XLIV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal

MATA DE SÃO JOÃO/BA – 2018

LIVRO DE TESES

Organização: Raimundo Luiz de Andrade

APEB
Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

LIVRO DE TESES

XLIV CONGRESSO NACIONAL DOS PROCURADORES DOS ESTADOS E DO DISTRITO FEDERAL

MATA DE SÃO JOÃO-BA – 2018

Organizador: Raimundo Luiz de Andrade

APEB
Associação dos Procuradores do Estado da Bahia

Salvador/BA – 2019

APEB ©2019 Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610/98

ASSOCIAÇÃO DOS PROCURADORES DO ESTADO DA BAHIA

Presidente
Cristiane Santana Guimarães

Organização
Raimundo Luiz de Andrade

Coordenação Editorial
Analice Passos Costa Gramacho

Projeto gráfico e editoração
Lino Greenhalgh

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A553 Andrade, Raimundo Luiz de.

Livro de Teses / Raimundo Luiz de Andrade. (Org.). Salvador, BA: Associação dos Procuradores do Estado da Bahia (APEB), 2019.

596 p. ; 17,5x25 cm.

Material extraído do XLIV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal. Mata de São João, BA, 2018.

ISBN: 978-65-81076-00-9

1. Direito. 2. Políticas Públicas. 3. Gestão Pública. 4. Administração Pública. 5. Reforma Tributária. 6. Direito – Tecnologia. 7. Meio Ambiente – Sustentabilidade. 8. Direito – Procuradores. I. Título.

CDD 340

Ficha Catalográfica elaborada por Terezinha Lima Santos CRB-5/1393

Rua Alceu Amoroso Lima, nº 470, Cond. Ed. Empresarial Niemeyer,
salas 212/213, Caminho das Árvores, Salvador-BACEP: 41.820-770

(71) 3341 0062/6969 — apeb@apeb.org.br — www.apeb.org.br

SUMÁRIO

08 PREFÁCIO
Telmo Lemos Filho

10 APRESENTAÇÃO
Cristiane Santana Guimarães

11 INTRODUÇÃO
Raimundo Luiz de Andrade

DIREITO ADMINISTRATIVO

18 LEI Nº 13.655/18: ANÁLISE DOS ARTS. 20 A 30 DA LINDB E PRIMEIRAS IMPRESSÕES DE SUA UTILIZAÇÃO NA CONFORMAÇÃO DAS ATUAÇÕES DOS DIFERENTES ÓRGÃOS DE CONTROLE
Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar

40 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 189, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 10.098/94 PELAS DEMAIS UNIDADES FEDERATIVAS, À LUZ DO ARTIGO 22 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/42 – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, VISANDO UM DIREITO DISCIPLINAR MAIS JUSTO
Carolina Oliveira de Lima | Suzana Fortes de Castro Rauter

56 CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES NEGOCIADAS: ALTERNATIVAS À AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EM FACE DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS POR PARTICULARES
Nilton Carlos de Almeida Coutinho

72 *DISPUTE BOARDS* E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A UTILIZAÇÃO DOS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS
Anna Carolina Migueis Pereira

96 MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA E ADVOCACIA PÚBLICA
Renata Fabiana Santos Silva

106 MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL PARA AS REDES PÚBLICAS COLABORATIVAS E A PARTICIPAÇÃO ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS
Ailton Cardozo da Silva Júnior | Ivana Pirajá Luckesi

135 O FUNCIONAMENTO DAS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADVOCACIA PÚBLICA
Elisa Berton Eidt

148 O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: O CHAMAMENTO PÚBLICO E A DISPENSA COM FUNDAMENTO NO ART. 30, VI, DA LEI N. 13.019/2014
Ludmila Santos Russi Lacerda | Vanessa de Mesquita e Sá

178 BENS PÚBLICOS E CEDÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS – A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO ACRE COM A ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DOMINICAIS, SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO.
Daniela Marques Correia de Carvalho

196 OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE) E O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO
Cláudio Cairo Gonçalves

219 TRABALHO TÉCNICO: CONTESTAÇÃO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0900174-42.2018.8.24.0023
Célia Iraci da Cunha

DIREITO AMBIENTAL

248 A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS EM HIPÓTESES DE CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL
Marcel Silva Gladulich | João Marcelo Gaio Souza

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL TRABALHISTA

273 A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO TRABALHISTA NA REFORMA TRABALHISTA E AS POSSIBILIDADES DE SUA IMPLEMENTAÇÃO AO EMPREGADO PÚBLICO
Lucas Pessôa Moreira

DIREITO CONSTITUCIONAL

187 APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA QUANTO À OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N°33 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Mariana Miranda Moreira

304 ASPECTOS JURÍDICOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA - MATERNIDADE EM CASOS DE "BARRIGA DE ALUGUEL"
Breno Porto Pereira

327 E-GOVERNO, E-DEMOCRACIA E DESIGUALDADE DE ACESSO À INTERNET NO BRASIL
Alexandre Felix Gross

342 IDENTIFICANDO OS INCENTIVOS À RESOLUÇÃO CONSENSUAL E EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS EM SAÚDE: O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA ENTRE PERSPECTIVAS E DESAFIOS
Victor Aguiar de Carvalho

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

362 ACORDO EXTRAJUDICIAL DE DANOS NA PGE SÃO PAULO
Cláudio Henrique de Oliveira

384 O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E CONTRADITÓRIO NO MS: A APLICAÇÃO DOS ARTS. 338 E 339 DO CPC/15 NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO MS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS PROCESSUAIS
Thiago Vasconcellos Jesus

397 O STJ, A LÓGICA E O TETO UNIFICADO PARA OS HONORÁRIOS NOS EMBARGOS E NA EXECUÇÃO FISCAL
Guilherme Jales Sokal

426 PREQUESTIONAMENTO NA PRÁTICA: BREVES CONSIDERAÇÕES PARA APERFEIÇOAR A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E PROMOVER O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL
Ana Carolina de Carvalho Neves

DIREITO TRIBUTÁRIO

447 CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA
Max Möller

467 DA MATRIOSKA À OSKA EM BUSCA DA JUSTIFICAÇÃO: A JURIDICIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E DE REALIZAÇÃO DA CIDADANIA ADMINISTRATIVA
Cristiane Santana Guimarães

489 FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL E ICMS EDUCACIONAL: MODELOS DOS ESTADOS DE MINAS GERAIS E CEARÁ, IMPACTOS E PROPOSTAS
Caio Gama Mascarenhas

513 LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONSENSO EM ÂMBITO TRIBUTÁRIO
Júlio César Xavier

532 O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO ESTABELECIDO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O NOVO REGIME FISCAL INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 – A TENSÃO ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES FOI MITIGADA?
Melissa Guimarães Castello

555 OPORTUNIDADE DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FAVOR DOS ESTADOS: A REVISÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PASEP E A RECUPERAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR A ESTE TÍTULO
Henrique Rocha Fraga

570 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO TRIBUTÁRIO
Juliana dos Reis Santos

PREFÁCIO

O Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal constitui-se no mais tradicional e longevo evento promovido pelas carreiras jurídicas brasileiras. A cada ano, com sedes espalhadas pelo nosso Brasil continental, a Advocacia Pública Estadual reúne-se e debate, com profundidade e rigor técnico, os temas presentes no cotidiano de sua atuação. Assim ocorre desde 1969, quando colegas desbravadores, pela vez primeira, promoveram o evento na cidade de São Paulo.

A Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE desde a sua constituição, nos idos de 1983, trouxe a si o compromisso com a realização do conclave, fazendo, sempre em parceria com a associação local de sede, o encontro em periodicidade anual. Desta forma, cumpre a sua missão estatutária de "congregar os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, promovendo sua união, o conhecimento mútuo e a formação do espírito de Classe e consciência nacional", e de "O Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal será realizado em parceria com a associação estadual da respectiva sede, que atuará em conjunto com a ANAPE na obtenção de patrocínios e na organização do evento, nos termos de Regulamento próprio", previstas no artigo 3º, II e § 1º, do Estatuto Social.

No ano de 2018, na boa terra baiana e com a organização da sempre atuante Associação dos Procuradores do Estado da Bahia – APEB, foi realizado o XLIV Congresso Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, quando, atendendo as exigências impostas à Advocacia Pública Estadual, debateu-se, como tema central, o desenvolvimento e consensualidade, matérias que se constituem em fundamentais para o melhor atendimento da missão constitucional deferida a estes agentes públicos.

Em boa hora, e fruto da persistência da APEB, conduzida neste período pelos colegas Roberto Figueiredo e Cristiane Guimarães, é ofertado à comunidade jurídica, em especial aos congressistas, os anais do evento, com a publicização das 28 teses aprovadas com louvor. Este material científico constitui-se na expressão da produção intelectual dos Autores e na consolidação do compromisso dos Advogados Públicos Estaduais e do Distrito Federal com a prestação de excelência de seu compromisso com a organização institucional brasileira. A ANAPE, como entidade nacional de representação da classe, celebra este momento e renova o seu permanente comprometimento com os seus associados.

O atendimento das demandas sociais dos cidadãos passa, sempre, pela atuação destes profissionais que estão na origem de qualquer política pública implementada pelo gestor.

Ao apresentar a presente publicação, cabe desejar uma proveitosa leitura dos textos ora consolidados e trazidos à apreciação de mundo jurídico, reiterando que consubstanciam a produção intelectual de colegas preocupados com a melhor representação judicial e consultoria jurídica dos entes federados.

Boa leitura.
De Brasília para Salvador, setembro de 2019.

Telmo Lemos Filho,
Presidente da Associação Nacional dos
Procuradores dos Estados e do Distrito Federal - ANAPE

APRESENTAÇÃO

Temos a honra de apresentar a publicação da Consolidação dos Trabalhos aprovados com louvor e daquele que recebe a honraria maior da premiação a do Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no Congresso Nacional de Procuradores do Estado e DF, ocorrido na Bahia, em 2018.

O CNPE/2018 foi realizado no Hotel Tivoli, na Praia do Forte, sob os auspícios da ANAPE e APEB, esta ainda sob a batuta do ilustre Presidente, Roberto de Lima Figueiredo. O CNPE 2018 recebeu 59 teses admitidas e aprovadas, sendo 28 com louvor, as quais compendiadas nesta obra, conformam a maior riqueza que as PGEs e Associações locais, reunidas, podem dispor, o singular Capital Intelectual de seus Procuradores, que, uma vez reunidos nestes Anais pode ser considerado o maior Capital Estrutural resultante do Congresso de Procuradores.

Além da relevância jurídica do temário não se olvida a qualidade técnica dos autores, a debruçarem-se sobre variadas temáticas do direito e, também, sobre aspectos intrínsecos às políticas públicas, às quais toda a advocacia pública se encontra envolvida desde a formulação à execução.

O 44º Congresso Nacional de Procuradores de Estado e DF representa a cada ano uma vibrante página na historiografia da Advocacia Pública diante da atualidade das teses abordadas e pela importância que este legado, indelevelmente, traz às próximas gerações de profissionais do Direito.

A Associação de Procuradores do Estado da Bahia – através de seus procuradores associados, orgulhosa em ter acolhido os colegas oriundos de outros Estados da Federação e por ter reunido neste conclave juristas da mais alta envergadura intelectual e que dentro da temática do Congresso, o Desenvolvimento e Consensualidade, uniram-se para instrumentalizar, no aporte do capital intelectual, estrutural e relacional a árdua missão de construir pontes para a concreção do Estado de Direito, Social e Democrático. Obrigado!

Cristiane Guimarães
Presidente

INTRODUÇÃO

Este repertório apresenta as publicações das teses aprovadas com louvor pelos procuradores de Estado e DF durante o XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal promovido pela Associação Nacional dos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal – ANAPE e pela Associação dos Procuradores do Estado da Bahia – APEB, realizado na Bahia, nos dias 19, 20 e 21 de setembro de 2018, evento científico, que já vai há quase meio século de exitosa experiência.

O referido evento, que teve como objetivo principal o debate de temas jurídicos ligados às atividades inerentes à advocacia pública e como temário geral **"Advocacia Pública: Consensualidade e Desenvolvimento**", contou com a participação de mais de 650 procuradores/congressistas.

Dentre as inúmeras atividades técnicas, científicas e sociais, o citado congresso possibilitou à apresentação de variados trabalhos técnicos na modalidade de artigo científico ou produção técnica.

Assim sendo, foram apresentados 59 (cinquenta e nove) trabalhos, que após submetidos ao exame de prévio de admissibilidade (1ª fase do processo seletivo), e após a fase de saneamento e abertura de prazos para correções de índole formais, foram todos aceitos e qualificados para a defesa pública no decorrer do referido congresso, que se constitui na 2ª fase avaliatória.

A distribuição dos trabalhos apresentados, considerando as unidades federativas dos procuradores tesistas, segue-se a seguinte ordem: **a)** Acre 02; b) Alagoas 01; c) Bahia 09; d) Espírito Santo 01; e) Goiás 01; f) Mato Grosso do Sul 03; g) Pará 02; h) Paraná 04; i) Rio de Janeiro 14; j) Rio Grande do Sul 13; l) Santa Catarina 02; São Paulo 06; e m) Sergipe 01. Total de 59 teses.

Quando classificamos os trabalhos científicos apresentados ao evento pelos seus conteúdos programáticos e temas centrais, obtém-se o seguinte resultado: a) Direito Administrativo 23; b) Direito Tributário e Financeiro 12; c) Direito Processual Civil 11; d) Direito Constitucional 08; e) Direito do Trabalho e Processual Trabalhista 03; e f) Direito Ambiental 02.

Após a fase inicial de verificação dos requisitos regimentais de admissibilidade, distribui-se os trabalhos a serem avaliados aos pareceristas indicados pelas respectivas associações de classe que integram a ANAPE, tomando-se o cuidado de não encaminhar aos avaliadores trabalhos que tivessem tesistas da mesma unidade da federação dos juízes, bem como se buscou a remessa de trabalhos

com temas adequados a área do direito de preferência e da expertise do avaliador, assinalando-se prazo máximo para a prolação dos pareceres avaliatórios.

Após, recepcionados todos os pareceres avaliativos das teses, providenciou-se a composição das mesas temárias a serem encarregadas de procederem com a última fase de avaliação, ou seja, a defesa pública das teses durante o congresso, a saber: **a) Direito administrativo; b) Direito tributário e financeiro; c) Direito processual civil; d) Direito constitucional e) Direito do trabalho e processual trabalhista; e f)Direito ambiental,** donde, durante o congresso foi possível a defesa pública das citadas teses, para afinal, cada mesa temática avaliadora, após manifestação da assistência/congressistas, propugnar pela **aprovação, aprovação com louvor, aprovação com ressalvas ou rejeição.**

Vale aduzir, que para que cada tese fosse APROVADA **COM LOUVOR**, segundo previsão do regimento do congresso, dever-se-ia ser observado pelas bancas mais dois outros os requisitos: **i. Inovação na abordagem do tema; ii. Proposições de medidas relevantes interesse público.**

Portanto, dos 59 trabalhos habilitados a defesa pública durante o congresso, alcançamos o seguinte resultado final: **I. TESES APROVADAS SIMPLES – 28; II. TESES APROVADAS COM LOUVOR – 28 TESES; III. TESE APROVADA COM RESSALVAS – 01; IV. TESES COM DEFESAS PREJUDICAS – 02. TOTAL DE TESES – 59.**

Destarte, a presente publicação traduz a divulgação das 28 teses aprovadas com louvor. De ressaltar, que dentre os trabalhos aprovados com louvor nas comissões temárias, e que ora se publica, a comissão científica do evento sugeriu ao conselho deliberativo da ANAPE, no que foi aprovada, por unanimidade, e ratificada pela plenária final do congresso, que fosse atribuído o prêmio Diogo de Figueiredo à tese com o título **" Lei n.º 13.655/2018: Análise dos art.s 20 a 30 da LINDB e primeiras impressões de sua utilização na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle"**, de autoria do procurador da PGE/RJ, Dr. Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar, posto que efetivamente o referido trabalho, nos termos do regimento do congresso, apresentou contribuições para o fortalecimento da carreira e a defesa das prerrogativas de procuradores de Estado e do DF, bem como apresentou sugestões para o desenvolvimento da organização e eficiência das procuradorias gerais das unidades federativas, nos termos do Art. 24, do Regimento do Congresso, a saber:

Nº	TÍTULO DO TRABALHO APRESENTADO	AUTOR(ES) DO TRABALHO	TEMÁTICA	RESULTADO
1	LEI Nº 13.655/18: ANÁLISE DOS ARTS. 20 A 30 DA LINDB E PRIMEIRAS IMPRESSÕES DE SUA UTILIZAÇÃO NA CONFORMAÇÃO DAS ATUAÇÕES DOS DIFERENTES ÓRGÃOS DE CONTROLE	Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar – PGE/RJ	Direito Administrativo	Aprovada com louvor e ganhadora do Prêmio Diogo Figueiredo

2	A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 189, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 10.098/94 PELAS DEMAIS UNIDADES FEDERATIVAS, À LUZ DO ARTIGO 22 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/42 – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, VISANDO UM DIREITO DISCIPLINAR MAIS JUSTO	Suzana Fortes de Castro Rauter, Carolina Oliveira de Lima – PGE/RS	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
3	CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES NEGOCIADAS: ALTERNATIVAS À AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EM FACE DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS POR PARTICULARES	Nilton Carlos de Almeida Coutinho – PGE/SP	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
4	DISPUTE BOARDS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A UTILIZAÇÃO DOS DISPUTE BOARDS COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	Anna Carolina Migueis Pereira – PGE/RJ	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
5	MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA E ADVOCACIA PÚBLICA	Renata Fabiana Santos Silva – PGE/BA	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
6	MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL PARA AS REDES PÚBLICAS COLABORATIVAS E A PARTICIPAÇÃO ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS	Ailton Cardozo da Silva Júnior, Ivana Pirajá Luckesi – PGE/BA	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
7	O FUNCIONAMENTO DAS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADVOCACIA PÚBLICA	Elisa Berton Eidt – PGE/RS	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
8	O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: O CHAMAMENTO PÚBLICO E A DISPENSA COM FUNDAMENTO NO ART. 30, VI, DA LEI N. 13.019/2014	Ludmila Santos Russi Lacerda, Vanessa de Mesquita e Sá – PGE/MS	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
9	BENS PÚBLICOS E CEDÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS – A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO ACRE COM A ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DOMINICAIS, SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO	Daniela Marques Correia de Carvalho – PGE/AC	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
10	OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE) E O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO	Cláudio Cairo Gonçalves PGE/BA	Direito Administrativo	Aprovada com louvor
11	TRABALHO TÉCNICO: CONTESTAÇÃO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0900174-42.2018.8.24.0023	Célia Iraci da Cunha – PGE/SC	Direito Administrativo	Aprovada com louvor

