

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 3026

Requerente: Procurador-Geral da República

**Requeridos: Presidente da República
Congresso Nacional**

“ADIn proposta pelo i. Procurador-Geral da República, com pedido de liminar em face dos art. 79, caput e parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.906/94.”

Senhor Advogado-Geral,

A ADIn n.º 3026, ajuizada pelo i. Procurador-Geral da República, impugna a redação do *caput* do art. 79, e do seu parágrafo primeiro, da Lei n.º 8.906/94. Requer medida liminar com eficácia *ex nunc*, para suspender *ad cautelam* a expressão “sendo assegurado aos optantes o pagamento de indenização, quando da aposentadoria, correspondente a cinco vezes o valor da última remuneração”, e no mérito, que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

Requer, por fim, que *“seja dada interpretação conforme o art. 37, II, da Constituição Federal ao caput do art. 79 da Lei n.º 8.906/94, de modo que fique explícito que os servidores da OAB, mesmo que contratados sob o regime trabalhista, devem ser submetidos, para a admissão, a prévio concurso público.”*

A peça exordial tem como fundamentação que: a) *“na posição de autarquia especial que é, a Ordem dos Advogados do Brasil deve reger-se pelos princípios concernentes à Administração Pública, dentre eles o princípio do concurso público”*; b) *“todos os agentes públicos, sejam da Administração direta ou indireta devem pautar seus atos, por expressa determinação constitucional, nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”*.

Aduz que *“a moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir, entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos, entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos”*.

No que tange especificamente ao pedido de medida liminar, cumpre observar que não existe aí qualquer demonstração de perigo pela demora no julgamento que seja suficiente a suscitar a medida cautelar almejada, e muito menos qualquer esforço no sentido de demonstrar a fumaça do bom direito presente, capaz de fazer saltar do processo uma medida liminar.

Com efeito, não se pode ter por razoável a alegação de perigo pela demora quando se observa que o que se pretende expungir do mundo jurídico é uma lei que existe desde 1.994, portanto, há mais de nove

anos. Seria necessário, antes, antever o que permitiu a existência dessa lei, pacificamente, durante todo esse interregno de tempo, e agora aparece essa urgência em retirá-la do mundo jurídico, ainda mais quando não se anuncia qualquer evento jurídico que esteja na iminência de acontecer.

Se não existe o requisito do perigo da demora, igualmente não existe qualquer *fumus boni iuris* porque a matéria comporta entendimento diverso do afirmado pelo autor.

Verifica-se, pois, que o pedido de liminar não reúne condições de ser atendido.

Nesse aspecto, cabe destacar que o pedido de concessão de liminar, antes merece passar pelo crivo do ***fumus boni iuris*** e do ***periculum in mora***, requisitos estes que se encontram lançados no inciso II do art. 7º da Lei nº 1.533/91, exigindo-se do autor que demonstre, na exordial, **à saciedade**, o ***fumus boni iuris*** e o ***periculum in mora***, ou, ainda, na linguagem atinente à representação de inconstitucionalidade, demonstrar, à toda evidência, que a vigência da lei alvejada ou dos dispositivos atacados acarreta graves transtornos, com lesão de difícil reparação, *verbis*:

“Para a concessão de liminar não é bastante a evidência do fumus boni iuris, sendo indispensável a demonstração do periculum in mora” (RT 125-56).

