma mais ágil e dinâmica.

Para isso, é imperioso que se continue alterando a legislação processual civil, como se vem fazendo há alguns anos, no intuito de diminuir a presença do Estado em juízo. É necessário, também, transformar o entendimento de administradores e de advogados públicos para uma visão nova, que permita o

reconhecimento de direitos sem a necessária busca desses direitos por meio do Poder Judiciário. SERGIO DE ANDREA FERREIRA expressa com precisão essa nova visão:

Na instância administrativa, seja contenciosamente, ou não, a "vitória" da administração pública será a execução justa da lei, mesmo que, para isso, tenha de reconhecer que errou, e modifique, revogue, anule seus atos, supra suas omissões. A justiça – num sentido ainda mais amplo e profundo do que aquela cuja realização está entregue ao judiciário – é obrigação do administrador público, e para ele também serve, na sua realização, a simbologia de Têmis.

É a esse novo modo de atuar da Administração Pública que o advogado público deverá emprestar a sua valiosa colaboração na orientação e no controle da atividade administrativa, o que lhe propiciará intervir na construção dos valores consagrados em nossa Carta Republicana, mormente a observância dos princípios insculpidos no artigo 37, com ênfase à moralidade, de cujo alcance dependem a efetividade da ordem jurídica democrática e a fruição por todos dos atributos da cidadania.

## REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos: conquistas e desafios**. Brasília: OAB – Conselho Federal, 2000.

OMMATI, Fides Angélica. Advocacia pública – algumas reflexões. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2111>>. Acesso em: 10 jun. 2008.

PASSOS, Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. São Paulo: Forense, 1989. Vol. III.

## ANEXO

**RECORRENTE: 1º) 4ª JCJ DE CUIABÁ  
(Na ação movida por NERLITA ENORÉ  
DE FIGUEIREDO contra o MUNICÍPIO DE  
ACORIZAL/MT)  
RECORRIDO: NERLITA ENORÉ DE  
FIGUEIREDO  
ADVOGADO: Dr. CLODOALDO  
APARECIDO GONÇALVES QUEIRÓZ**

**ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – REVELIA E  
CONFISSÃO. Não há que se falar na  
aplicação dos arts. 320, II e 351 do CPC,  
tendo em vista que estes tratam de  
direitos indisponíveis. Ora, direitos  
indisponíveis são aqueles  
personalíssimos e por isso mesmo sem  
conteúdo patrimonial. Verbas  
trabalhistas não se enquadram no rol  
dos direitos indisponíveis, por isso,  
perfeitamente aplicável a revelia ao ente  
da Administração Pública que, chamado  
a juízo, não comparece para se defender.**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de recurso ordinário e de  
ofício, em que são partes as acima indicadas.

### RELATÓRIO

A egrégia 4ª Junta de Conciliação e Julgamento de Cuiabá - MT, sob a  
Presidência do MM. Juiz **JOSÉ PEDRO DIAS** de conformidade com a r. sentença de  
fls. 20/24, julgou parcialmente procedente a reclamatória para condenar o reclamado  
ao pagamento de indenização pela quebra da estabilidade provisória; aviso prévio;  
13º salário proporcional e férias proporcionais acrescidas de 1/3; devendo ainda o  
reclamado comprovar o recolhimento do FGTS de todo o período, acrescido da  
indenização de 40%, com a respectiva liberação, bem como anotar a CTPS obreira.

A reclamante interpôs embargos declaratórios que foram julgados  
procedentes para correção de erro material (fls. 30/32).

Houve determinação de remessa de ofício e o Reclamado não recorreu  
ordinariamente.

A douta Procuradoria Regional do Trabalho manifestou-se às fls. 41/50  
pelo conhecimento e improvemento da remessa de ofício.

É, em síntese, o relatório.

## VOTO

### **JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE**

Conheço da remessa de ofício, por imperativo legal.

### **JUÍZO DE MÉRITO DA CONFISSÃO FICTA**

O juízo de origem achou por bem aplicar ao Município reclamado a pena de confissão ficta, diante da revelia configurada na audiência inaugural.

Pois bem, sendo o reclamado ente da Administração Pública, poderia suscitar discussão acerca do cabimento do reconhecimento da revelia, eis que há os que entendem serem aplicáveis o art. 320, II e 351 do CPC.

Como bem apontado em primeiro grau e pelo d. Representante do Ministério Público, os artigos retrocitados referem-se a direitos indisponíveis, o que não é o caso dos autos. Direitos indisponíveis são aqueles personalíssimos e por isso mesmo sem conteúdo patrimonial – intransigíveis portanto. Estes sim não podem ser açambarcados pela revelia.

Não há que se confundir direitos indisponíveis com a indisponibilidade dos bens públicos, que é princípio de direito administrativo, consistente na vedação à penhora e exigência da formação de precatório para pagamento das execuções contra a Fazenda Pública.

No caso dos autos, onde se busca parcela patrimonial, eis que se trata de verbas trabalhistas, não há que se falar em direitos indisponíveis. Aqui a Administração Pública é sujeito processual e como tal deve respeitar as normas mínimas de procedimento. Não há respaldo legal para mais esse privilégio aos entes da Administração Pública.

Assim, chamado o Município de Acorizal para vir a juízo se defender, se este achou por bem quedar-se inerte, deve arcar com as conseqüência da revelia e sofrer os efeitos da *ficta confessio*.