12	A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS EM HIPÓTESES DE CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL	Marcel Silva Gladulich, João Marcelo Gaio Souza PGE/RJ	Direito Ambiental	Aprovada com louvor
13	A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO TRABALHISTA NA REFORMA TRABALHISTA E AS POSSIBILIDADES DE SUA IMPLEMENTAÇÃO AO EMPREGADO PÚBLICO	Lucas Pessoa Moreira – PGE/SP	Direito do Trabalho e Processual Trabalhista	Aprovada com louvor
14	APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA NA OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N° 33 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	Mariana Miranda Moreira – PGE/BA	Direito Constitucional	Aprovada com louvor
15	ASPECTOS JURÍDICOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA-MATERNIDADE EM CASOS DE "BARRIGA DE ALUGUEL"	Breno Porto Pereira – PGE/RS	Direito Constitucional	Aprovada com louvor
16	E-GOVERNO, E-DEMOCRACIA E DESIGUALDADE DE ACESSO À INTERNET NO BRASIL	Alexandre Felix Gross – PGE/GO	Direito Constitucional	Aprovada com louvor
17	IDENTIFICANDO OS INCENTIVOS À RESOLUÇÃO CONSENSUAL E EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS EM SAÚDE: O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA ENTRE PERSPECTIVAS E DESAFIOS	Victor Aguiar de Carvalho – PGE/RJ	Direito Constitucional	Aprovada com louvor
18	ACORDO EXTRAJUDICIAL DE DANOS NA PGE SÃO PAULO	Claudio Henrique de Oliveira – PGE/SP	Direito Processual Civil	Aprovada com louvor
19	O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E CONTRADITÓRIO NO MS: A APLICAÇÃO DOS ARTS. 338 E 339 DO CPC/15 NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO MS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS PROCESSUAIS	Thiago Vasconcellos Jesus – PGE/PA	Direito Processual Civil	Aprovada com louvor
20	O STJ, A LÓGICA E O TETO UNIFICADO PARA OS HONORÁRIOS NOS EMBARGOS E NA EXECUÇÃO FISCAL	Guilherme Jales Sokal – PGE/RJ	Direito Processual Civil	Aprovada com louvor
21	PREQUESTIONAMENTO NA PRÁTICA: BREVES CONSIDERAÇÕES PARA APERFEIÇOAR A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E PROMOVER O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL	Ana Carolina de Carvalho Neves – PGE/BA	Direito Processual Civil	Aprovada com louvor
22	CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	Max Möller – PGE/RS	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor

23	DA MATRIOSKA À OSKA EM BUSCA DA JUSTIFICAÇÃO: A JURIDICIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E DE REALIZAÇÃO DA CIDADANIA ADMINISTRATIVA	Cristiane Santana Guimarães – PGE/BA	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor
24	FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL E ICMS EDUCACIONAL: IMPACTOS NOS ESTADOS DE MINAS GERAIS E CEARÁ E PROPOSTAS	Caio Gama Mascarenhas PGE/MS	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor
25	LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONSENSO EM ÂMBITO TRIBUTÁRIO	Julio Cesar Xavier PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – PGE/RS	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor
26	O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO ESTABELECIDO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O NOVO REGIME FISCAL INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 – A TENSÃO ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES FOI MITIGADA?	Melissa Guimarães Castello – PGE/RS	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor
27	OPORTUNIDADE DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FAVOR DOS ESTADOS: A REVISÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PASEP E A RECUPERAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR A ESTE TÍTULO	Henrique Rocha Fraga PGE/ES	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor
28	OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO TRIBUTÁRIO	Juliana dos Reis Santos PGE/RS	Direito Tributário e Financeiro	Aprovada com louvor

Em conclusão, além da notável qualidade dos trabalhos jurídicos apresentados durante todo o evento, o que poderá ser inferido da leitura atenta desta obra, espera-se, que o instigante e prazeroso labor que nos coube dirigir e aqui detalhar, possa servir e contribuir para a sistematização, dentre as teses aprovadas com louvor no congresso, àquelas que demandam ações posteriores ao evento e que possam demandarem ações jurídicas, administrativas e/ou políticas, tais como proposituras de propostas legislativas a serem encaminhadas aos órgãos legitimados para tanto, encaminhamento de proposições ao Colégio

de Procuradores Gerais dos Estados e do DF, divulgação de resultados obtidos, para que afinal , propiciem a ampla discussão entre os advogados públicos, gestores públicos e autoridades, bem como a cidadania em geral e a repercussão da produção científica do XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal em sua prática laboral e no exercício dos seus direitos e na formulação e execução de políticas públicas.

Salvador 07 setembro de 2019.

Raimundo Luiz de Andrade
Diretor Executivo da Comissão Científica do
XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do
Distrito Federal e organizador da presente obra.

DIREITO ADMINISTRATIVO

LEI Nº 13.655/18: ANÁLISE DOS ARTS. 20 A 30 DA LINDB E PRIMEIRAS IMPRESSÕES DE SUA UTILIZAÇÃO NA CONFORMAÇÃO DAS ATUAÇÕES DOS DIFERENTES ÓRGÃOS DE CONTROLE

Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar [1]

RESUMO

O presente trabalho tem o objetivo de analisar os dispositivos acrescentados à LINDB pela Lei nº 13.655/18 e, posicionando-se sobre as alterações trazidas pelo mencionado diploma legal, tratar das primeiras impressões sobre a utilização dos mencionados dispositivos na conformação das atuações dos diferentes órgãos de controle da Administração Pública, considerando as esferas administrativa, controladora e judicial.

1. INTRODUÇÃO

Após muita controvérsia, em 26 de abril de 2018 foi publicada a Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB para acrescentar a esta dez artigos que tratam, em resumo, da interpretação de normas de Direito Público.

A polêmica instaurada, sobretudo quando de seu envio à Presidência da República para sanção ou veto, foi fruto de uma polarização do debate sobre o verdadeiro desiderato do diploma normativo.

Associações de magistrados, o Ministério Público Federal e o Tribunal de Contas da União expediram manifestações no sentido do necessário veto integral ao texto do projeto de lei. Entre os argumentos utilizados para embasar este posicionamento, destacam-se os seguintes: *(i)* modificação da competência para tratar de políticas públicas: do gestor público para os órgãos de controle; *(ii)* usurpação de competências do Tribunal de Contas e do Ministério Público como órgãos controladores; *(iii)* utilização de termos muito vagos pelo projeto de lei, como *"interesses gerais"* e *"relevante interesse geral"*; e *(iv)* suposto casuísmo que o projeto de lei permitiria ao administrador para resolver questões administrativas, o que poderia causar quebra de isonomia entre os administrados.[2]

---

1 Guilherme Salgueiro Pacheco de Aguiar, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, teve sua tese escolhida para receber o Prêmio Diogo de Figueiredo Moreira Neto, distinção conferida pela ANAPE durante o 44° Congresso Nacional de Procuradores. O prêmio é entregue a Procuradores de Estado que elaboram trabalhos jurídicos, de notória qualidade técnica, com o objetivo de aprimoramento institucional, desenvolvimento e consolidação da carreira. Desde que foi instituído, essa foi a primeira vez que um Procurador do Rio de Janeiro recebeu o prêmio. E-mail: salgueiropge@gmail.com.

2 Confira-se algumas das manifestações contrárias à sanção do PL nº 7.448/17 em: <http://

Por outro lado, não foram poucos os juristas que se posicionaram a favor da sanção integral do texto do projeto de lei, destacando estes que o diploma que visava alterar a LINDB tinha como objetivo instrumental apenas o de elevar os níveis de segurança jurídica e eficiência dos atos de controle da Administração Pública. Isso se daria a partir da melhoria da qualidade decisória pública no Brasil, tudo com o desiderato final de atrair novos investimentos do setor privado e permitir o desemperramento da máquina pública, através da geração de uma maior tranquilidade aos gestores públicos quando da prática de atos e ao firmar pactos administrativos mais arrojados.[3]

Mesmo diante das mencionadas polêmicas, o PL nº 7.448/17 acabou sendo sancionado pela Presidência da República quase integralmente, havendo a aposição de vetos somente a poucos dispositivos do mesmo.

Dessa forma, este trabalho tem o desiderato de fazer breve análise dos artigos acrescentados à Lei nº 13.655/18, exame este que será feito a cada dispositivo separadamente. Além disso, pretende-se tecer breves comentários sobre o que se pode esperar de modificação no cenário jurídico público nacional com o advento do novel diploma, bem como demonstrar a existência de empecilhos que podem acabar por minar sua hígida aplicação.

2. ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS DA LEI Nº 13.655/18 – ARTS. 20 A 30 DA LINDB

A Lei nº 13.655/18 acrescentou à LINDB os arts. 20 a 30. São dez novos artigos, tendo em vista que o art. 25 foi integralmente vetado. Como dito, a seguir será realizada breve análise destes novos dispositivos legais, um a um, fazendo-se, ainda, comentários sobre os dispositivos vetados.

> *Art. 20 - Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.*
>
> *Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.*

Este dispositivo, que inaugura a parte da LINDB a tratar de interpretação de Direito Público, sem dúvida foi um dos mais polêmicos. Ele determina que as decisões a serem proferida nas esferas administrativa (controle interno), controladora (com destaque ao Ministério Público e Tribunais de Contas) e judicial,

---

www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018; e <https://www.oantagonista.com/brasil/tcu-apresenta-novo-parecer-contra-pl-da-impunidade/>. Acesso em 04 jul. 2018.

3 Confira-se o parecer de juristas a favor das alterações na LINDB em: <http://antonioanastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018.

quando embasadas em valores jurídicos abstratos, devem levar em consideração suas consequências práticas.

Trata-se, portanto, de dispositivo que busca gerar uma maior *"responsabilidade decisória estatal"*[4], evitando, dessa forma, a prolação de decisões públicas que, fazendo referência retórica a valores jurídico abstratos[5], descolam-se da realidade de tal forma que acabam por descuidar-se de seus efeitos no mundo concreto.

Uma crítica feita a este dispositivo é no sentido de que o art. 20 incorporaria, indevidamente e de maneira indisfarçável, o consequencialismo[6] no ordenamento jurídico nacional. Trata-se de crítica que não merece acolhimento por dois motivos.

Em primeiro lugar, o que o dispositivo determina é que as consequências práticas da decisão *"sejam consideradas"*. Isto é, o dispositivo não obriga que os órgãos de controle sempre decidam por aquela solução que traga menos efeitos negativos à Administração ou aos administrados, mas que, ao decidir, seja levado em conta, de maneira fundamentada, os efeitos de sua decisão.

Além disso, o dispositivo tem aplicabilidade aos casos nos quais as instâncias administrativa, controladora e judicial decidem *"com base em valores jurídicos abstratos"*. Nestes casos, em razão da menor densidade do dispositivo legal que fulcra a decisão (em geral, princípios jurídicos ou normas que apresentam conceitos jurídicos indeterminados), a atividade criativa do hermeneuta para demonstrar a subsunção do dispositivo à situação em concreto é maior, de modo que não há uma clara e irrefutável relação de subsunção. Nestes casos, portanto, em função de uma atividade criativa maior do prolator da decisão, é que o art. 20 requer deste que sejam considerados os efeitos práticos do *decisum*.[7]

No caso de aplicação de regras com densidade jurídica maior, ou seja, com o indicativo mais pormenorizado da conduta almejada pelo administrador ou pelo administrado, não parece ser cabível, pois, a invocação deste dispositivo. Ou seja, decisões que tenham como fulcro normas advindas de dispositivos com a estrutura de regras com o conteúdo bem densificado não teriam que fazer a

---

4 Trata-se de expressão utilizada no parecer mencionado na nota de rodapé nº 3.

5 Vladimir Passos de Freitas define *"valores jurídicos abstratos"* como *"conceitos genéricos não ligados ao caso concreto, que poderiam justificar tudo a qualquer tempo, sem relação com a realidade fática"*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em 04 jul. 2018. Este articulista entende, contudo, que não se tratam de conceitos que não possuam qualquer relação com a realidade fática, mas sim cujo liame jurídico à situação de fato não decorre de sua interpretação necessária, carecendo, pois, de atividade mais criativa do intérprete jurídico.

6 Explicando o consequencialismo jurídico e tratando de sua aplicação quando da modulação de efeitos de decisões judiciais, confira-se a opinião de Caio Malpighi. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/consequencialismo-juridico-e-modulacao-dos-efeitos-11072017>. Acesso em 27 jul. 2018

7 Neste sentido, veja-se Fernando Facury Scaff, em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em 04 jul. 2018.

análise de efeitos determinada pelo art. 20, posto que este exame seria para os casos nos quais a aplicação de valores jurídicos abstratos guiam a decisão. No caso de regras com conteúdo mais denso, parece claro que o legislador, ao editá-las prevendo sua aplicação justamente para uma situação específica, já fez de antemão a verificação dos efeitos práticos da aplicação do dispositivo, de modo que o aplicador da regra não necessitaria revisitar esse ponto.[8]

O parágrafo único do art. 20, por sua vez, afirma que a motivação da decisão (considerando seus efeitos práticos), deverá demonstrar sua necessidade e adequação, *"inclusive em face das possíveis alternativas"*.

Quanto à obrigação de demonstrar a necessidade e a adequação da solução adotada pela decisão, trata-se de algo que já é (ou deveria ser) feito quando da aplicação de valores jurídicos abstratos por órgãos de controladoria. A necessidade e a adequação são subprincípios do princípio da proporcionalidade, de forma que o próprio mecanismo decisório, quando há o conflito de princípios jurídicos, determina sua utilização.

Por sua vez, a necessidade de fundamentadamente demonstrar que a solução adotada pela decisão é a recomendável, em face de outras alternativas, foi questão mais polêmica e alvo de críticas por parte de magistrados e membros do Ministério Público. Estes afirmavam que o mencionado dispositivo legal teria o condão de transferir a eles a responsabilidade por, após a análise de todas as alternativas possíveis, decidir qual opção decisória deveria ser tomada, opção esta que deveria caber ao gestor público. Nada obstante, tal crítica não procede.

O que o parágrafo único do art. 20 determina é que, ao proferir a decisão, o seu prolator fundamente a solução adotada em relação às demais soluções aventadas nos autos do processo de controle no bojo do qual está sendo proferida a decisão. Não determina, portanto, que, a título de exemplo, um juiz, ao proferir decisão nos autos de uma ação civil pública, busque – no mundo dos fatos – todas as alternativas cabíveis para a solução do problema para, refutando-as, uma a uma, conclua pela higidez da solução tomada. O que o dispositivo requer do prolator da decisão é que este analise a viabilidade das soluções alternativas levadas ao conhecimento do órgão julgador através da manifestação dos interessados no processo, como o Ministério Público e a Advocacia Pública. Trata-se, portanto, o art. 20 de mera exigência no sentido que o prolator da decisão pública considere as soluções alternativas careadas nos autos do processo.

8 Maceno Lisboa demonstra preocupação com o novo art. 20 da LINDB, indicando, exemplificativamente, a possibilidade de o mesmo gerar a não aplicação por órgãos de controle dos princípios da legalidade e da anterioridade tributária, quando em jogo questão importante ao Fisco. Confira-se em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/maceno-lisboa-novas-alteracoes-lindb-direito-tributario>. Acesso em 04 jul. 2018. Nada obstante, acredita-se que tal preocupação não merece prosperar, uma vez que, sendo a legalidade e, principalmente, a anterioridade tributária, na verdade, regras – e não princípios -, não seria possível a aplicação do mencionado art. 20 a casos que discutem sua aplicabilidade.

> *Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.*
>
> *Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.*

O art. 21 da LINDB funciona como complemento do artigo anterior, de modo que, se no art. 20 é determinado que o prolator da decisão leve em consideração os efeitos práticos deste *decisum*, no presente dispositivo há ordem no sentido de que, quando da prolação da decisão, seja deixado de forma bem clara quais são seus efeitos.

Assim, por exemplo, não caberia a um juiz apenas declarar, no bojo de um processo judicial, que determinado contrato administrativo é nulo, sem apresentar maiores considerações sobre o reconhecimento de tal nulidade. Afinal, a nulidade não é algo cujo reconhecimento se encerra em si mesma, sendo necessário perquirir sobre os efeitos dessa nulidade no agir da Administração Pública. Como ficam as prestações realizadas pelo particular ainda não pagas pela Administração Pública? Sendo reconhecida a nulidade de um contrato firmado para a prestação de serviço essencial, pode ser feita nova contratação de forma emergencial?

Dessa forma, reconhecendo o prolator de decisão, nas esferas administrativa, controladora e judicial, que determinado ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa é nulo, é certo que a decisão também deverá indicar os efeitos secundários de tal nulidade.

O parágrafo único do art. 21 prevê, nesta linha, a indicação das condições para que a regularização da situação, abalada com a decretação da nulidade, se dê de forma proporcional e sem prejuízo da coletividade ou com perdas anormais ou excessivas aos sujeitos envolvidos. Trata-se, uma vez mais, de orientação ao órgão decisório no sentido de que este considere o mundo real para proferir decisões.

Pensemos, por exemplo, numa decisão do Tribunal de Contas que, ao reconhecer a nulidade de um convênio firmado com uma instituição do 3º Setor, determine a paralisação da realização de pagamentos a esta por parte da Administração Pública e o encerramento imediato da prestação do serviço objeto do convênio. É possível que a entidade conveniada, já prevendo o ingresso de valores a serem pagos pela Administração Pública, tenha realizado a compra de diversos insumos necessários à prestação do serviço, de modo que a repen-

tina paralisação de pagamentos pode lhe gerar prejuízo excessivo. Da mesma forma, é possível que – sendo este serviço prestado quase que exclusivamente por meio da referida instituição -, haja, de uma hora para a outra, a falta de tal prestação à coletividade.

Em casos como este, antevendo o prolator da decisão pela nulidade os efeitos deste ato decisório, deve cuidar que a transição, no sentido da regularização, se dê de forma gradual, preservando-se os interesses envolvidos e impedindo que a entidade conveniada seja, na prática, condenada à insolvência ou que à coletividade tenha prejuízo com a ausência da prestação do serviço.

> *Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.*
>
> *§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.*
>
> *§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.*
>
> *§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.*

O art. 22 da LINDB prevê que a interpretação de normas sobre gestão pública tem que levar em conta dois fatores: *(i)* as possibilidades de atuação do gestor público; e *(ii)* as exigências das políticas públicas a cargo do gestor público.

Trata-se, dessa maneira, de dispositivo que determina ao prolator de decisão de controle, que leve em consideração a situação fática do gestor no tocante ao cumprimento de determinado dever. Este comando tem aplicação tanto para os casos nos quais há a prolação de ordem no sentido de que seja feito algo pelo gestor (1º momento) quanto para os casos nos quais, prolatada ordem no sentido de que algo seja feito, o gestor não consegue dar cumprimento ao mandamento do órgão controlador (2º momento).

Quanto aos *"obstáculos"* e *"dificuldades reais"* do gestor público, podemos enquadrar empecilhos tanto de natureza fática quanto jurídica.

Os empecilhos de natureza fática aptos a impedir o cumprimento da decisão pelo gestor público podem ser vários: ausência de verba pública, manifestação de órgão técnico no sentido da impossibilidade de cumprimento da decisão, necessidade da atuação de outro agente (muitas vezes de outra esfera federativa) como condição ao cumprimento da decisão pelo gestor, entre outros.

Já os empecilhos de ordem jurídica são encontrados em situações nas quais o gestor público não dispõe de instrumentos jurídicos aptos a entregar o cumprimento da decisão, ao menos nos exatos termos lançados por seu prolator. Pensemos, por exemplo, numa decisão judicial que determina a realização de obras públicas em vinte dias, mas expressamente determina que a contratação de empresa para realizá-la deve ser feita por procedimento licitatório, não permitindo, pois, a contratação de empresa através de procedimento fulcrado na dispensa de licitação em razão de situação emergencial.

Por sua vez, os parágrafos do art. 22 tecem considerações sobre a responsabilidade do gestor público. Destes, merece destaque o parágrafo 1º, que infere que as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a atuação do gestor público devem ser levadas em consideração na hora de aferir a regularidade de sua conduta. Este dispositivo menciona, ainda, que a validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa que tenha sido realizado ou gerado pelo gestor público também deve ter sua análise considerando a situação fática existente para seu agir. Trata-se de aplicação legislativa daquilo que Diogo de Figueiredo Moreira Neto chamou de *"princípio da realidade"*.[9]

O parágrafo 2º, por sua vez, além de determinar que a aplicação da sanção ao gestor público deva se dar de forma proporcional – considerando, ainda, o mandamento do parágrafo 1º -, *"consagra uma lógica de que a sanção administrativa não possui um caráter retributivo, mas, sim, instrumental. É dizer, tem por objetivo, antes, dissuadir e conformar a conduta do administrado e conformá-la a determinada pauta regulatória – uma das facetas de uma regulação responsiva, por assim dizer"*.[10]

Por fim, o parágrafo 3º, ao prever que *"*[a]*s sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato"*, busca evitar a desconsideração da aplicação de uma sanção pretérita quando da aplicação de nova sanção referente ao mesmo fato na mesma esfera de responsabilidade (administrativa, cível e criminal).