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE, PEDIDO DE SUSPENSÃO LIMINAR DA EFICÁCIA DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 6º, BEM COMO DO ARTIGO 53, AMBOS DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA

CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA PARAÍBA, PROMULGADA EM 05.10.89. AUSÊNCIA, NA INICIAL, DE QUALQUER JUSTIFICATIVA QUE PERMITA AVALIAR, NO CASO, A NECESSIDADE DA SUSPENSÃO LIMINAR, PELA OCORRÊNCIA DE “PERICULUM IN MORA” OU DE MANIFESTA CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. PEDIDO DE LIMINAR INDEFERIDO”. (ADIMC –345/PB, STF, PLENO, Min. Relator Moreira Alves, acórdão publicado no DJ, edição de 05.10.90, pág. 10714)

A posição adotada pela Excelsa Corte, no que tange à concessão de liminar em ações diretas de inconstitucionalidade, reflete, igualmente, o pensamento da melhor doutrina sobre o tema, como evidencia o magistério de RONALDO POLETTI:

“Na verdade, a concessão de liminar é condicionada a requisitos muitos rígidos. A Constituição inseriu na competência do Supremo o processo de julgamento de pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade (art. 102, I, p), mas ela somente é cabível quando a vigência imediata do texto contra o qual se representou poderá ocasionar dano irreparável ao Erário ou criar situação de difícil desfazimento. A suspensão liminar é medida de caráter excepcional que pressupõe seja demonstrada, além da relevância jurídica do fundamento da arguição, a ocorrência de interesse de difícil reparação, que recomende o imediato retorno à situação anterior.” (in, Controle da Constitucionalidade das Leis, 2ª edição, ed. Forense, Rio de Janeiro, 1995, págs. 130 e 131).

Na peça de ingresso o Autor não se deu ao trabalho de destacar quaisquer dos requisitos mínimos exigidos para a concessão de medida liminar com efeitos suspensivos – dano irreparável ao Erário, situação de desfazimento difícil ou impossível e interesse público relevante.

É de se destacar, ainda, a **presunção de constitucionalidade** da lei que, emanada do corpo legislativo constitucionalmente competente para criá-la, não pode ser afastada do mundo jurídico, senão após sério, profundo e extenso julgamento da corte constitucional, o que, *data venia*, não se atinge via decisão concessiva de liminar.

Por todo o exposto, é de concluir-se que não cabe aqui a concessão de medida liminar, devendo a matéria ser objeto de ampla discussão com respeito ao princípio do contraditório, para que **não prevaleça a presunção da inconstitucionalidade** de uma lei que cumpriu seus trâmites legais, inclusive tendo passado pela Comissão de Constituição e Justiça.

No mérito, a ação não merece melhor destino, devendo ser julgada improcedente, mormente quando se demonstra que a n.º 8.906/94 não afronta nenhum dos princípios indicados, quais sejam o da legalidade, da impessoalidade e nem o da moralidade.

De fato, o princípio da legalidade, está delineado em José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, fls. 422, *verbis*: “(...) a palavra lei, para a realização plena do princípio da legalidade, se aplica em rigor técnico, à lei formal, isto é, ao ato legislativo emanado dos órgãos de representação popular elaborado de conformidade com o processo legislativo previsto na Constituição (arts. 59 a 69)”. Ora, como se vê o ato aqui

impugnado trata-se de lei em seu sentido técnico e formal, inexistindo qualquer vício quanto à sua elaboração.

O referido Mestre aduz, *in op. Cit.*, fl. 645, que “(...) o princípio da finalidade administrativa, que não foi referido no art. 37, porque, certamente, o legislador constituinte entendeu como um aspecto da legalidade. De fato o é na medida em que o ato administrativo só é válido quando atende o seu fim legal, ou seja, o fim submetido à lei”. “(...) a finalidade é inafastável do interesse público, de sorte que o administrador tem que praticar o ato com finalidade pública, sob pena do desvio de finalidade (...)”.

Portanto, o que se verifica importante sopesar no presente caso não é afronta ao princípio da legalidade, porque não existe nem de longe qualquer afronta a esse princípio. Mas sim a finalidade e o interesse público da lei, consubstanciados no interesse de converter aqueles servidores da OAB sujeitos ao regime da Lei n.º 8.112/90, no regime de trabalho regido pela CLT.