Mantenho.

### **DO CONTRATO – VALIDADE – VERBAS**

A contratação da Reclamante se deu em 01.05.85, antes da vigência da atual Constituição da República (promulgada em 05.10.88), quando não era vedado à administração pública a contratação de pessoal pelo regime celetista sem a realização de concurso, já que a Constituição anterior dava plena condição de ser realizada essa espécie de admissão, exigindo a realização do certame público tão somente para a primeira investidura em **cargo** público (art. 97, § 1º). Entendo portanto, que os empregados públicos regidos pela CLT não estavam sujeitos a este procedimento seletivo para a admissão. Da mesma forma, torna-se forçoso reconhecermos que não houve irregularidade na contratação da Reclamante.

Por outra banda, tendo sido efetivada a admissão a menos de cinco anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, não foi a Obreira contemplada com a estabilidade de que trata o artigo 19 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Se por um lado a Lei Complementar Estadual nº 04 e a Constituição Estadual determinaram a realização de concurso público para a efetivação dos

servidores admitidos anteriormente à CF/88 e que não foram contemplados pelo art. 19 do ADCT, por outro, não deixaram explícito, nem implícito, que a não realização do certame implicaria na extinção **automática** dos cargos e empregos. Ora, a disposição Constitucional foi no sentido de que a não efetivação do "servidor" por inexistência de concurso, implicaria na vacância e na extinção dos respectivos **cargos**, sem, no entanto, estipular "como".

A Constituição do Estado de Mato Grosso, tratou da questão dos servidores públicos não considerados estáveis (artigo 39 e seu parágrafo único) da seguinte forma:

"Art. 39. Os servidores públicos não considerados estáveis, conforme o art. 19 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, prestarão, obrigatoriamente, concurso público, no prazo máximo de cento e oitenta dias, a contar da promulgação desta Constituição.

Parágrafo único. A não realização de concurso público implicará em vacância dos cargos e na extinção dos mesmos." (grifo nosso)

Desta forma, a nominada vacância e extinção do *cargo* somente poderia ocorrer com a demissão/*exoneração* do seu ocupante. Não se pode admitir que um cargo esteja vago, se o seu titular ainda estiver em pleno exercício de suas atribuições; todavia, indubitavelmente, a Norma Positivada declara que deverá ocorrer a vacância. Da mesma forma é incompatível a extinção de cargos que ainda não estejam vagos, mormente, se houver a continuidade do labor; aliás, trata-se de uma ordem lógica disposta pelo próprio dispositivo legal: "...**implicará na vacância e na extinção** dos respectivos cargos." Tal Norma, ainda que não insculpida pela melhor técnica, é mera consequência da adoção de um Regime Jurídico Único, que para ser "Único", necessitava extinguir os contratos de trabalho.

Referimo-nos à *técnica inapropriada*, pois o Texto Constitucional se refere a extinção de "cargo", enquanto que por se tratar de celetistas admitidos sem concurso, caso desejasse o legislador atingir estes servidores, o texto legal deveria incluir a terminologia "emprego".

Ante às razões tecidas neste breve arrazoado, a vacância do **cargo** somente poderia se dar com a demissão da Obreira, o que também culminaria na posterior extinção, até mesmo porque a Constituição Estadual se referiu tão somente a "cargos" e não "empregos". Ainda que tais determinações legais fossem ao caso aplicáveis, o fato dessa demissão não ter sido imediata não tem qualquer relevância, e nem poderia, pois ao empregador caberia extirpar a continuidade do vínculo, fonte de subsistência do trabalhador, conforme lhe sugeria a lei.

Desta forma, a não efetivação da servidora através da aprovação em concurso público, importou tão somente na não transmutação de regime, o que autorizou a administração pública efetuar a demissão da mesma, e quando muito, com a consequente vacância e extinção do emprego, o que por si, não impõe nenhuma nulidade ao contrato, nem tampouco macula as verbas trabalhistas decorrentes do pacto havido, por isso mantenho a decisão de origem quanto a estas.

Restou incontroverso nos autos que a autora deu à luz ao seu bebê no dia 16.05.98, tanto pela confissão ficta, quanto pela confirmação do Sr. Prefeito presente à audiência inaugural (fl. 18), que restou adiada por esse motivo.

Em razão disso, é certo que a obreira estava em estado gestacional (6º mês) quando foi dispensada, pelo que, devida a indenização pela estabilidade provisória, conforme decidido em primeiro grau.



Nego provimento.

Ante as razões supra fundamentadas, conheço do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento.

**ISTO POSTO**, resolveu o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da Vigésima Terceira Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, nos termos do voto do Juiz Relator, vencido o Juiz Revisor que dava-lhe parcial provimento.

**Obs:** Não participou do julgamento o Juiz Antônio Melnec, face à vinculação ao processo do Juiz Rivelino Resende, como Relator. Ausentes os Exmos. Senhores Juízes Roberto Benatar, em gozo de férias regulamentares, Maria Berenice Carvalho Castro Souza, conforme Resolução nº 591/98 do C. TST, e João Carlos Ribeiro de Souza, momentaneamente com causa justificada.

Cuiabá/MT, 13 de abril de 1999.

**PRESIDENTE**

**JUIZ RIVELINO LÚCIO DE RESENDE**

**Relator**