O art. 22, portanto, é dispositivo elogiável, tendo em vista que *"confere uma racionalidade pragmática à função punitiva estatal, interdita interpretações retrospectivas, quiméricas, descontextualizadas e extemporâneas"*.[11]

---

9 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 88-89.

10 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 27 jul. 2018.

11 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 27 jul. 2018.

> *Art. 23. A decisão administrativa, controladora ou judicial que estabelecer interpretação ou orientação nova sobre norma de conteúdo indeterminado, impondo novo dever ou novo condicionamento de direito, deverá prever regime de transição quando indispensável para que o novo dever ou condicionamento de direito seja cumprido de modo proporcional, equânime e eficiente e sem prejuízo aos interesses gerais.*
>
> *Parágrafo único. (VETADO).*[12]

Existem, no ordenamento jurídico, dispositivos legais com diferentes densidades normativas, a partir do grau de objetividade com que determinam a conduta a ser seguida. Aqueles que indicam mais objetivamente que conduta a ser implementada apresentam maior densidade normativa, ao passo que os dispositivos que indicam um valor jurídico a ser alcançado ou apresentam conceitos indeterminados possuem menor densidade normativa.

Ainda que seja possível a mudança de interpretação de dispositivos legais que têm maior densidade normativa, é certo que tal alteração se dá mais comumente em relação àqueles que detém menor densidade normativa, como princípios jurídicos ou regras com cláusulas abertas que, para serem preenchidas, necessitam da atuação mais criativa do hermeneuta jurídico.

O art. 23 da LINDB trata justamente dos casos nos quais decisão de órgão de controle dá nova interpretação ou orientação sobre norma de *"conteúdo indeterminado"*. Reconhecendo que esta espécie de norma está mais propensa ao câmbio hermenêutico, este dispositivo busca dar maior segurança jurídica àqueles que foram afetados por ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa embasados em interpretação ou orientação que era adotada por tais órgãos de controle. Demanda, assim, que a alteração hermenêutica considere um regime de transição, de modo a evitar desproporcional prejuízo a tais sujeitos.

Trata-se de dispositivo que, em atenção ao princípio da juridicidade (ou legalidade em sentido amplo), permite que situações anteriormente aceitas pelos órgãos de controle, e que passaram a ser reputadas como antijurídicas pelos mesmos, sejam regularizadas através de regime de transição que permita ao administrado ter as condições e o tempo necessários para adequar-se à nova interpretação ou orientação.

---

12 *"Parágrafo único. Se o regime de transição, quando aplicável nos termos do caput deste artigo, não estiver previamente estabelecido, o sujeito obrigado terá direito a negociá-lo com a autoridade, segundo as peculiaridades de seu caso e observadas as limitações legais, celebrando-se compromisso para o ajustamento, na esfera administrativa, controladora ou judicial, conforme o caso."*
Razões do veto: *"O caput do artigo impõe a obrigatoriedade de estabelecimento de regime de transição em decisão administrativa, controladora ou judicial que preveja mudança de entendimento em norma de conteúdo indeterminado quando indispensável para o seu cumprimento, todavia, o parágrafo único traz um direito subjetivo do administrado ao regime. Assim, o dispositivo reduz a força cogente da própria norma e deve ser vetado, de modo a garantir a segurança jurídica de tais decisões."*

Pensemos no caso de uma atividade industrial que antes não era enquadrada como de potencial dano ao meio ambiente, não necessitando, pois, de licença ambiental. Caso haja uma mudança dessa orientação administrativa, não pode o empreendedor ser surpreendido com a imediata interdição da atividade, salvo raríssimos casos nos quais, a partir da análise técnica, não há como suportar por um dia a mais sequer a prática de tal atividade, sob risco de gravíssimo prejuízo ao meio ambiente. Havendo a possibilidade de um regime de transição apto a permitir que a indústria se adeque à nova orientação administrativa, deve a Administração Pública conceder esta possibilidade, com o objetivo de, através da fixação de metas razoáveis, permitir a adequação, seja com a instalação de filtros, com a inserção do procedimento devido de descarte de materiais na rotina da indústria ou qualquer outra medida que se mostre necessária.

O parágrafo único do art. 23, que acabou vetado, previa a possibilidade de, caso o regime de transição não se encontrar previamente fixado, dar ao interessado a possibilidade de negociá-lo com a Administração Pública. Como fundamento do veto, a Presidência da República informou que o referido dispositivo traria um direito subjetivo ao regime de transição em qualquer caso.

Como visto, há casos, excepcionais, nos quais não é possível que seja estabelecido um regime de transição. Nada obstante, o veto não tem embasamento sólido, tendo em vista que o próprio dispositivo vetado era expresso ao inferir que o regime de transição a ser negociado somente teria lugar para os casos nos quais este fosse aplicável, deixando claro inexistir um direito subjetivo a regime de transição em qualquer hipótese.

Aliás, tendo em vista a própria fundamentação do veto, é possível falar que, apesar de o parágrafo único do art. 23 da LINDB ter sido vetado, inexiste óbice a que Administração Pública e interessados negociem com o desiderato de construírem um regime de transição para os casos sem previsão de tal regime, como tem acontecido frequentemente através de Termos de Ajuste de Conduta – TAC, inclusive em episódios nos quais não há mudança de interpretação ou orientação por parte da Administração Pública.[13]

13 Algumas críticas feitas ao parágrafo único eram no sentido de que este dispositivo acabava por individualizar regimes de transição para casos específicos, não dando uniformidade ao tratamento da questão. Não procedem as mencionadas críticas. Em primeiro lugar, sendo possível dar um tratamento uniforme a pessoas que se encontram enquadradas nas mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas, o regime de transição deve se dar através de previsão normativa geral. Este dispositivo prevê um regime de transição a ser negociado pela Administração Pública e interessados justamente nos casos que, por consistirem de circunstâncias excepcionais, sendo inaplicável qualquer regime de transição previsto, há que se atentar às peculiaridades do caso, não havendo, pois, que se falar em tratamento favorável a um interessado em prejuízo do tratamento conferido a outro, justamente porque os dois não se encontram exatamente enquadrados nas mesmas circunstâncias fáticas e jurídicas.

> *Art. 24. A revisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, quanto à validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa cuja produção já se houver completado levará em conta as orientações gerais da época, sendo vedado que, com base em mudança posterior de orientação geral, se declarem inválidas situações plenamente constituídas.*
>
> *Parágrafo único. Consideram-se orientações gerais as interpretações e especificações contidas em atos públicos de caráter geral ou em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária, e ainda as adotadas por prática administrativa reiterada e de amplo conhecimento público.*

O art. 24 da LINDB, em prol da segurança jurídica de atos, contratos, ajustes, processos e norma administrativa passados, buscar vedar que o advento de novas concepções jurídicas cause a declaração de sua nulidade, desde que, à época da confecção de tais instrumentos jurídicos, estes estivessem de acordo com as *"orientações gerais da época"*.

Com efeito, este dispositivo é um dos mais importantes da Lei nº 13.655/18, por desmascarar a falácia da existência de somente uma interpretação jurídica correta possível, o que se mostra ainda mais tormentoso quando da interpretação de princípios e conceitos indeterminados.

Imagine-se um caso no qual a fiscalização tributária de um certo estado da federação tem admitido determinada operação mercantil de uma empresa como geradora de créditos de ICMS, o fazendo, inclusive, com apoio em jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Caso haja mudança de entendimento pela Suprema Corte que (ao mudar a interpretação que dava a um conceito indeterminado contido na legislação – para reduzir-lhe o alcance), passa a entender que não é mais possível tal creditamento, é possível a cobrança de valores em atraso do contribuinte? A redação do caput do art. 24 recomenda que não. Afinal, o contribuinte vinha praticando o cômputo de créditos de ICMS em consonância não só com a posição que antes era adotada pelo STF, mas também com a aceitação da Administração Pública.

A CRFB, em seu art. 5º, XXXVI, veda a retroatividade da lei para atingir o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Ora, permitir a irretroatividade da lei, mas a retroatividade de interpretação da lei, seria um contrassenso e iria de encontro ao desiderato constitucional de proteção da segurança jurídica.

Aliás, vale relembrar lição segundo a qual a norma jurídica é a soma do que diz o dispositivo legal e a atividade do intérprete, menos ou mais criativa a depender da estrutura do dispositivo a ser interpretado. Dessa forma, a lei (dispositivo) nunca retroage. O que retroage é a norma. E só existe norma com a atividade do hermeneuta jurídico. Assim, permitir a retroatividade de novel

interpretação para atingir casos passados é o mesmo que permitir a retroatividade legal vedada pelo texto constitucional.[14]

Opinião diferente parte da premissa de que a atividade do jurista, ao realizar a interpretação de um certo texto legal, sempre deve ser em um determinado sentido, de modo que a nova interpretação seria a certa e apenas corrigiria uma interpretação pretérita equivocada. Tal ideia, porém, não pode ser aceita. Mesmo dispositivos legais com alta densidade normativa podem ser reinterpretados de forma razoável, uma vez que formados por signos de linguagem, que admitem plúrimas significações.

Por sua vez, o parágrafo único do art. 24 da LINDB é muito bem-vindo, por conceituar o que seriam as *"orientações gerais da época"*, de modo a inferir que abrangem interpretações contidas *(i)* em atos públicos de caráter geral, como súmulas, enunciados administrativos e posicionamentos administrativos de órgãos de controle; *(ii)* em jurisprudência judicial ou administrativa majoritária; e, ainda, *(iii)* em práticas reiteradas e de amplo conhecimento público por parte da Administração Pública.

Art. 25. (VETADO).[15]

O art. 25 da LINDB acabou sendo o único artigo integralmente vetado pela Presidência da República. Ele previa uma espécie de ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença faria coisa julgada *erga omnes*. O objetivo era, à semelhança com o que se tem para a Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC, funcionar como instrumento apto a permitir a governabilidade em relação a determinada política pública quando, em razão de risco à segurança jurídica, hou-

14 Nesse sentido, veja-se a posição de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas em:<https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas>. Acesso em: 04 jul. 2018.

15 *"Art. 25. Quando necessário por razões de segurança jurídica de interesse geral, o ente poderá propor ação declaratória de validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, cuja sentença fará coisa julgada com eficácia erga omnes.*
§ 1º A ação de que trata o caput deste artigo será processada conforme o rito aplicável à ação civil pública.
§ 2º O Ministério Público será citado para a ação, podendo abster-se, contestar ou aderir ao pedido.
§ 3º A declaração de validade poderá abranger a adequação e a economicidade dos preços ou valores previstos no ato, contrato ou ajuste."
Razões do veto: *"A ação declaratória preconizada pelo dispositivo, cuja sentença terá eficácia para todos, inclusive podendo dispor a respeito de preço e valores, poderá acarretar em excessiva demanda judicial injustificada, tendo em vista a abrangência de cabimento para a impetração da ação por 'razões de segurança jurídica de interesse geral' o que, na prática, poderá contribuir para maior insegurança jurídica. Ademais, há omissão quanto à eficácia de decisões administrativas ou de controle anteriores à impetração da ação declaratória de validade, uma vez que a atuação judicial pode se tornar instrumento para a mera protelação ou modificação dessas deliberações, representando, também, violação ao Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes."*

vesse perigo de prolação de decisões por diferentes órgãos de controle no sentido de anular o ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa específica.

As razões do veto indicam preocupação da Presidência da República com *"excessiva demanda judicial injustificada"*, bem com suposta interferência de um Poder em outro, ante a omissão do texto do dispositivo sobre a eficácia das decisões administrativas ou de controle antes do ajuizamento da demanda.

> *Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.*
>
> *§ 1º O compromisso referido no caput deste artigo:*
>
> *I - buscará solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais;*
>
> *II – (VETADO);*[16]
>
> *III - não poderá conferir desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito reconhecidos por orientação geral;*
>
> *IV - deverá prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento.*
>
> *§ 2º (VETADO).*[17]

O art. 26 da LINDB traz previsão expressa da possibilidade de celebrar Termo de Ajuste de Conduta – TAC para eliminar situação de irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do Direito Público, inclusive nos casos de expedição de licença.

É mandatório destacar que o dispositivo faz menção expressa à análise do órgão jurídico para tal, uma vez que os limites à celebração dessa espécie de compromisso por parte da Administração Pública devem obedecer ao princípio

16 *"II - poderá envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado e, ainda, o estabelecimento de regime de transição;"*
Razões do veto: *"A celebração de compromisso com os interessados, instrumento de natureza administrativa previsto no caput do artigo, não pode, em respeito ao princípio da reserva legal, transacionar a respeito de sanções e créditos relativos ao tempo pretérito e imputados em decorrência de lei. Ademais, poderia representar estímulo indevido ao não cumprimento das respectivas sanções, visando posterior transação."*

17 *"§ 2º Poderá ser requerida autorização judicial para celebração do compromisso, em procedimento de jurisdição voluntária, para o fim de excluir a responsabilidade pessoal do agente público por vício do compromisso, salvo por enriquecimento ilícito ou crime."*
Razão do veto: *"A autorização judicial destinada à celebração de compromisso administrativo com a finalidade de excluir a responsabilidade pessoal do agente público viola o Princípio Constitucional da Independência e Harmonia entre os Poderes, ao comprometer a apreciação das esferas administrativa e de controle."*

da juridicidade (ou legalidade em sentido amplo).[18] Por óbvio, também se mostra necessária manifestação do setor técnico competente, de modo a embasar a atuação do setor jurídico com as informações necessárias para que este atue de forma hígida, sabendo quais os limites - de objeto e temporais - que podem ser transigidos e quais não admitem qualquer flexibilização pela Administração Pública.

O dispositivo também faz menção à possibilidade de consulta pública, de modo a permitir a Administração Pública escutar os pontos de vista dos interessados sobre a questão posta sob análise e determina que a formulação do compromisso deverá atender *"relevante interesse geral"*, sempre se respeitando a *"legislação aplicável"*.

O *"relevante interesse geral"* pode estar, por exemplo, presente em caso no qual importante indústria da região deseja renovar sua licença ambiental, mas a Administração Pública observa que há questões que impedem esta renovação. Através do exame dessas questões pelo setor técnico competente e, posteriormente, pelo órgão jurídico, pode-se chegar a fixação de compromisso no qual é estabelecido um cronograma para a indústria adequar-se às exigências ambientais e, em troca, esta compromete-se a permanecer com seu polo industrial na região por tanto tempo, continuando, dessa forma, a gerar empregos, pagar tributos e ajudar no desenvolvimento da região em que instalada.

Os incisos do parágrafo 1º, por sua vez, tratam dos requisitos para a fixação do compromisso.

O primeiro inciso determina que a solução jurídica deve ser proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais. Veda, portanto, que algum dos compromissários tenha que arcar com prestação desproporcional e impede a Administração Pública de assumir compromisso que não tenha a ver com os interesses que visa resguardar.

O terceiro inciso afirma que o compromisso não pode conferir desoneração permanente de dever, de modo a impedir a concessão de benefícios sem prazo final estipulado ou estipulável. Além disso, veda o condicionamento de direito reconhecido por orientação geral, de modo a manter o tratamento isonômico entre os administrados.

Por sua vez, o quarto inciso prevê que a fixação das cláusulas dos compromissos deve se dar de forma clara, notadamente ao tratar de obrigações das partes, prazos e sanções em caso de descumprimento.

18 Sobre o princípio da juridicidade, são as palavras de Alexandre Santos de Aragão: *"Princípio que vem se afirmando na doutrina e na jurisprudência mais modernas como uma nova acepção (não uma superação) do princípio da legalidade, a juridicidade costuma ser referida como a submissão dos atos estatais a um padrão amplo e englobante de legalidade, cujos critérios não seriam apenas a lei estrita, mas, também, os princípios gerais do Direito e, sobretudo, os princípios objetivos e valores constitucionais. É a visão de que a Administração Pública não deve obediência apenas à lei, mas ao Direito como um todo."* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 57-58.

O segundo inciso do dispositivo previa a possibilidade de o compromisso *"envolver transação quanto a sanções e créditos relativos ao passado, e ainda, o estabelecimento de regime de transição"*. Nada obstante, foi vetado com base no argumento de que tal transação necessita de previsão legal e, ainda, que poderia haver estímulo ao não cumprimento de sanções.

Também foi objeto de veto o parágrafo 2º do art. 24, que trazia a possibilidade de interferência judicial, através de jurisdição voluntária, para o fim de homologar o compromisso firmado e, dessa forma, obstar a responsabilização do gestor por qualquer vício do referido compromisso, salvo casos de enriquecimento ilícito ou crime.

Tratava-se de dispositivo que buscava dar maior segurança ao gestor público para a realização da prática de compromissos com administrados, nos termos descritos pelo *caput* do dispositivo, mas que acabou vetado por entender-se que a utilização do Poder Judiciário como homologador poderia interferir na atuação das demais esferas de controle, esvaziando-as. Tratou-se, portanto, de veto que, ao que parece em sintonia com o veto aposto ao art. 25 da LINDB, entendeu que a transferência de questões logo ao Poder Judiciário não se coaduna com os papéis de controle realizados por outros órgãos, ainda que a palavra final sobre tais questões seja mesmo do Poder Judiciário.

> *Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.*
>
> *§ 1º A decisão sobre a compensação será motivada, ouvidas previamente as partes sobre seu cabimento, sua forma e, se for o caso, seu valor.*
>
> *§ 2º Para prevenir ou regular a compensação, poderá ser celebrado compromisso processual entre os envolvidos.*

Este dispositivo da Lei nº 13.665/18 trata da possibilidade de decisões prolatadas, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, fazerem a imposição de compensação por *"benefícios indevidos"* ou *"prejuízos anormais ou injustos"* resultantes da conduta dos indivíduos envolvidos. Trata-se de dispositivo que se preocupa com a ocorrência de fatos que, embora possam ser lícitos, acarretam enriquecimento sem causa ou perda irrazoável a um dos interessados, podendo as decisões dos órgãos controladores determinarem o acerto de contas entre os sujeitos.

O parágrafo 1º do dispositivo, além de repisar a necessidade de motivação na decisão, infere a necessidade de se ouvir os envolvidos sobre cabimento, forma e valor da compensação, ao passo que o parágrafo 2º abre a possibilidade de celebração de compromisso processual entre os envolvidos, com o objetivo de prevenir ou regular tal compensação.

> *Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.*
>
> *§ 1º (VETADO).*[19]
>
> *§ 2º (VETADO).*
>
> *§ 3º (VETADO).*[20]

O art. 28 da LINDB prevê que o agente público somente responde por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de *(i)* dolo; ou *(ii)* erro grosseiro (culpa grave).

Sua gênese tem fundamento naquilo que se chamou de *"letargia decisória"*[21] da Administração Pública, em razão do justo receio do gestor público de, com a alteração das concepções jurídicas vigentes, ser processado no futuro em razão de suposta improbidade administrativa ou, ainda, ser alvo de qualquer outra atuação de órgãos de controle.

Isto é, em razão do cenário de grande insegurança jurídica existente atualmente no Brasil, os gestores públicos têm tido receio de posicionar-se no que toca à realização de diversas políticas públicas, uma vez que algo que hoje é permitido pode não ser mais tolerado pelos órgãos de controle no futuro. Igualmente, as assessorias jurídicas, com receio de igual responsabilização, têm adotado, na dúvida, a alternativa que pode ser até a mais custosa, mas é a que mais resguarda o emissor da opinião jurídica. Quantas licitações não são feitas de maneira desnecessária por receio de haver um opinamento no sentido de enquadrar determinada situação nas hipóteses de dispensa de licitação, ainda que contando com amplo suporte jurisprudencial nesse sentido?