Observa-se, assim, que tais servidores, à época da promulgação da lei, não eram obrigados a aceitarem a conversão do seu regime de trabalho. Se lhes foi oferecido alguma compensação para que optassem, deveu-se à mera conveniência do interesse público. Nesse sentido é importante observar que os servidores públicos da União e Estados, quando tiveram o seu regime de trabalho alterado de celetista para estatutários, por ocasião da implementação da lei n.º 8.112/90, todos puderam sacar seu FGTS, que foi uma compensação. Ainda exemplificando, observa-se que jamais se demonstrou qualquer ilegalidade nos planos de demissão incentivada colocados em prática em diversas empresas públicas, e no próprio serviço público. Ali também eram oferecidas compensações para que

os interessados optassem pela proposta do Governo, sem que se demonstrasse qualquer afronta aos princípios constitucionais que ora se aponta, porque tais programas se tratavam de mera supremacia do interesse público.

No que tange ao requisito do concurso público, também não se vislumbra nenhuma irregularidade, conforme esclarece Hely Lopes Meirelles, quando afirma que a lei criadora confere regalias para o pleno desempenho de suas finalidades específicas, como as características próprias de organização, direção, operacionalidade e gestão de seus bens e serviços. (fl. 305).

Dessa forma, perscrutando o aspecto da afronta à impessoalidade, o intérprete precisa ver a lei dentro do seu aspecto teleológico para que se verifique que não existe aí qualquer afronta a esse princípio.

Ainda é o mestre José Afonso da Silva, *in, op. cit.*, fls. 645 quem explica que *“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”*.

Do mesmo modo, Mateus Eduardo Siqueira, em *Princípios de Direito Administrativo Brasileiro*, ed. Melhoramentos, fl. 99, afirma que *“existem interpretações divergentes entre os mais preciosos doutrinadores brasileiros, que emprestam distintos conteúdos ao princípio. Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que a impessoalidade ora é vista como o princípio da finalidade, quando analisada pelo prisma do administrado, ora é considerada*

com outro conteúdo, quando vista pelo prisma da Administração Pública – ou seja: os atos da Administração devem ser reputados a esta e não à pessoa física do agente público, o que significa que através desse princípio a atuação administrativa seria institucionalizada e, portanto, não-personificada. Há ainda uma terceira posição, que vê no princípio da impessoalidade o princípio da igualdade.”

Dessa forma, **não há como ser encontrado na lei nenhuma afronta ao princípio da impessoalidade** tendo em vista as lições dos mestres, acima transcritas, terem demonstrado que não é o presente caso. Todavia, convém demonstrar ainda que nem há afronta ao princípio da moralidade, como afirmado na peça inicial, porque a lei tem uma finalidade pública.

Hely Lopes Meirelles, quando faz considerações sobre a moralidade administrativa, destaca que *“a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do ‘bom administrador’, que, no dizer autorizado de Franco Sobrinho, “é aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum”. Há que conhecer, assim, as fronteiras do lícito e do ilícito, do justo e do injusto, nos seus efeitos. E explica o mesmo autor: “Quando usamos da expressão nos seus efeitos, é para admitir a lei como regra comum e medida ajustada. Falando, contudo, de boa administração, referimo-nos subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador.” O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí por que o TJSP decidiu, com inegável acerto, que “o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou*

legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo”.

Diante das lições acima expostas, exsurge incabível a alegação de afronta ao princípio da moralidade administrativa, merecendo a presente ação ser indeferida.

São estas as informações a serem prestadas na ADIn n.º 3.026, proposta pelo i. Procurador-Geral da República.

Brasília, 18 de novembro de 2003

JOSÉ EXPEDITO DE ANDRADE FONTES

OAB/DF 11.725 – matr 5531

Aprovo. Encaminhe-se ao Senhor Presidente do Congresso Nacional como sugestão destinada ao atendimento da solicitação contida no Ofício n.º 3753/R, de 07 de novembro de 2003, do Ministro Nelson Jobim, Relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3026.

Brasília, 18 de novembro de 2003.

ALBERTO CASCAIS

Advogado-Geral