---

19 *"§ 1º Não se considera erro grosseiro a decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais."*
Razão do veto: *"A busca pela pacificação de entendimentos é essencial para a segurança jurídica. O dispositivo proposto admite a desconsideração de responsabilidade do agente público por decisão ou opinião baseada em interpretação jurisprudencial ou doutrinária não pacificada ou mesmo minoritária. Deste modo, a propositura atribui discricionariedade ao administrado em agir com base em sua própria convicção, o que se traduz em insegurança jurídica."*

20 *"§ 2º O agente público que tiver de se defender, em qualquer esfera, por ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências e em observância ao interesse geral terá direito ao apoio da entidade, inclusive nas despesas com a defesa.*
§ 3º Transitada em julgado decisão que reconheça a ocorrência de dolo ou erro grosseiro, o agente público ressarcirá ao erário as despesas assumidas pela entidade em razão do apoio de que trata o § 2º deste artigo."
Razões dos vetos: *"Os dispositivos criam direito subjetivo para o agente público obter apoio e defesa pela entidade, em qualquer esfera, decorrente de ato ou conduta praticada no exercício regular de suas competências, inclusive nas despesas com a defesa. Tal como se apresenta, fica caracterizada a não exclusividade do órgão de advocacia pública na prestação, podendo impor a cada entidade dispêndio financeiro indevido, sem delimitar hipóteses de ocorrência de tais apoios nem especificar o órgão responsável por esse amparo, o que poderia gerar significativos ônus sobretudo para os entes subnacionais."*

21 A expressão é de Luciano Ferraz. Confira-se: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 04 jul. 2018.

Essa paralisia decisória da Administração Pública quanto a buscar-se soluções mais arrojadas para os problemas administrativos hodiernos chega a ser concebida como uma *"legítima defesa do gestor público"*[22] contra o ambiente de insegurança jurídica no que toca à eventual declaração de invalidade da decisão tomada e sua possível responsabilidade no futuro.

Neste cenário, o art. 28 surge para enfrentar o *"apagão das canetas"*[23], permitindo dar ao gestor público ou órgão de opinamento da Administração Pública a garantia de que só será responsabilizado em caso de dolo ou culpa grave. Trata-se de dispositivo que, aliado ao art. 24 da LINDB, permite a tomada de decisões mais arrojadas quando baseadas em *"orientações gerais da época"* ou, ainda, quando o tema for de incomum análise e inexistir culpa grave quando de seu enfrentamento.

Destaque-se que o critério de responsabilizar o administrador somente em caso de dolo ou erro grosseiro já vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça na maioria dos seus julgados, de modo que a positivação de tal posicionamento não deve trazer, na verdade, qualquer surpresa aos operadores do direito.[24]

O parágrafo 1º do dispositivo trazia exemplificação do que não poderia ser tratado como erro grosseiro, para afirmar que a *"decisão ou opinião baseada em jurisprudência ou doutrina, ainda que não pacificadas, em orientação geral ou, ainda, em interpretação razoável, mesmo que não venha a ser posteriormente aceita por órgãos de controle ou judiciais"* não seria considerado erro grosseiro.

O veto sobre tal dispositivo teve como fundamento a alegação de que a prolação de decisão ou a emissão de opinião com base em posição jurisprudencial não pacificada ou em doutrina não são comportamentos que vão ao encontro

22 A expressão *"legítima defesa do gestor público"* é de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas>. Acesso em: 04 jul. 2018.

23 Veja-se, uma vez mais, o artigo de Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Véras de Freitas disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas>. Acesso em: 04 jul. 2018.

24 *"Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, sendo "indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10".* (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011). Entretanto, como destaca Luciano Ferraz, *"a jurisprudência das turmas do STJ, especialmente da 2ª Turma, tem se afastado dessa orientação e começou a se firmar no sentido de que a configuração da improbidade administrativa se basta na comprovação da culpa (simples). Veja-se, por todos:*
'O entendimento do STJ é no sentido de que, para que seja reconhecida a tipificação da conduta do réu como incurso nas previsões da Lei de Improbidade Administrativa, é necessária a demonstração do elemento subjetivo, consubstanciado pelo dolo para os tipos previstos nos artigos 9º e 11 e, ao menos, pela culpa, nas hipóteses do artigo 10. (AgRg no AREsp 654.406/SE, Rel. Ministro Herman Benjamim, Segunda Turma, julgado em 17/11/2015, DJe 04/02/2016.)'."
V. artigo mencionado na nota de rodapé nº 18.

da pacificação de posicionamentos jurídicos e, portanto, da segurança jurídica. Nada mais equivocado. O dispositivo trata de casos nos quais a decisão ou opinião seguem tese não pacificada ou doutrina justamente porque inexiste um cenário de pacificação quanto a que posição seguir. Portanto, basear decisão ou opinamento a ser prolatado em posição jurisprudencial ou doutrina não é conduta que vai contra a busca de segurança jurídica, mas, ao revés, tem o condão de dar a segurança jurídica possível ao ato, num cenário de indefinição jurídica. Ou, por acaso, seria melhor ao gestor público aguardar a pacificação da questão nos Tribunais Superiores para somente depois decidir como agir?

Além disso, foram vetados também os parágrafos 2º e 3º, que previam, respectivamente, o apoio da entidade a qual vinculada o administrador para a realização de sua defesa perante órgão de controle e a necessidade de ressarcimento ao Erário pelos custos da defesa, em caso de comprovação, com trânsito em julgado, da existência de dolo ou erro grosseiro.

> *Art. 29. Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão.*
>
> *§ 1º A convocação conterá a minuta do ato normativo e fixará o prazo e demais condições da consulta pública, observadas as normas legais e regulamentares específicas, se houver.*
>
> *§ 2º (VETADO).*[25]

Trata-se o art. 29 da LINDB de dispositivo que visa a positivar, de forma bastante abrangente, a possibilidade de a Administração Pública, ao editar atos normativos, buscar a manifestação dos interessados sobre o assunto objeto da normatização, através de consulta pública. Este instituto, por sua vez, é um dos instrumentos daquilo que se convencionou chamar de uma Administração Pública mais participativa e mais aberta ao influxo das opiniões da coletividade, de modo que a produção de ato normativo leve em consideração as questões levantadas pelos interessados.

O parágrafo 1º prevê a observância a normas regulamentares específicas do ente quanto ao procedimento das audiências públicas, destacando, igualmente,

25 "§ 2º É obrigatória a publicação, preferencialmente por meio eletrônico, das contribuições e de sua análise, juntamente com a do ato normativo."
Razão do veto:
"Configura-se de todo louvável o comando do dispositivo de tornar obrigatória a publicação das contribuições oriundas das consultas públicas que precedam a edição de atos normativos. Não obstante, a extensão dessa obrigatoriedade à publicação também das respectivas análises, e de modo concomitante à edição do respectivo ato normativo, poderia tornar extremamente morosa e ineficiente a sistemática por parte dos órgãos ou Poderes, ou mesmo retardar sua implementação, indo de encontro ao interesse público e recomendando, assim, o veto do parágrafo."

que sua convocação deverá possuir a minuta do ato normativo a ser analisada. Nada obstante, caso ainda não haja uma minuta pronta do ato normativo, buscando a Administração Pública ouvir antes a coletividade para só depois elaborar a minuta, é certo que não há qualquer empecilho à realização de audiências públicas.

O parágrafo 2º previa a necessidade de publicação de todas as manifestações da coletividade, assim como de sua análise pela Administração, de modo a privilegiar a transparência e garantir que as sugestões elaboradas fossem, de fato, examinadas pelo Poder Público. Porém, este dispositivo acabou vetado, em razão da morosidade que poderia gerar para a publicação do ato normativo, caso fosse necessário que todas as manifestações e sua análise tivessem que vir publicadas junto com o mesmo.

Nada obstante o veto, caso o ente federativo entenda pela publicação de tais manifestações e de seu exame pela Administração, por óbvio não há empecilho. Registra-se, contudo, que os motivos do veto parecem plausíveis, de forma que a simples disponibilidade de tal material para consulta por qualquer um que requeira parece manter o atendimento aos princípios da publicidade e da transparência.

> *Art. 30. As autoridades públicas devem atuar para aumentar a segurança jurídica na aplicação das normas, inclusive por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consultas.*
>
> *Parágrafo único. Os instrumentos previstos no caput deste artigo terão caráter vinculante em relação ao órgão ou entidade a que se destinam, até ulterior revisão.*

Ao introduzir os arts. 20 a 30 na LINDB, a Lei nº 13.655/18 traz diversas previsões que têm o desiderato de dar à atuação dos órgãos de controle da Administração Pública maior segurança jurídica, em benefício tanto ao administrado, como também do gestor e servidor públicos e da própria Administração. São previsões que, entre outras, demandam específica motivação dos atos decisórios, impedem a retroatividade de nova interpretação ou orientação jurídica para atos do passado e dão maior tranquilidade aos agentes públicos na prolação de decisões e emanação de atos opinativos.

Contudo, se os arts. 20 a 29 tratam de situações específicas, o art. 30 da LINDB prevê uma atuação macro das *"autoridades públicas"*, sejam administrativa, controladora ou judicial, instigando-as a atuarem para aumentar a segurança jurídica através da edição de precedentes administrativos ou judiciais, que terão caráter vinculante para si e, justamente por conformarem seu comportamento, só poderão deixar de ser utilizados em circunstâncias especiais como *(i)* a distinção do caso concreto, a partir de uma particularidade sua em relação à previsão do precedente (*distinguishing*); e *(ii)* a superação do entendimento consolidado pelo órgão de controle (*overruling*).

Neste sentido, o dispositivo ora em exame requer dos órgãos controladores que estes, ao resolverem questões que lhe são postas e, por consequência, adotarem determinados posicionamentos jurídicos, que consolidem estes posicionamentos através da forma de regulamentos, súmulas administrativas, respostas (formais) a consultas ou quaisquer outros instrumentos que tenham o condão de dar um tratamento isonômico aos interessados em casos com semelhantes circunstâncias fáticas e jurídicas.

Dessa forma, não se pode mais admitir que, sob o manto da independência funcional, servidores públicos que integram o mesmo órgão de controle deem soluções diversas – e, muitas vezes, antagônicas – ao mesmo problema.[26] Este quadro, além de trazer enorme insegurança jurídica, acaba por permitir tratamento anti-isonômico às pessoas.

Além disso, a adoção de comportamento uniforme por parte dos órgãos de controle trata-se não somente de uma garantia para os administrados, mas algo excelente também para o próprio Estado, bastando lembrar que, quanto mais os precedentes – administrativos ou judiciais - sejam levados a sério para a fixação dos posicionamentos pelos órgãos de controle, mais segurança jurídica o Estado terá, o que, por certo, atrairá mais investimentos e acabará por gerar melhoria na qualidade de vida dos cidadãos.

3. PRIMEIRAS IMPRESSÕES DA UTILIZAÇÃO DA LEI Nº 13.655/18 NA CONFORMAÇÃO DAS ATUAÇÕES DOS DIFERENTES ÓRGÃOS DE CONTROLE

Feita esta exposição, é possível afirmar que, sem sombra de dúvidas, a Lei nº 13.655/18 em muito pode contribuir para a construção de um cenário nacional no qual a segurança jurídica passa a ser valor jurídico levado a sério pelos órgãos de controladoria da Administração Pública.

Nada obstante, é certo que a aplicação dos dispositivos acima comentados pode ser difícil, mormente levando-se em consideração a existência de posicionamentos contrário à sanção do projeto de lei por parte de associações de magistrados, do *Parquet* e do Tribunal de Contas. Neste ponto, parece ser trabalho da Advocacia Pública insistir no sentido de exigir que tais dispositivos não constem apenas como letra morta.

Com efeito, os dispositivos trazidos à LINDB pela Lei nº 13.655/18 surgem como uma tentativa de, em prol da segurança jurídica, conformar a atuação dos órgãos de controle da Administração Pública, para buscar a prolação de atos

26 Este articulista lembra de caso no qual atuou no qual dois órgãos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro pareciam agir em sentido antagônico. O caso tratava da (im)possibilidade da queima de entorpecentes pela Polícia Civil em estrutura que não era a adequada. A Promotoria de Tutela Coletiva ingressou com ação civil pública requerendo a imediata suspensão da incineração das drogas em fornos não adequados, ao passo que a Promotoria Criminal, visando evitar o desvio das drogas apreendidas, recomendava, por razões de segurança pública, manter a incineração dos entorpecentes até a construção de forno adequado para tal.

decisórios que sejam mais atentos aos fatos. Tratam-se, pois, de dispositivos louváveis, considerando a atual realidade decisória pública, na qual, não raro, a aplicação de leis sob o formato de regras, trazidas pelo legislador, é deixada de lado em benefício da aplicação de valores jurídico abstratos, com a conformação interpretativa trazida pelo prolator da decisão.

Contudo, se é certo que a lei, sob o formato de regra, é algo que tem valido cada vez menos na hermenêutica jurídica brasileira, parece óbvio que a modificação desse panorama será bastante complicada através de justamente... uma lei, motivo pelo qual acredita-se que será necessário razoável esforço para que a Lei nº 13.655/18 efetivamente "pegue".

Além disso, parece importante prestar atenção em uma questão deveras delicada, qual seja, se os comandos previstos na Lei nº 13.655/18, de fato, estão sendo obedecidos ou se os órgãos de controle têm apenas feito menções aos mesmos sem aplicá-los efetivamente. Exemplo disso poderia ser decisão judicial que expressamente fala que considerou todas as soluções alternativas antes de chegar à opção escolhida na decisão, mas não demonstra ter efetivamente levado em consideração outras soluções na busca de uma saída para o *imbroglio* que lhe é posto. Sem dúvida, há nessa hipótese mero simulacro de obediência ao que dispõe o art. 20, parágrafo único da LINDB.

Feitas estas considerações, acredita-se que as inovações à LINDB, trazidas pela Lei nº 13.655/18, podem contribuir também para tirar o gestor público da estagnação decisória, permitir o desemperramento da máquina pública, através da adoção de soluções administrativas mais arrojadas.

Por fim, tendo em vista o foco na segurança jurídica, acredita-se que a maior benesse do diploma legal analisado neste estudo é permitir, através da previsibilidade de comportamento dos órgãos de controle, aumentar o número de investimentos privados como parte da solução para a saída da crise que tem assolado o país recentemente.

4. PROPOSIÇÕES OBJETIVAS

A partir das ideias debatidas neste breve estudo, é possível traçar as seguintes proposições objetivas.

i) Os dispositivos acrescidos à LINDB pela Lei nº 13.655/18 apresentam contribuição à construção de um cenário nacional no qual a atuação decisória dos órgãos de controle da Administração Pública se dê com maior respeito à realidade, à segurança jurídica e à necessária garantia ao gestor público de que este não será responsabilizado por seus atos, desde que sua prática tenha se dado de acordo com concepções jurídicas aceitas à época de sua realização.

ii) Cabe à Advocacia Pública, quando da realização do controle interno, deferência à conformação decisória trazida aos ór-

gãos de controle da Administração Pública pelos dispositivos acrescentados à LINDB pela Lei nº 13.655/18, de modo que sua atuação seja realizada de acordo com as diretrizes do novo diploma legal.

iii) Além disso, é papel da Advocacia Pública provocar que os demais órgãos de controle da Administração Pública, quando da tomada de decisões, o façam levando em conta as diretrizes decisórias trazidas pela Lei nº 13.655/18.

Rio de Janeiro, inverno de 2018.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FERRAZ, Luciano. *Alteração da LINDB revoga parcialmente Lei de Improbidade Administrativa.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-10/interesse-publico-alteracao-lindb-revoga-parcialmente-lei-improbidade>. Acesso em: 04 jul. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. *Inclusão de dez artigos na Lindb traz importante inovação ao Direito brasileiro.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-29/segunda-leitura-mudancas-lindb-inovam-direito-brasileiro>. Acesso em 04 jul. 2018.

LISBOA, Maceno. *As novas alterações na LINDB e as influências no Direito Tributário*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-03/maceno-lisboa-novas-alteracoes-lindb-direito-tributario>. Acesso em 04 jul. 2018.

MALPIGHI, Caio. *Consequencialismo jurídico e modulação dos efeitos*. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/consequencialismo-juridico-e-modulacao-dos-efeitos-11072017>. Acesso em 27 jul. 2018

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. *A nova LINDB e o direito à previsibilidade das mudanças interpretativas.* Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-01/opiniao-lindb-direito-previsibilidade-mudancas-interpretativas>. Acesso em: 04 jul. 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Véras de. O artigo 22 da LINDB e os novos contornos do Direito Administrativo sancionador. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2018-jul-25/opiniao-artigo-22-lindb-direito-administrativo-sancionador>. Acesso em: 27 jul. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Nota Técnica Conjunta nº 1/2018*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/notas-tecnicas/docs/Nota%20Tecnica%201_2018.pdf>. Acesso em 04 jul. 2018.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RESPOSTA AOS COMETÁRIO TECIDOS PELA CONSULTORIA JURÍDICA DO TCU AO PL Nº

7.448/2017. Disponível em: <http://antonioanastasia.com.br/documentos/PL7448/Parecer-Resposta-TCU.pdf >. Acesso em 04 jul. 2018.

SCAFF, Fernando Facury. *Quem controla o controlador? Considerações sobre as alterações na Lindb*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-abr-17/quem-controla-controlador-notas-alteracoes-lindb>. Acesso em 04 jul. 2018.

TCU apresenta novo parecer contra 'PL da impunidade'. O Antagonista. Disponível em: <https://www.oantagonista.com/brasil/tcu-apresenta-novo-parecer-contra-pl-da-impunidade/> Acesso em 04 jul. 2018.

A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 189, INCISO IV, DA LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL N.º 10.098/94 PELAS DEMAIS UNIDADES FEDERATIVAS, À LUZ DO ARTIGO 22 DO DECRETO-LEI N.º 4.657/42 – LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO, VISANDO UM DIREITO DISCIPLINAR MAIS JUSTO

Carolina Oliveira de Lima [1]

Suzana Fortes de Castro Rauter [2]

RESUMO

A presente tese aborda a possibilidade de utilização pelos demais entes federados da conversão da penalidade mais grave em suspensão, em até o prazo máximo fixado de noventa dias, de acordo com o permissivo do artigo 189, inciso IV, da Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94, à luz da alteração da LINDB pela Lei n.º 13.655/18, com objetivo de trazer justiça ao direito disciplinar, via aplicação dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade no caso concreto.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo vem sofrendo profundas alterações acompanhando a evolução da sociedade e para tal devemos estar abertos a uma aplicação de penalidade mais justa na esfera disciplinar.

O Estado do Rio Grande do Sul, atento a esta evolução, utiliza em larga escala a conversão prevista no artigo 189, inciso IV, da Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94, nos casos em que a pena demissória, embora seja a de correta aplicação e enquadramento, não atende aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O artigo 191 da Lei Complementar Estadual n.º 10.098/94 elenca as faltas passíveis de demissão, pois bem, não raras vezes a falta ali enquadrada requer uma modulação. Veja-se que não estamos a falar de desclassificação da falta, de clara aplicação no direito disciplinar, mas de comutação da pena mais gravosa em uma mais branda, mantendo o tipo demissório.

A falta cometida é uma daquelas nas quais, taxativamente, é aplicável a pena de demissão, impossibilitando desclassificação ou enquadramento diverso. Ve-

1 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: carolina-lima@pge.rs.gov.br.
2 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: suzana-rauter@pge.rs.gov.br.

ja-se que o STJ firmou o entendimento de que a Administração Pública, quando se vê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor público não pode discricionariamente aplicar pena menos gravosa.

Atento a esta situação que o legislador estadual criou a possibilidade da comutação da pena mais gravosa, que deve, especialmente após a edição da nova alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, ser aplicada pelos demais entes federados.

2. DO TRATAMENTO DA CONVERSÃO DA PENA DE DEMISSÃO EM SUSPENSÃO NO ESTATUTO GAÚCHO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL SEMELHANTE NOS ORDENAMENTOS DOS DEMAIS ENTES FEDERATIVOS

O estatuto do Servidor Público Civil do Estado do Rio Grande do Sul, Lei Complementar n.º 10.098/94, mais precisamente o artigo 189, inciso IV, faz expressa menção que a suspensão aplicar-se-á ao servidor como gradação de penalidade mais grave, tendo em vista circunstância atenuante.

Veja-se:

> Art. 189 - A suspensão, que não poderá exceder a 90 (noventa) dias, implicará a perda de todas as vantagens e direitos decorrentes do exercício do cargo e aplicar-se-á ao servidor:
>
> (....)
>
> IV - como gradação de penalidade mais grave, tendo em vista circunstância atenuante;
>
> (....)

A referida disposição é muito peculiar ao Estatuto Gaúcho e somente é encontrada compilada em alguns estatutos funcionais de Municípios do Estado do Rio Grande do Sul, tais como, Porto Alegre, cuja previsão encontra-se na Lei Complementar n.º 133/85, em seu artigo 205, inciso IV; Santa Maria, na Lei n.º 3.326/91, no artigo 175, inciso III, e no município de Caxias do Sul, na Lei Complementar n.º 3.673/91, no artigo 255, inciso IV, sendo que não foram encontrados registros semelhantes na legislação referente aos demais entes federativos.

O critério da aplicação da pena de suspensão como gradação da penalidade mais grave, ou seja, a demissão atende ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que, mesmo estando diante de infrações que por sua natureza desafiem a pena de demissão, por suas características peculiares ligadas às atenuantes da conduta faltosa, a autoridade administrativa competente pode comutar a pena por demissão convertida em suspensão.

Observe-se que há infrações administrativas cujo tipo legal no qual se enquadram exigem a aplicação da pena de demissão e, nesse sentido, o entendimento dos Tribunais Superiores refere a inexistência de discricionariedade

no ato administrativo que aplica a pena, ou seja, prevista legalmente a demissão não pode a autoridade competente para aplicação da penalidade deixar de aplicá-la.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. OMISSÃO INEXISTENTE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONDUTA TIPIFICADA NA LEI N. 8.112/90.INCURSÃO NO UNIVERSO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HIPÓTESE DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. DISCRICIONARIEDADE INEXISTENTE. CONTROLE JURISDICIONAL. AVERIGUAÇÃO DE LEGALIDADE. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE OBSERVADOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
>
> - Não ocorre contrariedade ao art. 535, I e II, do Código de Processo Civil - CPC, quando o Tribunal de origem decide fundamentadamente todas as questões postas ao seu exame, de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto.
>
> - No caso, não se está a falar em tipificação de conduta como incursa nas previsões da Lei de Improbidade, mas sim na Lei n.8.112/90, que não limita a aplicação da penalidade de cassação de aposentadoria a casos de infrações praticadas mediante dolo.
>
> Ademais, concluir diversamente do Tribunal de origem, de forma a entender pela não ocorrência de dolo, demandaria análise de matéria fático-probatória, vedada pela Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.
>
> - A Administração Pública, quando se vê diante de situações em que a conduta do investigado se amolda nas hipóteses de demissão e de cassação de aposentadoria de servidor público, não dispõe de discricionariedade para aplicar pena menos gravosa.
>
> - O controle jurisdicional no Processo Administrativo Disciplinar limita-se à averiguação da legalidade das medidas adotadas, sob pena de se transformar em instância revisora do mérito administrativo.
>
> - Há observância dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade quando a punição se dá em decorrência de infração apurada em Processo Administrativo Disciplinar, comprovada a conduta e suficientemente motivadas as razões da sanção (MS 18.081/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 13/5/2013).
>
> - Quanto à divergência jurisprudencial, os arestos trazidos a con-

> fronto não guardam a devida similitude fática com a hipótese dos autos. Agravo regimental desprovido.(AgRg no REsp 915.902/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016)
>
> Ementa: AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE DA PENA APLICADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ILIQUIDEZ DOS FATOS. INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO EM SEDE MANDAMENTAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM E DESPROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. 1. Compete ao Supremo Tribunal Federal, em sede mandamental, apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade de processos administrativos disciplinares, sem, contudo, avaliar o contexto probatório coligido no procedimento. 2. A violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação da sanção administrativa deve ser demonstrada *primo ictu oculi*, de sorte que a ausência de violação flagrante aos referidos mandamentos impede o controle desta Corte, mormente porque, in casu, as condutas foram reconhecidas pelo próprio servidor público nos autos do devido Processo Administrativo Disciplinar. 3. O mandado de segurança não comporta o reexame do conteúdo fático-probatório analisado pela Comissão Processante do PAD, e confirmada pelo ato do Ministro de Estado do Desenvolvimento Agrário, que resultou na pena de demissão ao agravante. 4. *In casu*, conforme evidenciado no acórdão recorrido, verifica-se que: (I) o ato impugnado está fundamentado em múltiplos e concatenados elementos de prova; (II) os argumentos e provas produzidos pela defesa do impetrante foram devidamente considerados, a denotar a observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, e (III) formada convicção, a partir do conjunto probatório examinado, o Ministro de Estado considerou adequada a aplicação da sanção de demissão, considerada a particular gravidade da falta funcional apurada. 5. Agravo interno DESPROVIDO. (RMS 34004 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 07-12-2017 PUBLIC 11-12-2017)

A autoridade administrativa não raro depara-se com situações nas quais, em que pese tratar-se da mesma infração funcional, enquadrada no mesmo tipo legal, no qual é correspondente à pena de demissão, precisa graduar a pena de

acordo com a participação do servidor faltoso no evento danoso que gerou a infração funcional ou mesmo, em casos diversos, nos quais a conduta do servidor faltoso se deu em circunstâncias diferentes.

A pena de demissão para os casos legais nos quais é reclamada precisa de gradações para que se atenda a proporcionalidade e a razoabilidade.

O direito administrativo sancionador, diferente do direito penal que conta com a gradação temporal (meses, anos e dias), não dispõe de uma escala de penas aplicáveis. Na maioria dos ordenamentos estatais temos a repreensão, a censura, a suspensão e a demissão. Assim, a margem conferida à autoridade administrativa é muito estreita, até mesmo porque a penalidade máxima é de tanta gravidade, a demissão, que somente pode ser aplicada em casos extremamente perniciosos ou graves o suficiente.

Assim, a previsão da gradação da pena de demissão tal como posta em nosso ordenamento gaúcho contempla a necessidade de parametrização da penalidade imposta, atendendo, também, o princípio da isonomia que visa tratamento igual aos iguais e diferente aos desiguais na medida de suas desigualdades.

Exemplificamente, com base em casos julgados na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, há situações nas quais o servidor público deixa de prestar contas como deveria, ou seja, há irregularidades nas prestações de contas que podem ser imputadas à falta de competência do servidor, diferentemente de fatos nos quais o servidor não presta as contas ou as presta com base em documentos inidôneos visando o desbaratamento dos valores públicos. Ambas as situações desafiam a pena de demissão, porém, igualá-las seria injusto. Nesse passo, a administração faz uso da suspensão como gradação da pena de demissão, no primeiro caso de menor gravidade, a pena de demissão é aplicada com comutação em suspensão de 90 (noventa) dias e no segundo caso a demissão é aplicada sem a comutação.

Importante referir que a suspensão como gradação de pena de demissão é umbilicalmente ligada à demissão e não subsiste sem ela, inclusive tem previsão própria no estatuto funcional, mais precisamente artigo 189, inciso IV, da LC 10.098/94. A pena de demissão convertida em suspensão não se confunde com a pena de suspensão, que é autonomamente prevista no artigo 189, inciso III da LC 10.098/94.

Visando atender aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade a adoção das medidas punitivas deve ser aplicada em quantidade e intensidade suficientes a garantir o reparo ao Estado. Consectário lógico é a necessidade de examinar as atenuantes afetas ao caso concreto.

E quais seriam as atenuantes? Exemplificativamente, podem ser consideradas a ausência de antecedentes funcionais, o passado ilibado do servidor, a confissão espontânea, entre outras, que a comissão motivadamente entender aplicáveis.

Nesse sentido, a possibilidade de conversão da pena atende ao previsto no artigo 187, §1.º, da Lei Complementar n.º 10.098/94 que preceitua:

> Art. 187 - São penas disciplinares:
>
> (...)
>
> § 1º - Na aplicação das penas disciplinares, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração e os danos delas resultantes para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais.

A dificuldade encontrada pelos demais entes federativos, que não possuem a referida previsão legal de utilização da pena de suspensão como gradação da pena de demissão, está na necessidade de desclassificar a conduta para uma infração de menor potencial ofensivo, adequando-a em tipificação legal que contemple pena menos gravosa. Ocorre que, muitas vezes, não se consegue enquadrar a conduta praticada na tipificação menos gravosa, pois se amolda perfeitamente naquelas que comportam a pena de demissão. Daí surge a dificuldade para a autoridade que aplica a pena e que não dispõe de uma gradação para as diversas possibilidades que comportam a pena de demissão, mas que por vezes em razão de atenuantes e circunstâncias subjetivas representam uma gravidade menor do que outras. Exemplo típico desta situação é o abandono de cargo. Comumente em todos ordenamentos jurídicos o abandono de cargo é penalizado com a pena demissória. Pois bem, como podemos enquadrá-lo em outra falta funcional? Ou seja, não conseguimos desclassificá-lo. A possibilidade da comutação vem ao encontro desse clamor de justiça.

3. DISPOSIÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB, QUE AUTORIZA A UTILIZAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO COMO GRADAÇÃO DE PENA MAIS GRAVE. ARTIGO 22, § 2.º, DA LINDB

Recentemente foi publicada a Lei n.º 13.655/18, que incluiu dispositivos na LINDB sobre a segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Aqui, importante trazer-se para estudo o disposto no artigo 22, § 2.º, da LINDB, acrescido pela Lei n.º 13.655/18, que preceitua:

> Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.
>
> (...)
>
> § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a

> administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (...)

A lei traz como determinação à esfera administrativa, na aplicação das sanções que sejam consideradas a natureza, gravidade, danos, circunstâncias atenuantes e agravantes, bem como, os antecedentes. Nesse passo, a autoridade competente para a aplicação da sanção tem por obrigação a gradação da penalidade proporcionalmente à gravidade da conduta perpetrada pelo agente.

Assim, mediante tal dispositivo legal, entende-se que qualquer ente federado, mesmo diante da ausência de dispositivo legal do estatuto próprio poderia aplicar a pena de suspensão como gradação da penalidade mais grave, até mesmo porque a referida interpretação vem em benefício ao servidor faltoso.

Corroborando, estaria atendido, também, nesse caso os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, na medida em que se aplicaria a pena de demissão em razão da gravidade e tipicidade da conduta, mas esta poderia ser dimensionada fazendo a devida distinção de condutas graves até gravíssimas.

Sendo as alterações da LINDB promovidas pela Lei 13.655/18 de eficácia que se estende à esfera administrativa, judicial e controladora, o mencionado dispositivo legal além de ter autorização para utilização é de observância obrigatória, até mesmo porque representa um benefício ao indiciado.

Sinale-se que a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro não é parte integrante do Código Civil, trata-se de um guia hermenêutico, pois regula a aplicação de todo ordenamento jurídico, sendo perfeita e logicamente aplicável ao Direito Administrativo Disciplinar.

4. DO PRAZO PRESCRICIONAL A SER OBSERVADO NO CASO DE APLICAÇÃO DE PENA DE DEMISSÃO CONVERTIDA EM SUSPENSÃO

A comutação da pena é um benefício ao servidor faltoso, não importando em alteração do prazo prescricional, que no caso do Estado do Rio Grande do Sul é regido pelo artigo 197, inciso IV, da Lei Complementar n.º 10.098/94, que reza:

> Art. 197 - A aplicação das penas referidas no artigo 187 prescreve nos seguintes prazos:
>
> (...)
>
> II - em 12 (doze) meses, as de suspensão e de multa.
>
> IV - em 24 (vinte e quatro) meses, a de demissão, a de cassação de aposentadoria e a de disponibilidade.

E, para os fatos cometidos após a edição da Lei Complementar n.º 14.821, de 30 de dezembro de 2015, diante da nova redação conferida à Lei Complementar n.º 10.098/94, temos:

> Art. 197 - A aplicação das penas referidas no artigo 187 prescreve nos seguintes prazos:
>
> (...)
>
> II - em 24 (vinte e quatro) meses, as de suspensão, de multa, de demissão por abandono de cargo e por ausências sucessivas ao serviço.
>
> III - em 5 (cinco) anos, a de demissão, de cassação de aposentadoria, de cassação de disponibilidade, e de destituição de cargo em comissão ou de função gratificada ou equivalente.

Assim, desimporta se a pena foi comutada para a suspensão, pois a penalidade aplicada foi a demissão e o prazo prescricional a ser observado é o da pena de demissão, de vinte e quatro meses ou cinco anos, conforme a data da prática dos fatos, antes ou depois de 30/12/2015.

É importante salientar que a falta cometida é uma daquelas, nas quais, taxativamente, é aplicável a pena de demissão, impossibilitando desclassificação ou enquadramento diverso. Aliás, nestes casos os tribunais superiores, inclusive, defendem a inexistência de discricionariedade no ato administrativo que aplica a pena, conforme julgados colacionados no tópico anterior.

O fato de a administração considerar circunstâncias atenuantes para, no caso concreto, abrandar a punição, não pode de forma alguma beneficiar o servidor faltoso de forma que acabe por deixá-lo impune, caso fosse considerado prazo prescricional menor, ou seja, aquele aplicado à pena de suspensão autônoma.

Nesse sentido, também, já se manifestou o Egrégio Tribunal de Justiça:

> SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. AGENTE PENITENCIÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ATO INFRACIONAL PASSÍVEL DE APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. COMUTAÇÃO EM SUSPENSÃO PELO PRAZO DE 90 DIAS. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. FATO PUNÍVEL SUFICIENTEMENTE DESCRITO E COMUNICADO AO APELANTE. INTERROGATÓRIO NA SINDICÂNCIA DESACOMPANHADO DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE NULIDADE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO MATERIALIZADO NO VERBETE Nº 5 DA SÚMULA VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESNECESSIDADE DE FORMAÇÃO DE COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO À PROCURADORA DO ESTADO A TAREFA DE PRESIDIR O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. 1. Prescrição administrativa. A penalidade prevista para a infração capitulada no art. 191, III, da LC-RS nº 10.098/94 é a de demissão. Por isso, o art. 197, IV, do Estatuto é expresso ao prever o prazo de vinte e quatro meses para a prescrição da pretensão punitiva. O ato administrativo de instauração do PAD interrompe a prescrição. Inteligência do § 4º do art. 197 do Estatuto. 2. A ausência de defensor no ato do interro-

> gatório, por expressa escolha do apelante, não caracteriza nulidade. Aplicação ao caso do verbete nº 5 da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal. 3. A ausência de defesa escrita por ocasião da sindicância, nos termos do art. 202, § 3º do Estatuto, não caracteriza defeito, pois esta defesa foi assegurada posteriormente no PAD. 4. Não há necessidade de formação de comissão processante constituída de três servidores estáveis. Atribuição da presidência do Procedimento Administrativo Disciplinar à Procurador do Estado possível nos termos do § 4º do art. 206 do Estatuto. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70024702052, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 04/08/2011).

Aliás, neste ponto já há precedente recente do órgão pleno do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. TÉCNICO TRIBUTÁRIO DA RECEITA ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INFRAÇÕES FUNCIONAIS. APLICAÇÃO DA PENA DE DEMISSÃO. SUSPENSÃO APLICADA EM COMUTAÇÃO DA PENA MAIS GRAVE. PRAZO PRESCRICIONAL DE VINTE E QUATRO MESES. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. A penalidade aplicada ao impetrante, com base no acervo probatório e com observância dos princípios da ampla defesa e do contraditório, não demonstra, de plano, violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, tendo em vista que no procedimento administrativo concluiu-se pela possibilidade de enquadramento da conduta ilícita praticada nos dispositivos legais onde é cominada a pena de demissão, a qual, no particular caso dos autos, foi comutada para suspensão, por 45 dias. Ademais, a pretensão punitiva administrativa não estava prescrita, pois para as infrações disciplinares imputadas ao impetrante está prevista a pena de demissão, cujo prazo prescricional é de 24 meses, e não de suspensão, benefício que restou aplicado ao impetrante por mera opção discricionária da Administração. SEGURANÇA DENEGADA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70070491956, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 03/04/2017).

> MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR CONTRA SERVIDORES PÚBLICOS. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE APLICOU A PENA DE DEMISSÃO, CONVERTIDA EM CENSURA, AOS IMPETRANTES. QUESTÃO PRELIMINAR DE DECADÊNCIA: REJEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA DECISÃO POR CONTA DO SUPOSTO IMPLEMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA: INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER TUTELADO PELO TRIBUNAL. 1. O MS foi impetrado em 25 de janeiro de 2016, dentro do prazo. Diante disso, não se há

> de falar em reconhecimento do decurso do prazo decadencial. 2. Seja relativamente ao período antecedente à instauração do PAD contra os impetrantes, seja relativamente ao período subsequente, até a prolação da decisão administrativa atacada, não se há de falar em esgotamento do prazo prescricional de 24 (vinte e quatro) meses legalmente previsto para a pena considerada em abstrato - a demissão. Diante das circunstâncias do caso, revela-se que o PAD instaurado contra os impetrantes fora conduzido dentro dos estritos limites da legalidade, razão pela qual, inexistindo direito líquido e certo a ser tutelado, a denegação da segurança é medida imperativa. QUESTÃO PRELIMINAR DE DECADÊNCIA REJEITADA. SEGURANÇA DENEGADA. UNÂNIME. (Mandado de Segurança Nº 70068077890, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 26/06/2017)

E a 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça Gaúcho, também, comunga do entendimento:

> APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ANULATÓRIA DE PAD. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. DEMISSÃO CONVERTIDA EM SUSPENSÃO. PRAZO.
>
> 1. O prazo prescricional da pretensão punitiva deve considerar a pena prevista para a infração cometida pelo servidor. No caso, ainda que a pena de demissão aplicada tenha sido comutada para suspensão, tal fato não altera o prazo prescricional incidente.
>
> (...)
>
> Apelação Cível n°. 70069976389 4ª Câmara Cível do TJ/RS. Des. Relator . FRANCESCO CONTI, julgado em 31/08/2016.

E no corpo do acórdão foi dito:

> A contagem do prazo prescricional deve se dar de acordo com a pena prevista para a prática imputada ao agente. No caso, o autor/apelado foi acusado com base no art. 191, III, da Lei nº 10.098/94, punível com demissão (fl. 114); e por fim foi efetivamente aplicada a pena de demissão (fl. 396), comutada em pena de suspensão por noventa dias considerando circunstância atenuante. Tal conversão da punição não altera o prazo prescricional.
>
> Assim, o prazo prescricional incidente no presente caso deve ser o aplicável à pena de demissão (24 meses), conforme art. 197, IV, da mesma lei (na redação dada pela LC nº 11.928/03, vigente à época).

Ainda, salienta-se que a possibilidade de comutação como abrandamento da sanção se assemelha à substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direito no âmbito do direito penal e quanto ao tópico o STJ firmou o entendimento que a prescrição é a da pena originária.

Nesse sentido:

> Prescrição. Substituição de pena Contagem do lapso prescricional. Trânsito em julgado Havendo substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direito, a contagem do lapso prescricional continua sendo a mesma estabelecida para a prescrição da pena corporal, uma vez que a sanção pecuniária, neste caso, não é autônoma, mas, sim, substitutiva a ela. Desta forma, com o trânsito em julgado da sentença para a acusação, a prescrição regula-se pela pena aplicada, o que se reconhece, na espécie, em sua modalidade superveniente, uma vez que ocorrida depois da sentença. PR 10000920030008326 RO 100.009.2003.000832-6.
>
> HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.
>
> 1. Com o intuito de homenagear o sistema criado pelo Poder Constituinte Originário para a impugnação das decisões judiciais, necessária a racionalização da utilização do habeas corpus, o qual não deve ser admitido para contestar decisão contra a qual exista previsão de recurso específico no ordenamento jurídico.
>
> 2. Tendo em vista que a impetração aponta como ato coator acórdão proferido por ocasião do julgamento de agravo em execução penal, contra a qual seria cabível a interposição do recurso especial, depara-se com flagrante utilização inadequada da via eleita, circunstância que impede o seu conhecimento.
>
> 3. Tratando-se de writ impetrado antes da alteração do entendimento jurisprudencial, o alegado constrangimento ilegal será enfrentado para que se analise a possibilidade de eventual concessão de habeas corpus de ofício. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONTAGEM A PARTIR DO QUANTUM DE SANÇÃO CORPORAL IMPOSTA AO ACUSADO. INOCORRÊNCIA DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO PACIENTE. 1. De acordo com o parágrafo único do artigo 109 do Código Penal, "aplicam-se às penas restritivas de direitos os mesmos prazos previstos para as penas privativas de liberdade". 2. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que a pena restritiva de direitos prescreve no mesmo prazo em que prescreveria a pena privativa de liberdade que substituiu. 3. Assim, ainda que a reprimenda restritiva de direitos tenha sido estipulada em lapso inferior ao fixado para a pena privativa de liberdade, a quantidade de sanção corporal é que deve ser considerada para fins de cálculo do prazo prescricional.

> 4. No caso dos autos, o paciente foi condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, tendo a pena privativa de liberdade sido substituída por duas reprimendas restritivas de direitos consistentes na prestação de serviços à comunidade por 2 (dois) anos e multa, motivo pelo qual a prescrição da pretensão executória ocorre em 8 (oito) anos, prazo que deve ser reduzido à metade, uma vez que o acusado era menor de 21 (vinte e um anos) à época dos fatos, nos termos dos artigos 109, inciso V, e 115 do Código Penal.
>
> 5. Todavia, entre a data do trânsito em julgado para a acusação, 10.7.2007, e o início do cumprimento da pena restritiva de direitos, em 27.7.2009, não transcorreram mais de 4 (quatro) anos, motivo pelo qual se revela inviável o reconhecimento da extinção da punibilidade do paciente.
>
> 6. Habeas corpus não conhecido. Processo HC 229257 SP 2011/0309641-5. Órgão Julgador QUINTA TURMA

Oportuno referir que a jurisprudência administrativa da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul – PGE/RS – sobre a matéria em análise há muito tempo se firmou neste mesmo sentido, conforme revela a seguinte passagem do Parecer n.º 12.779, da lavra do eminente Procurador do Estado Marcos Antônio Miola, aprovado pelo Governador do Estado em 10 de julho de 2000, publicado no Diário Oficial em 25 de setembro de 2000:

> "[...] De ressaltar não se poder cogitar, aqui, de ocorrência de prescrição da ação disciplinar, uma vez que, conforme reiteradas decisões administrativas, a suspensão é aplicada como comutação de pena mais grave, demissão, cujo prazo prescricional, dezoito meses no caso, ainda não fluiu. [...]"

5. REFLEXÃO SOBRE O PARADIGMA DO STJ QUE ENTENDEU COMO APLICÁVEL O PRAZO DE PRESCRIÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO AUTONOMAMENTE CONSIDERADA

O STJ no julgamento do RMS n.º 43.095/RS, tratou o assunto da prescrição da pena de demissão comutada em suspensão da seguinte forma:

> RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. AGENTE PENITENCIÁRIO. DEMISSÃO CONVERTIDA EM SUSPENSÃO POR 90 DIAS. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO PRAZO CRIMINAL NO CASO CONCRETO. RÉU ABSOLVIDO. IMPOSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA EM SEDE ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA.
>
> 1. Essa Corte de Justiça firmou compreensão no sentido de que, mesmo configurando a falta administrativa também ilícito penal, nos casos em que houver absolvição na esfera criminal, deve ser

> afastada a aplicação da regra penal para fins de prescrição, regendo-se a matéria apenas pela legislação administrativa. Precedentes.
>
> 2. Na hipótese, considerando-se que o prazo prescricional previsto para a pena em concreto - suspensão por 90 dias - é de 12 meses, nos termos do art. 197, inciso II, da Lei Complementar Estadual n.10.098/94, bem como que a Portaria que instaurou o Procedimento Administrativo Disciplinar contra o recorrente foi publicada em 31/12/2010, e ainda que a decisão que aplicou a sanção administrativa foi publicada em 10/12/2012, tem-se por configurada a prescrição.
>
> 3. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento.
>
> (RMS 43.095/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 13/11/2015)

Primeiro, cumpre ser dito que a decisão do STJ, antes referida, não tem força de precedente cuja observância seja obrigatória. Segundo, em que pese ter mencionado expressamente o estatuto funcional gaúcho, o tema foi enfrentado sob a visão da Lei Federal, que não possui a previsão de aplicação da pena de suspensão como gradação da penalidade máxima.

Conforme mencionado em tópicos antecedentes, a Lei Complementar n.º 10.098/94 é praticamente o único estatuto funcional, fora alguns municípios gaúchos, que contempla a possibilidade de aplicação da pena de suspensão como gradação da pena mais grave e, portanto, acredita-se que por ser situação ímpar, a decisão referida, tal como posta não avaliou a peculiaridade e acabou por compreender que a pena aplicada foi a de suspensão, sem considerar que, na verdade a pena efetivamente aplicada foi a de demissão. Situação símile, como já dito é encontrada no âmbito penal, quando a pena privativa de liberdade é substituída por uma privativa de direito.

Ademais, qualquer decisão judicial que importe em declaração de nulidade de ato administrativo, em razão da nova diretriz da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB e em atenção à segurança jurídica na aplicação do direito deve atender, mais precisamente os artigos 20 a 24, introduzidos pela Lei nº. 13.655/18.

A decisão que invalida ato administrativo punitivo, na sua motivação, deve demonstrar que foi necessária e mais adequada, explicando, inclusive porque não são cabíveis alternativas, nos termos do artigo 20, parágrafo único, da LINDB.

De mais a mais, a decisão ao invalidar o ato de punição do servidor, deve indicar suas consequências jurídicas e administrativas, nos termos do artigo 21, caput, da LINDB.

Nesse sentido, considerada prescrita a pena de suspensão, repristinaria a pena de demissão? Estaria a administração autorizada a demitir o servidor, no caso?

Por último, ao invalidar uma situação plenamente constituída, conjugando-se a orientação dos dispositivos dos artigos 21, parágrafo único, 23 e 24, da LINDB, a decisão deve levar em consideração a orientação administrativa geral presente na época, ou no mínimo, modular os efeitos da decisão impondo regulação.

A administração pública estadual pautou-se há anos, inclusive atendendo aos ditames da Lei Complementar n.º 10.098/94, mais precisamente o artigo 187, § 1.º e o artigo 189, inciso IV, pela possibilidade de aplicação da pena de demissão comutada em demissão convertida em suspensão em razão da natureza da infração, gravidade e circunstâncias atenuantes, sendo que o prazo prescricional aplicável é o da pena em concreto, ou seja, de vinte e quatro meses ou cinco anos, conforme a data da prática dos fatos, antes ou depois de 30/12/2015, previsto para demissão.

Assim, a Administração regulou-se segundo o disposto expressamente no artigo 22, § 2.º, da LINDB, pois em atenção a proporcionalidade e razoabilidade, a pena foi abrandada em razão das atenuantes, sendo que tal circunstância não pode servir à impunidade.

No mínimo, a decisão tal como posta merecia adequação de modo a preservar a situação consolidada e que gerou efeitos à época, sendo o mais importante o caráter educativo da reprimenda, afastando o grande prejuízo da impunidade da conduta do servidor faltoso no serviço público.

6. CONCLUSÃO

Nesse contexto, o que se almeja firmar com a presente tese é a possibilidade, agora plenamente justificada, ante ao artigo 22, § 2.º, da LINDB, da adoção pelos demais entes federados, da comutação da pena demissória em pena suspensiva, sendo no caso aplicável o prazo prescricional da pena originária, qual seja, da demissão, nos moldes do Direito Penal. Nesse sentido, preserva-se a justiça e atende-se aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ademais, a proposição feita constitui-se em desafio ao advogado público que deve observar que a aplicação de sanção em medida superior à necessária, caracteriza a desproporcionalidade e, consequentemente, a ilegalidade, ou seja, não atende ao interesse público.

REFERÊNCIAS

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. Lei Complementar n.º 10.098, de 03 de fevereiro de 1994. Dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul. Assembleia Legislativa. Rio Grande do Sul, RS. Disponível em http://www.al.rs.gov.br/legis. Acesso em 29 de maio de 2018.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA. Lei Complementar n.º 14.821, de 30 de dezembro de 2015. Altera a Lei Complementar n.º 10.098, de 03 de fevereiro de 1994, que dispõe sobre o estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande

do Sul. Disponível em http://www.al.rs.gov.br/legis. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 set. 1942. p.13635. Disponível em http://www2.camara.leg.br. Acesso em 29 de maio de 2018.

BRASIL. Lei n.º 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei n.º 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 abr. 2018. p.1. Disponível em http://www2.camara.leg.br. Acesso em 29 de maio de 2018.

CAXIAS DO SUL. Prefeitura Municipal. Lei complementar n.º 3.673, de 24 de junho de 1991. Estabelece o Estatuto que institui e regula o regime jurídico único dos servidores públicos do Município de Caxias do Sul e dá outras providências. Disponível em https://caxias.rs.gov.br/uploads/documents/2018/01/22/cb987f46-a055-4624-bad9-45303daf89b1.pdf. Acesso em 29 de maio de 2018.

PORTO ALEGRE. Prefeitura Municipal. Lei Complementar Municipal n.º 133, de 31 de dezembro de 1985. Estabelece o Estatuto dos Funcionários Públicos do Município de Porto Alegre. Disponível em http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nph-brs-s1=000022205.DOCN.&l=20&u=/netahtml/sirel/simples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT. Acesso em 29 de maio de 2018.

SANTA MARIA. Prefeitura Municipal. Lei Municipal nº 3.326, de 04 de junho de 1991. Dispõe sobre o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Municipais e dá outras providências. Disponível em http://www.santamaria.rs.gov.br/docs/leis/lm_3326_regime_juridico_unico.pdf. Acesso em 29 de maio de 2018.

STF, RMS 34004 ED-AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 17/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-283 DIVULG 07-12-2017 PUBLIC 11-12-2017. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14193902.

STJ, AgRg no REsp 915.902/RS, Rel. Ministro ERICSON MARANHO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 04/02/2016, DJe 18/02/2016. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700024774&dt_publicacao=18/02/2016.

STJ, Processo HC 229257 SP 2011/0309641-5. Órgão Julgador QUINTA TURMA. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=229257+&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

STJ, RMS 43.095/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2015, DJe 13/11/2015. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=43095&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true.

TJRS, Apelação Cível Nº 70024702052, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 04/08/201.

TJRS, Mandado de Segurança Nº 70070491956, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Angela Terezinha de Oliveira Brito, Julgado em 03/04/2017.

TJRS, Apelação Cível n°. 70069976389 4ª Câmara Cível do TJ/RS. Des. Relator: FRANCESCO CONTI, julgado em 31/08/2016.

TJRS, Mandado de Segurança Nº 70068077890, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 26/06/2017.

CONSENSUALIDADE E SOLUÇÕES NEGOCIADAS: ALTERNATIVAS À AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA EM FACE DA OCUPAÇÃO DE IMÓVEIS PÚBLICOS POR PARTICULARES

Nilton Carlos de Almeida Coutinho [1]

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo destacar a possibilidade da utilização – pela Administração Pública – de soluções negociadas em decorrência de ocupações irregulares de imóveis públicos por particulares. Assim, não obstante se reconheça a possibilidade de utilização da autotutela administrativa, o presente texto apresenta critérios que poderão orientar a utilização de soluções consensuais, sob a ótica o interesse público primário e proteção dos direitos fundamentais.

1. INTRODUÇÃO

O direito administrativo tem evoluído muito ao longo dos anos. Assim, a ideia de um Estado monopolista e autoritário, com poder supremo em relação aos administrados não mais se justifica.

Em decorrência dessa evolução, instrumentos de participação popular na gestão pública têm surgido e se desenvolvido nas últimas décadas criando uma nova forma de Administração Pública lastreada no diálogo, na negociação, no acordo, na coordenação, na descentralização, na cooperação e na colaboração. Busca-se, assim, consagrar uma estrutura notadamente participativa, com vistas à realização do ideal democrático e em harmonia com os princípios constitucionais que consagram o regime jurídico administrativo.

Do mesmo modo, é possível afirmar-se que as formas de composição consensual de conflitos pela via administrativa apresentam-se como vias de fomento de civismo, de aperfeiçoamento da participação cívica e de agilização das relações sócioeconômicas.[2] Nesse cenário, merece destaque a busca de soluções consensuais em face da ocupação de imóveis públicos por particulares.

Trata-se de um tema relevante em face das repercussões trazidas para a Administração Pública e para os administrados (abrangendo tanto aqueles que estejam na posse de imóveis públicos, quanto de terceiros que serão impactados pela manutenção ou cessação da ocupação implementada).

---

1 Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: nccoutinho@sp.gov.br.

2 MAIA, Taciana Mara Corrêa. **A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa**. In: Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS v. 16 n. 31. Jan./Jun. 2014. Disponível em https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf. Acesso em 23 jul. 2018.

Aliás, segundo entendimento de Marcus Vinicius Corrêa Bittencourt, a utilização harmônica (e proporcional) de instrumentos de autoridade ou de consensualidade pela Administração Pública para melhor adequação das atividades administrativas pode-se constituir como instrumento extremamente viável dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, permitindo-se o atingimento de metas públicas da maneira menos onerosa ao cidadão.[3]

Para o adequado equacionamento e solução do problema decorrente de tais ocupações é crucial levar em conta os bens jurídicos que se encontram em discussão, merecendo destaque os bens públicos e o direito fundamental à moradia, previstos em nossa Constituição Federal. É o que se verá na sequência.

2. DA PROTEÇÃO DOS BENS IMÓVEIS

O direito de propriedade é um direito fundamental expressamente previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXII). Do mesmo modo, o legislador constituinte condicionou o exercício de tal direito ao atendimento da função social da propriedade (art. 5º, XXIII).

Acrescente-se, ainda, por oportuno, que, segundo expressa disposição constitucional (art. 182, § 2º) a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

Por outro lado, aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural. (Art. 183). É o que se denomina "usucapião urbano".

Assim, o proprietário de imóvel urbano ou rural deve exercer seu direito dentro das diretrizes fixadas pela Constituição Federal, sob pena de sofrer sanções, caso sua utilização se desvirtue dos objetivos constitucionalmente estabelecidos. Observe-se, no entanto, que, diferentemente do que pode ocorrer com os bens privados, os imóveis públicos não podem ser adquiridos por usucapião.

Desse modo, é possível afirmar-se, desde já, que a disciplina jurídica dos bens imóveis privados é diversa da disciplina jurídica dos bens imóveis pertencentes ao poder público. Tal diferença se dá em razão do regime jurídico que orienta a proteção de tais bens jurídicos. Assim, tem-se que, no âmbito do direito público, vige o princípio da indisponibilidade do interesse público, de tal forma que os bens, direitos, interesses e serviços públicos não se encontram à livre disposição dos órgãos públicos, a quem cabe deles cuidar e proteger.

3 BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005, p. 36**

3. DAS DIFERENÇAS ENTRE O REGIME PÚBLICO E O REGIME PRIVADO

Conforme mencionado, há diferenças significantes em relação à disciplina jurídica da proteção dos bens públicos e dos bens privados no ordenamento jurídico brasileiro. E tais diferenças encontram amparo nos princípios orientadores destes dois regimes jurídicos. Assim, tem-se que o regime jurídico administrativo estabelece um tratamento próprio e peculiar entre o administrador público e seus administrativos, em comparação àquele entre os particulares.

Especificamente em relação ao regime jurídico de direito público JUSTEN FILHO o conceitua como o conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades de interesse coletivo, que estejam vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais e que se caracterize pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins de interesse público.[4]

Nessa linha, registre-se que a gestão pública se distingue da gestão privada de bens jurídicos em razão dois aspectos centrais, quais sejam: os princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público, os quais se constituem como pilares do regime jurídico-administrativo. Aliás, segundo assevera Celso Antônio Bandeira de Mello,[5] todo o sistema de direito administrativo se constrói sobre os princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela administração.

Tal princípio se justifica em razão do fato de que o administrador não goza de livre disposição dos bens que administra, pois o titular desses bens é o povo. Nessa linha, é possível afirmar-se que a supremacia do interesse público sobre o particular constitui-se como uma prerrogativa necessária à consecução das finalidades estatais.[6] Aliás, as prerrogativas que colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, têm como objetivo primordial o benefício da coletividade.

Observe-se, ainda, que, na esfera administrativa, a denominada "indisponibilidade do interesse público" se justifica em função da natureza dos bens tutelados pela Administração Pública. Isso porque o interesse público é, na verdade, o interesse do corpo social, ou seja: o interesse da coletividade, razão pela qual o administrador não pode dele dispor, uma vez que este não lhe pertence. Assim, a Administração passa a ser uma mera "curadora" de interesses coletivos.[7]

---

4 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** Editora Saraiva. São Paulo, 2015

5 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 28.

6 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; NAKAMURA, André Luiz dos Santos (org.). **Direito administrativo** Coutinho: Brasília, 2017

7 NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Administração pública e princípios administrativos. In: NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (org.) **Direito administrativo**. Brasília: Coutinho, 2016.

Desse modo, conclui-se que a administração dos bens públicos rege-se pelas normas do Direito Público "aplicando-se supletivamente os preceitos do Direito Privado no que aquelas forem falhas ou omissas"[8] Tal afirmação traz consequências significativas no âmbito do exercício da autotutela por parte do titular de um direito lesado por terceiro.

4. DA AUTOTUTELA

A autotutela constitui-se como uma das formas mais antigas para resolução de litígios. Por meio dela o próprio titular do direito lesado busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o a outra parte envolvida. Em outras palavras: o indivíduo lança mão de sua própria força para obter a satisfação pretendida.

Com o surgimento do Estado, a autotutela no âmbito do direito privado passou a ser aceita somente em situações excepcionais. Isso porque, no momento em que o Estado passou a reger a vida da sociedade, tomou para si a função/dever de intervir na vontade das partes. O Estado assumiu, então, o papel de protetor, mediador das relações sociais, fazendo as vezes de estado-protetor e de estado-juiz.[9]

Assim, tem-se que, no ordenamento jurídico brasileiro atual, a autotutela é admitida somente quando prevista em normas jurídicas.

4.1 DA AUTOTUTELA NAS RELAÇÕES DE DIREITO PRIVADO

No âmbito das relações privadas, o Código Civil estabelece, em seu artigo 1.210, que o possuidor do imóvel tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, e restituído no de esbulho, além do direito de ser segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.

Do mesmo modo, o § 1º do referido artigo permitiu ao possuidor o direito do exercício da autotutela. Registre-se, entretanto, que esse permissivo legal constitui uma exceção ao ordenamento jurídico privado, o qual proíbe – como regra – o uso da força para a defesa de um direito. Nessa linha, o referido parágrafo estatui que "o possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo".

Registre-se, ainda, que, nesta hipótese, os atos de defesa (ou de desforço) não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse. Vê-se, aqui, a presença do requisito da proporcionalidade entre o direito violado e a medida defensiva utilizada.

Há, assim, dois requisitos fundamentais para o exercício da autotutela pela pessoa privada que venha a ser vítima de turbação ou esbulho possessório: a

8 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

9 SIQUEIRA, Nayara Gonçalves. **Autotutela no Direito Civil brasileiro. Análise crítica acerca dos institutos da legítima defesa e do desforço imediato**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60890/autotutela-no-direito-civil-brasileiro. Acesso em 30 jun. 2018.

imediatidade da ação e a proporcionalidade no uso da força, a qual não poderá ir além do indispensável à manutenção ou restituição da posse. Desse modo, deve o titular do bem jurídico atuar da forma menos onerosa e com estrita observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade[10].

Outra observação importante para o estudo do tema refere-se à autoexecutoriedade no âmbito do direito privado e no âmbito do direito público. Neste aspecto, tem-se que, no direito privado, a autoexecutoriedade é admitida de forma excepcional, uma vez que foi conferido ao Estado o monopólio da prestação jurisdicional. Já no âmbito da Administração Pública a autoexecutoriedade autoriza a prática do ato de polícia administrativa pela própria Administração, sem a necessidade de mandado judicial. Observe-se, entretanto, que é imprescindível que a autoexecutoriedade do ato administrativo obedeça estritamente aos princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Por fim, registre-se que, na esfera privada, a autodefesa da posse somente pode ser feita nas hipóteses e nos limites expressamente autorizados; caso contrário, o titular do direito terá que se valer das medidas judiciais admitidas para a situação em análise.[11]

4.2 DA AUTOTUTELA NAS RELAÇÕES DE DIREITO PÚBLICO

Já na seara do direito público observa-se que a autotutela possui contornos diversos dos apresentados no âmbito do direito privado. Aliás, muitos autores, a autotutela administrativa constitui-se como um princípio implícito, ao lado da supremacia do interesse público, da indisponibilidade, da continuidade dos serviços públicos, da segurança jurídica, da razoabilidade e da proporcionalidade[12]".

A noção de autotutela é concebida como um princípio informador da atuação da Administração Pública, derivado, entre outros, do princípio da legalidade. Isso porque o Poder Público encontra-se submetido à lei, de tal modo que sua atuação se sujeita a um controle de legalidade. Assim, se a Administração Pública encontra-se sujeita ao princípio da legalidade deve ela, verificando a ocorrência de ato ilegal, por sua própria conta declarar estes atos nulos.[13]

Desse modo, tem-se que, se na esfera privada a autotutela se constitui como uma exceção, na esfera pública tem-se que a autotutela administrativa se constitui como um atributo conferido à Administração Pública correspondente ao

10 ALONSO Ricardo Pinha; BERNARDI, Renato. Poderes da administração. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; NAKAMURA, André Luiz dos Santos (org.). **Direito administrativo.** 2. Ed. Brasília: Coutinho, 2018

11 COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Direito à educação e ocupação de escolas públicas: um estudo acerca da autotutela administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. In: **Revista de Direito Administrativo**, 2018.

12 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, p. 26-31.

13 COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; Nakamura, André Luis Santos (org.). **Direito administrativo**. Coutinho: Brasília, 2017.

poder-dever de anular ou revogar os seus próprios atos, quando estes forem, respectivamente, ilegais ou contrários ao interesse público.

Assim, diferentemente do que ocorre na esfera privada, o ato de defesa do patrimônio público, pela Administração, é autoexecutável, como o são, em regra, os atos de polícia administrativa, que exigem execução imediata amparada pela força pública, quando isto for necessário."[14]

Consoante ensina a doutrina, a autoexecutoriedade é um dos atributos do poder de polícia, consistente na faculdade que possui a Administração Pública de espontaneamente (e sem a necessidade de autorização prévia do Poder Judiciário) zelar por seus **atos administrativos** e **bens públicos.** É, portanto, a faculdade de a Administração decidir e executar diretamente sua decisão por seus próprios meios, sem a interveniência do Poder Judiciário. Para Irene Nohara, enquanto os particulares protegem a propriedade privada mediante ações judiciais, a Administração Pública pode tutelar sua propriedade por medidas de polícia administrativa, visando afastar a ação danosa do particular relativa a seus bens.[15]

Com base nesse raciocínio, Dalmo de Abreu Dallari defende que a autotutela (no âmbito da Administração Pública) significa ela própria tomar medidas protetoras para o seu patrimônio. Se não conseguir, aí, sim, ingressa com um pedido no Poder Judiciário. Tal possibilidade fundamenta-se nas regras que tratam do direito de propriedade da Constituição e é perfeitamente possível nos casos de invasão de bens púbicos, porquanto tal ato é ilegal, surgindo para o Estado o dever de proteger e preservar seu patrimônio, possibilitando condições para que o mesmo seja usado ao fim que é destinado.[16]

Assim, tem-se que, para preservar os bens contra apropriação de terceiros, a Administração poderá adotar medidas fortes, por si própria, utilizando mesmo a força, para retirá-los de quem os detenha ilegalmente; para alguns autores, tal conduta da administração seria um desdobramento do princípio da autotutela administrativa.[17]

Registre-se, contudo, que alguns doutrinadores defendem a necessidade de autorização judicial para a adoção de medidas relacionadas à utilização de força para a recuperação da posse de um bem jurídico público violada por meio de turbação ou esbulho. Nesta linha, cite-se o posicionamento de Marcos de Oliveira Vasconcelos Júnior[18] para quem o princípio da segurança jurídica, em seu

14 CRETELLA JÚNIOR José. Da autotutela administrativa. In: **Revista de Direito administrativo**. Rio de Janeiro, 108: 47-63 abr./jun. 1972.

15 NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014

16 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Entrevista**. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/especialistas-divergem-sobre-parecer-que-aceita-reintegracao-sem-mandado.html. Acesso em 10 jan. 2018.

17 MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: revista dos tribunais, 2014, p. 286/287.

18 VASCONCELOS, Marcos De Oliveira. **Autotutela Administrativa e Alguns Limites Decor-**

conteúdo material, impõe limites à autotutela administrativa. Assim, para o referido autor, "o princípio da segurança jurídica vão emanar algumas regras de atuação para a Administração Pública que limitarão o poder-dever do Estado de exercício da autotutela, entre as quais se passa a analisar o dever de proteção à confiança legítima, a teoria dos atos próprios e o dever de respeito aos precedentes, sejam eles administrativos ou judiciais."

Nada impede, entretanto, que o poder público se socorra do poder judiciário para a proteção de seus interesses. Porém, não há tal exigência no âmbito da Administração Pública, cabendo a esta (segundo juízo de oportunidade e conveniência) optar pela solução que melhor lhe aprouver.

Há, porém, uma terceira possibilidade que deve ser estimulada no intuito de proteger, de forma eficaz, o interesse da Administração Pública e – também - os direitos fundamentais dos indivíduos que, eventualmente, tenham invadido imóveis públicos: trata-se da possibilidade de solução negociada entre as partes. Tal solução pode trazer uma serie de vantagens para a Administração Pública (uma vez que evita o exercício da força por meio do poder de polícia) e, ao mesmo tempo, traz condições para permitir a manutenção da dignidade das pessoas que tenham invadido tal área, protegendo-se de forma mais efetiva, o direito à moradia.

5. DO DIREITO À MORADIA

O Direito administrativo pode ser definido como o "conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam a atividade administrativa pública necessária à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho."[19] Tem, portanto, papel primordial na manutenção do Estado democrático de direito e na proteção do interesse público e dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Paralelamente às prerrogativas e peculiaridades que norteiam a proteção de bens públicos, faz-se necessário observar que os eventuais grupos invasores também possuem um direito que precisa ser tutelado e protegido pelo Estado: trata-se do direito à moradia. Isso porque a supremacia do interesse público sobre o privado deve respeitar (como limite e fundamento para seu exercício) a dignidade da pessoa humana, uma vez que não há como o Estado atender os anseios e necessidades da coletividade sem antes assegurar a tutela desse bem jurídico fundamental.

Neste aspecto, aliás, cite-se a Medida Provisória 2.220/2001, que assegura a ocupação de bens públicos em favor dos particulares menos favorecidos economicamente, concretizando a vertente da dignidade da pessoa humana.

---

rentes da Segurança Jurídica. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1237. Acesso em 10 jan. 2018.

19 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 90.

A preocupação com a moradia foi prevista em nossa Constituição Federal, a qual – por meio da Emenda Constitucional n. 26, de 2000 – incluiu, expressamente, o direito à moradia como um direito social, demonstrando sua importância para a manutenção da dignidade da pessoa humana.

Segundo estabelece o art. 6º da CRFB "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição". Nessa linha, registre-se que o direito à moradia é reconhecido como um direito humano em diversas declarações e tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário.[20]

Tratando-se de um direito social, surge para o Estado o dever de agir na defesa de tal bem jurídico. Destaque-se, ainda, que o dever da Administração Pública em relação à proteção desse direito encontra-se expressamente previsto na Constituição Federal, a qual estabelece ser competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico. (art. 23, IX)

Consoante assevera Adriana da Costa Ricardo Schier,

> o Estado Brasileiro existe para promover o desenvolvimento da pessoa humana, mediante a garantia a todos os indivíduos de um núcleo de direitos fundamentais, a partir de uma perspectiva material e, portanto, por vezes, através da ação interventiva do poder público, limitada pelo Direito. É, pois, em torno dos direitos fundamentais e, notadamente, da dignidade humana, que gira a Administração Pública.[21]

Assim, em que pese o direito do poder público de, sem a intervenção do poder judiciário, adotar as medidas necessárias para recuperar a posse de imóveis de sua propriedade que se encontrem em poder de terceiros, deve-se levar em conta que o direito à moradia também é um direito que precisa ser protegido pelo Poder Público.

Assim, diante da natureza jurídica dos bens em discussão é possível que, em determinadas situações, seja preferível a busca de soluções negociadas ao invés do exercício do poder de polícia pelo ente público. É o que se verá na sequência.

---

20 Citem-se como exemplos: a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (artigo XXV, item 1); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (artigo 11); a Convenção Internacional sobre Eliminação de todas as formas de Descriminação Racial de 1965 (artigo X); a Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Descriminação contra a mulher de 1979 (artigo 14.2, item h); na Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (artigo 21, item 11); a Declaração sobre Assentamentos Humanos de Vancouver de 1976 (Seção III (8) e Capítulo II); etc.

21 SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77

6. DA CONSENSUALIDADE E A BUSCA DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS

Com o desenvolvimento do direito e, principalmente, com aprimoramento dos modelos de governo democráticos, tem crescido os estudos e pesquisas relacionadas à busca de soluções consensuais e negociadas em vários ramos do direito, incluindo-se o direito administrativo. Aliás, como bem salienta José Casalta Nabais

> a ideia de que o direito público, nas relações entre o indivíduo e o Estado, tem como campo de aplicação os actos de autoridade (actos em que o Estado manifesta o seu imperium e impõe a sua autoridade ao administrado) está, desde há muito tempo, ultrapassada.[22]

Nesse aspecto, vê-se a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos. Surge, assim, o estímulo a uma cultura do diálogo.

Nesse cenário, aponta-se para o surgimento de uma Administração pública dialógica, a qual contrastaria com a Administração pública monológica, refratária à instituição e ao desenvolvimento de processos comunicacionais com a sociedade.

Conforme assevera Diogo de Figueiredo Moreira Neto a consensualidade permite que o Poder Público passe a "estimular a criação de soluções privadas de interesse público, concorrendo para enriquecer seus modos e formas de atendimento"[23].

Na mesma linha, MEDAUAR entende que a atividade de consenso-negociação entre Poder Público e particulares passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela Administração. Assim, a Administração passa a refletir, de forma aprofundada, acerca dos problemas e aspirações da sociedade criando espaço fecundo para o consenso e a participação popular na tomada de decisões administrativas.[24]

É certo que não se nega ao Estado o direito de retomar prédios públicos ocupados ilicitamente por meio de seus órgãos de polícia administrativa, ou seja: sem intervenção do Judiciário. Isso se dá em razão da possibilidade de *autotutela administrativa, a qual se constitui como* regra no direito público.

Contudo, a recuperação da posse do imóvel estatal que, indevidamente, esteja em poder de terceiros pode, no caso prático, trazer uma série de problemas de ordem econômica e social para aquela região, havendo, inclusive, o risco de danos à integridade física de pessoas, etc. É uma situação complexa, haja vista

22 NABAIS, José Casalta. **Contratos fiscais**. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 24

23 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 39

24 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. São Paulo: RT, 2003, p. 78

a presença – não raras vezes – de crianças, idosos e outros grupos sociais mais vulneráveis.

Assim, não obstante o poder público possa, efetivamente, adotar as medidas necessárias para a recuperação da posse do referido imóvel é aconselhável, sob a ótica dos direitos fundamentais, que se busque junto aos invasores a busca de uma solução consensual.

A utilização de meios consensuais pela Administração ganha relevância na medida em que estes se transformam em instrumentos da participação dos particulares no processo de tomada das decisões administrativas, possibilitando uma melhor aceitação por parte dos administrados, uma vez que: a) permite que a retirada dos ocupantes seja feita de forma pacífica e sem a necessidade da força estatal; b) permite que haja um tempo razoável para que as pessoas encontrem um novo local (ainda que provisório) para viverem com dignidade; e c) possibilita aos ocupantes a retirada de seus bens pessoais e outros que se façam necessários, reduzindo os danos por eles sofridos.

Tal relevância pode ser observada, inclusive, no novo CPC (lei 13.105/2015) o qual instituiu um sistema coparticipativo/cooperativo no qual os direitos fundamentais apresentam acentuada relevância e os sujeitos processuais adquirem voz ativa e plena capacidade de interlocução. Nessa linha, tem-se que a busca por soluções mais céleres, autônomas e efetivas dos conflitos administrativos se manifesta em consonância com os parâmetros constitucionais de legalidade, moralidade e eficiência, bem como com a atuação de uma Administração Pública moderna e preocupada com a sociedade contemporânea.[25]

Ademais, a busca de soluções negociadas pode representar uma estratégia na qual as partes envolvidas na relação jurídica administrativa controvertida, mediante concessões recíprocas, previnem (ou amenizam) lesões a direitos. Porém, para que haja tal transação (no sentido amplo da palavra) é essencial que, além da existência de uma relação jurídica controvertida, haja o intuito das partes em colaborar, dialogando, participando ativamente e apresentando alternativas viáveis e factíveis para resolução do problema, por meio de concessões mútuas.[26]

Nessa linha, preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> *a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (eficiência); propiciam mais freios contra o abuso (legalidade); garantem a atenção a todos os interesses (justiça); pro-*

25 FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. A solução consensual de conflitos na Administração Pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4517, 13 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44481>. Acesso em: 23 jul. 2018

26 OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 104 p. 303 - 322 jan./dez. 2009

> *porcionam decisão mais sábia e prudente (legitimidade); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (civismo); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facialmente obedecidos (ordem)"*[27]

É este, aliás, o objetivo da Administração Pública consensual, a qual pode ser caracterizada como o realinhamento do direito administrativo a um discurso efetivamente moderno e apto ao seu papel essencial, qual seja, o de compatibilizar as prerrogativas públicas (as quais são imprescindíveis para a adequada – e eficiente - atuação estatal) com uma série de direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição Federal (como, por exemplo, o direito à moradia) inserindo o ser humano como centro da ordem jurídica.[28]

Para tanto, faz-se necessário ater-se para alguns princípios e regras, a saber:

6.1. DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Na visão de José dos Santos Carvalho Filho os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes, cabendo-lhes – apenas - geri-los, conservá-los e protege-los em prol da coletividade, que é a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.[29]

Desse modo, na esfera administrativa, a denominada "indisponibilidade do interesse público" se justifica em função da natureza dos bens tutelados pela Administração Pública. Assim, surge para o Estado o dever de agir na defesa de tais bens.

Contudo, a forma como se dará tal proteção encontra-se dentro da esfera de discricionariedade do poder público, o qual poderá optar pela alternativa que lhe pareça mais eficaz para a satisfação de tal interesse público. Assim, o gestor público, mediante juízo de conveniência e oportunidade pode decidir pela utilização do exercício da autotutela ou da solução negociada.

Isso porque é possível que, em determinada situação real, abrir mão de uma vantagem seja a única saída para a real proteção do interesse público primário.[30]

6.2. DA CONCESSÃO DE UM PRAZO MÍNIMO RAZOÁVEL PARA A SAÍDA PACÍFICA DOS INVASORES

Não obstante o interesse público seja indisponível, é possível transacionar alguns aspectos relacionados aos bens jurídicos tutelados. Aliás, mesmo nas

27 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 41

28 MAIA, Taciana Mara Corrêa. **A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa**. In: Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS v. 16 n. 31. Jan./Jun. 2014. Disponível em https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/31/artigos/artigo03.pdf. Acesso em 23 jul. 2018

29 FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** Editora Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2017.

30 CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008, pag. 76.

hipóteses de incidência de direitos indisponíveis, é possível a transação sobre forma e prazos de cumprimento da obrigação específica.[31]

Cite-se, por exemplo, os termos de ajustamento de conduta realizados na área ambiental. Em que pese a indisponibilidade do bem jurídico ambiental, o órgão público legitimado para a realização do TAC pode transacionar alguns aspectos relacionados ao tema, tais como prazo para recuperação ambiental, etc.

Ademais, é indiscutível que incumbe ao poder público o dever de os interesses da Administração e, também, os direitos fundamentais dos indivíduos. Assim, na medida em que a restrição de algum direito encontra fundamento na tutela de outro, impõe-se a observância dos critérios da proporcionalidade em relação às medidas a serem utilizadas para a desocupação e em relação a eventuais prazos concedidos pelo poder público.

6.3. DA INEXISTÊNCIA DO PERICULUM IN MORA

No caso de imóveis públicos que se encontrem, ilegalmente, na posse de terceiros é possível observar a existência de situações nas quais o local ocupado não possui de condições mínimas de salubridade, segurança e higiene, que possibilite a manutenção das pessoas naquele local, ainda que por curto espaço de tempo.

Nestas hipóteses, a utilização da autotutela, com a retirada imediata das pessoas que tenham invadido determinado bem público – é medida que se impõe, não havendo espaço para discricionariedade administrativa. Acrescente-se, ainda, que os bens públicos não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, justamente por serem inapropriáveis.

Nesse aspecto, a indisponibilidade, no contexto do Direito Administrativo, deixa de ser um mero "não poder dispor dos bens entregues à tutela do administrador" para ser um dever da Administração Pública de prover a coisa pública com equidade, isonomia, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, etc.[32]

Logo, estando presente o periculum in mora surge para a Administração Pública o dever de adotar, de imediato, as medidas necessárias para a proteção do patrimônio público e, principalmente, a proteção da vida dos administrados.

6.4. DA PROTEÇÃO AO INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO

Num primeiro momento, é possível afirmar-se que a utilização da autotutela administrativa pode se mostrar mais eficaz, sob a ótica da Administração Pública, uma vez que permite a imediata retirada dos ocupantes e a reintegração da posse do bem jurídico pela Administração Pública.

31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil**: inovações, alterações e supressões comentadas. 1 ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 45.

32 PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988.** Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001.

Contudo, há de se lembrar que, além do interesse da Administração Pública (interesse público secundário) há a presença do interesse público primário, consistente na proteção da coletividade. Aliás, o interesse público traduz-se justamente como o interesse do corpo social, ou seja: da coletividade.

A autotutela administrativa, em que pese a sua celeridade, pode trazer, no caso concreto, uma serie de transtornos, tais como: conflito entre o poder público e os invasores da área a ser reintegrada, danos ao patrimônio público e privado, além de criar novos problemas decorrentes do desalojamento dessa parcela da população que havia se apossado de tais bens públicos.

Assim, não havendo urgência extrema na retirada de tais famílias é possível (e até mesmo recomendável) que o Poder público busque a obtenção de uma saída consensual, ajustando-se um prazo para a retirada de tais famílias e seus pertences, evitando maiores danos à coletividade.

Dentre os acordos bem sucedidos, citem-se o processo de negociação entre a UNB e estudantes da referida Universidade, na qual, após uma série de reuniões entre as partes envolvidas e dois encontros de mediação com o Ministério Público Federal (MPF) firmou-se acordo no sentido de liberar completamente os prédios da Universidade, mediante assinatura de termo de compromisso com a Administração Superior.

7. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

A tutela da propriedade constitui-se como um direito fundamental que cria para o Estado o dever de atuar visando sua proteção. Contudo, apesar da propriedade ser um direito legalmente constituído, sua proteção não pode ser exercida ilimitadamente, devendo ser analisada à luz da função social consubstanciada no art. 5º, XXIII da Constituição Federal de 1988.

Do mesmo modo, os bens públicos merecem tutela jurídica adequada, de modo a cumprir sua função social, qual seja: sua utilização em prol do interesse público. É ele (o interesse público) que concede ao poder público prerrogativas necessárias para o desempenho eficiente das atividades para as quais o Estado fora criado.

Nesta linha, tem-se que à Administração Pública é facultado manter ou retomar a posse de seus bens em caso, respectivamente, de turbação ou esbulho, independentemente de ordem judicial. Tal prerrogativa decorre do princípio da autotutela administrativa da Administração Pública.

Contudo, não obstante as prerrogativas e poderes inerentes à atuação estatal, o incentivo a meios alternativos para solução de conflitos, por intermédio de negociação em busca de soluções menos agressivas, é uma medida salutar para a satisfação do interesse público primário, que é o bem comum.

Tais soluções, entretanto, devem levar em conta determinados princípios e regras, de modo a se obter melhores resultados, sob o ponto de vista social.

Assim, as soluções negociadas poderão ser adotadas quando não estiver presente o periculum in mora, o que criaria para o poder público o dever de agir imediatamente, por intermédio de seu poder de polícia, a fim de proteger os bens jurídicos ameaçados.

Nestes casos (nos quais não há urgência na retirada dos ocupantes) é indicada a realização de uma tentativa de solução negociada, fixando-se um prazo mínimo razoável para a saída pacífica dos ocupantes, devolvendo-se a posse do imóvel ao poder público proprietário do referido bem.

De qualquer modo, a atuação estatal, por meio do seu poder de polícia, ou por meio de soluções negociadas, deve ser feita sempre com vistas à proteção do interesse público para o caso concreto.

Registre-se, ainda, que a utilização de institutos consensuais de solução de litígios permite que a Administração Pública realize a audiência dos interessados, mantendo uma relação de diálogo na busca da solução dos problemas por meio da negociação de interesses, mas a decisão final caberá exclusivamente ao poder público.

Ante o exposto, propõe-se:

- Que, nas ocupações de imóveis públicos por particulares, o poder público avalie, mediante juízo de conveniência oportunidade, se a busca de soluções negociadas para o conflito se apresenta como medida mais adequada para o caso concreto.

- Que, na medida do possível, seja ofertado aos invasores a concessão de um prazo razoável para que seja feita a retirada pacífica das pessoas e respectivos bens móveis que lhes pertençam.

- Que eventuais soluções negociadas levem em consideração as peculiaridades do caso concreto e, em especial: a indisponibilidade do interesse público, a ausência do periculum in mora, a proteção ao interesse público primário e o aspecto temporal (no sentido de se conceder um prazo razoável dentro das necessidades do poder público).

- Que a busca de soluções negociadas não retira do ente público o poder de, a qualquer tempo, utilizar-se da autotutela administrativa, por meio do poder de polícia, a fim de recuperar a posse de imóvel que esteja indevidamente na posse de terceiros.

REFERÊNCIAS

ALONSO Ricardo Pinha; BERNARDI, Renato. Poderes da administração. In: COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida; NAKAMURA, André Luiz dos Santos (org.). **Direito administrativo.** 2. Ed. Brasília: Coutinho, 2018.

ALVES, Adalberto Robert. **Parecer AJG 193/2016, de 10 de maio de 2016. In:** Boletim Cepge, São Paulo, v. 41, n. 5, p. 35-51, set./out. 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2015.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. **Manual de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2005

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janerio: Forense, 2017.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Jus Podivrm. Salvador, 2008.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Direito à educação e ocupação de escolas públicas: um estudo acerca da autotutela administrativa no ordenamento jurídico brasileiro. In: Revista de Direito Administrativo, 2018.

CRETELLA JÚNIOR José. Da autotutela administrativa. In: **Revista de Direito administrativo.** Rio de Janeiro, 108: 47-63 abr./jun./1972

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Entrevista**. Disponível em: http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/05/especialistas-divergem-sobre-parecer-que-aceita-reintegracao-sem-mandado.html. Acesso em 10 jan. 2018.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby; SCHOLZE, Victor. A solução consensual de conflitos na Administração Pública promovida pelo novo Código de Processo Civil. In: **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4517, 13 nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/ artigos/44481>. Acesso em: 23 jul. 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAIA, Taciana Mara Corrêa. A administração pública consensual e a democratização da atividade administrativa. In: **Revista Jurídica UNIGRAN**. Dourados, MS v. 16 n. 31. Jan./Jun. 2014. Disponível em https://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/3 1/artigos/ artigo03 .pdf. Acesso em 23 jul. 2018

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: revista dos tribunais, 2014.

MEDAUAR, Odete. O direito administrativo em evolução. São Paulo: RT, 2003.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

NABAIS, José Casalta. Contratos fiscais. Coimbra: Coimbra, 1994

NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Administração pública e princípios administrativos. In: NAKAMURA, Andre Luiz dos Santos; COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (org.) **Direito administrativo**. Brasília: Coutinho, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil: inovações, alterações e supressões comentadas**. São Paulo: Editora Método, 2015

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2014

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 104 p. 303 - 322 jan./dez. 2009

PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabella Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly. **Os princípios da Constituição de 1988**. Lúmen Júris. Rio de Janeiro, 2001

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 77

SIQUEIRA, Nayara Gonçalves. **Autotutela no Direito Civil brasileiro. Análise crítica acerca dos institutos da legítima defesa e do desforço imediato.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60890/autotutela-no-direito-civil-brasileiro.

SIQUEIRA, Nayara Gonçalves. **Autotutela no Direito Civil brasileiro. Análise crítica acerca dos institutos da legítima defesa e do desforço imediato**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60890/autotutela-no-direito-civil-brasileiro. Acesso em 30 jun. 2018.

VASCONCELOS, Marcos De Oliveira. **Autotutela administrativa e alguns limites decorrentes da segurança jurídica**. Disponível em: http://www.sintese.com/doutrina_integra.asp?id=1237. Acesso em 10 jan. 2018.

DISPUTE BOARDS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: A UTILIZAÇÃO DOS *DISPUTE BOARDS* COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Anna Carolina Migueis Pereira [1]

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a aplicabilidade dos *Dispute Boards,* modalidade intracontratual de resolução consensual de conflitos que vem ganhando importância nos cenários nacional e internacional, à Administração Pública e aos contratos administrativos.

1. INTRODUÇÃO: PROPOSTA E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

Em um modelo contratual ideal, existente somente em exemplos teóricos ou em ajustes de menor complexidade, as partes têm sob seu poder a possibilidade de estabelecer direitos e obrigações com base na antecipação de todos os possíveis efeitos relacionados a cada comportamento que possa ser adotado pelas partes, sendo eventuais lacunas satisfatoriamente supridas por regras previstas em leis e aplicáveis por mecanismo de mera subsunção.

Com o avanço técnico-científico do conhecimento e o consequente alargamento das necessidades humanas, a pretensão de completude dos contratos seguiu a mesma sorte da ideia da completude do ordenamento jurídico, que teve seu auge com Código Civil Napoleônico, mas, com o passar o tempo, acabou mostrando-se inviável. A intenção de total previsão das situações passíveis de materialização no mundo concreto revelou-se absolutamente incompatível com a complexidade da sociedade de riscos pós-moderna[2].

Especialmente os contratos que envolvam macrointeresses, como é o caso das áreas de construção civil e de infraestrutura, nas quais os riscos e as incertezas[3] acompanham os projetos desde o nascedouro até sua operacionalização (ou até mesmo após), a realidade, porém, é a de impossibilidade, não só jurídica

---

1 Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Procuradora do Município de Niterói (RJ). Doutoranda e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora Convidada do Programa de Pós-Graduação da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). E-mail: annacmigueis@gmail.com.

2 Expressão atribuída a Ulrich Beck em: BECK, U. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

3 Como ensina a Economia, o risco é formado por incertezas mensuráveis por critérios técnicos e/ou atuariais (logo, uma falsa incerteza), ao passo que a incerteza é aquela efetivamente não passível de mensuração. Para maiores informações, vide: KNIGHT, Frank. *Risk, Uncertainty and Profit* (Risco, Incerteza e Lucro), 1921.

mas também fática, de prever todas as situações que poderão vir a se materializar durante a execução contratual.

Nada obstante, mesmo diante de contratos que são incompletos[4] por sua própria natureza, ou que são desenhados de forma incompleta por uma opção econômica consciente, visto que os custos de transação sofreriam escalada exponencial para que se previsse de antemão todo seu conteúdo, faz-se necessário desenvolver mecanismos que possibilitem a integração contratual no caso de materialização de situações por ele não previstas. Com isso, garantem-se mecanismos que tragam a mínima segurança jurídica e econômica aos agentes, condição imprescindível ao investimento – sobretudo em projetos de médio e longo prazo, como são as grandes obras de infraestrutura.

É cediço que a Administração Pública é um dos maiores contratantes de grandes obras e projetos de infraestrutura[5], seja por conta de seus objetivos institucionais seja em função de seu enorme poder de compra e financiamento. Assim, é também o poder público um dos principais afetados pelos riscos e incertezas inerentes a contratos de tamanha complexidade.

Nesse cenário, o exercício de investigar de quais mecanismos a Administração poderia lançar mão para tornar tais contratações mais eficientes não é, nem de longe, irrelevante. Os *dispute boards* têm se mostrado um importante instrumento apto a promover ganhos de eficiência consideráveis em contratos que envolvam a execução de obras e projetos complexos. Nesse diapasão, cumpre analisar se – e, em caso afirmativo, em que medida – a utilização desse meio extrajudicial de solução de controvérsias seria compatível com os princípios e a estrutura que regem a Administração Pública.

Nosso objetivo, aqui, é defender a tese central de que os *dispute boards,* em todas as suas espécies, são perfeitamente compatíveis com o regime jurídico a que se submete a Administração Pública. A fim de atender a este propósito, iniciaremos nosso estudo com uma abordagem histórica e conceitual sobre os *dispute boards.* Em seguida, analisaremos a possibilidade de aplicação do instituto à Administração Pública, rechaçando, desde logo, as principais críticas que poderiam ser apresentadas à tese aqui defendida. Por fim, concluiremos retomando as principais ideias apresentadas ao longo do trabalho.

4 Em apertada síntese, a incompletude contratual pode ser da seguinte forma definida: "Teoria dos Contratos Incompletos: com base no fato de que o desenho de contratos que considerem todas as contingências possíveis é custoso, a teoria considera que os agentes deixam lacunas contratuais que serão preenchidas a posteriori. Tais teorias são fundamentadas pelo pressuposto da racionalidade limitada, que impede o desenho de contratos completos e consideram que existe uma lógica de eficiência para a definição dos direitos pós-contratuais". ZYLBERSZTAJN, DECIO; STAJN, RACHEL. Direito e Economia – análise econômica do Direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

5 De acordo com estatísticas da OCDE, as contratações públicas representam cerca de 13% (treze por cento), em média, do Produto Interno Bruto (PIB) de seus países membros. Fonte: Ribeiro, G.; INÁCIO JR.. Mensurando o mercado de compras governamentais brasileiro. Cadernos de Finanças Públicas, 2014. 3, p. 265-287, dez. 2014

2. *DISPUTE BOARDS:* ORIGENS E CONCEITO

Como vimos acima, em contratos cujo objeto mostra-se demasiadamente complexo, a completude contratual dificilmente será alcançada na prática. Diante disso, em um cenário ideal, quando as próprias estipulações contratuais e as tratativas das partes falhassem em sanar eventuais desacordos advindos da aplicação do contrato, caberia à jurisdição estatal assumir o papel de compor a lide, garantindo, por meio da técnica jurídica, a materialização da (dita) justiça contratual.

Todavia, esse monopólio da resolução de lides pelo Poder Judiciário apresenta falhas, seja pela morosidade decorrente de uma cultura de litigiosidade judicial, seja pela possibilidade de questionamento da capacidade institucional do Estado-juiz para a solução de questões técnicas[6], que acabam sendo transferidas a peritos terceirizados, de confiança apenas do próprio julgador e que, na prática, tornam-se os verdadeiros julgadores da causa. Nesse contexto, à medida que a sociedade civil cresceu em organização e complexidade, foram ganhando força os modelos extrajudiciais de solução de conflitos.

O modelo extrajudicial de solução de conflitos mais difundido no mundo atualmente é, sem dúvidas, o da arbitragem. Nela, as partes, antes ou após o surgimento do conflito[7], acordam em transmitir a sua resolução a um árbitro singular ou a uma corte arbitral, em ambos os casos escolhido pelas próprias partes, estranhos à relação contratual e dotados de imparcialidade e expertise técnica no assunto em questão.

---

6 A teoria das capacidades institucionais é estudada por Cass Sunstein e Adrian Vermeule no ensaio: SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions.* University of Chicago Law School. July, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=320245 O magistrado é, em geral, um generalista, com formação na área jurídica, que não possui conhecimento em áreas técnicas como a Engenharia e a construção civil. Assim, em casos que envolvam questões técnicas, será necessária a nomeação de um perito (da confiança do juízo) para se manifestar sobre a questão e, com isso, fornecer subsídios para que o juiz decida a lide. Esta modelagem pode trazer alguns problemas na prática, tais como (i) o fato de o perito ser da confiança do juiz, e não das partes, o que pode levar a soluções que não sejam concertadas com seus interesses e, assim, não resolvam adequadamente o litígio; e (ii) o fato de a decisão proferida pelo magistrado derivar da interpretação que ele próprio – leigo no assunto técnico – irá realizar do laudo pericial, o que pode gerar uma decisão distorcida e/ou de difícil implementação prática. Nesse contexto, a busca por mecanismos que garantam que a disputa será resolvida diretamente por técnicos – como são a arbitragem e os *dispute boards* – tende a produzir soluções mais adequadas ao conflito. Nos DBs, particularmente, a lide é resolvida por uma junta formada usualmente por dois engenheiros e um advogado, que compõem um comitê interdisciplinar com conhecimento tanto em questões técnicas ligadas à Engenharia quanto nos ditames do ordenamento jurídico vigente, o que reforça a ideia de decisão técnica do litígio. A ideia será melhor desenvolvida ao longo deste trabalho.

7 A decisão pela arbitragem antes do surgimento do conflito é comumente corporificada por meio de cláusula compromissória no bojo do próprio contrato. Já a decisão posterior é firmada por meio da celebração de compromisso arbitral. No caso de cláusula compromissória que não preveja os contornos da arbitragem, a chamada cláusula compromissória vazia, após o surgimento do litígio será necessária a assinatura de compromisso arbitral que regule os moldes como esta se desenvolverá.

Se, na jurisdição estatal, as questões técnicas são transferidas a um técnico de confiança do juízo, na arbitragem essas questões são transferidas a um técnico de confiança das partes, o que tende a produzir uma solução final mais afinada com os interesses das partes, compatibilizando-os da melhor forma possível.

No entanto, em ambos os casos, transfere-se a estranhos a solução do conflito. Além disso, tanto o Poder Judiciário quanto a arbitragem são pautados em modelos adversariais de solução de conflitos, na medida em que as partes do contrato passam a figurar em polos opostos de uma lide que será decidida por um terceiro, em vez de atuarem em conjunto na formulação que acomode da melhor forma possível os interesses de ambos sem comprometer os objetivos do contrato. Justamente dessa necessidade prática de soluções endógenas de conflitos, em procedimentos menos complexos e não adversariais, surgiram os *dispute boards*, inicialmente utilizados na indústria da construção civil estadunidense, mais precisamente na construção do *Eisenhower tunnel*, nos anos 70.

De forma sumarizada, os *dispute boards* podem ser conceituados como uma junta, geralmente formada por três profissionais (dois engenheiros e um advogado), nomeada usualmente no momento da celebração do contrato, e que atuará na prevenção e composição de conflitos surgidos durante a execução do ajuste[8].

Válido ressaltar que os *dispute boards*, nascidos de uma necessidade prática, não possuíam, à época de sua criação, um delineamento claro como hoje possuem, obtido através de anos de empiria. Nos primeiros casos em que foram aplicados, sua regulamentação era bastante rudimentar e casuística, ao passo que, atualmente, já se encontram formatados em regulamentos e modelos de diversas instituições[9].

Dessa forma, pode-se afirmar que os *dispute boards* se aproximam da arbitragem por serem, ambos, métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, tendo em vista que, nos dois casos, o litígio é resolvido por ente não integrante do Poder Judiciário – na arbitragem, o(s) árbitro(s) e, no *dispute board*, a junta técnica.

Por outro lado, os DBs diferem da arbitragem na medida em que, naqueles, o conflito é solucionado por técnicos que acompanham o contrato desde sua gênese e integram a própria estrutura da avença, ao passo que, nesta última, a

8 A definição sumarizada é inspirada na definição apresentada por Arnoldo Wald, segundo a qual "os *dispute boards* (DB) são painéis, comitês ou conselhos para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards - DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards - DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards - CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes forem outorgados pelas partes". Mediação, ano 2, n. 6, jul./set. 2005, p. 18.) Como as diferentes espécies de DBs serão abordadas em tópico próprio, preferimos, por razões didáticas, adotar, por ora, um conceito mais simples.

9 Tal regulamentação será tratada em tópico próprio, a seguir.

lide é resolvida por árbitros externos ao contrato, ainda que selecionados pelas partes do contrato. Por isso, afirma-se que o DB é uma modalidade não adversarial de solução de litígios, enquanto a arbitragem seria uma forma adversarial[10].

3. ESPÉCIES DE *DISPUTE BOARDS* – REGULAMENTO DA ICC

Como já visto, os *dispute boards* são fruto de uma necessidade prática de grandes empreendimentos, buscando sua fundamentação notoriamente na liberdade contratual das partes, consectário da autonomia da vontade. Ou seja, as partes têm a liberdade para convencionar como e quando funcionará o seu comitê de solução de conflitos.No entanto, em que pese tal liberdade, costumeiramente são adotados modelos de *dispute boards* já consagrados pela prática e regulamentados por instituições de renome internacional.

A utilização de um regulamento como parâmetro para o funcionamento de um *dispute board* apresenta algumas vantagens. Em primeiro plano, a adoção de um modelo já largamente utilizado e experimentado por instituições de renome traz confiança às partes de sua aptidão para trazer bons resultados. Para além disso, em uma dimensão mais palpável, o contrato em questão, ao prever a utilização do *dispute board*, poderá apontar o regulamento como norma de aplicação subsidiária, que servirá de instrumento de integração de lacunas eventualmente existentes no próprio funcionamento do comitê. Evita-se, portanto, que o *dispute board* padeça do mal que pretende combater: a necessidade de recurso a instâncias externas para solução de conflitos.

Apesar de atualmente existirem diversas instituições que trabalham os *dispute boards* de formas diferenciadas[11], a doutrina especializada[12] costuma sempre lembrar, talvez por uma questão didática, da regulamentação trazida pela *International Chamber of Commerce* (ICC), que, basicamente, classifica as *dispute boards* de acordo com a obrigatoriedade imediata (ou não) de suas decisões.

O regulamento do ICC[13] traz três tipos diferentes de *dispute board*. Vejamos:

I. *DISPUTE REVIEW BOARD* (DRB – ART. 4º DO REGULAMENTO):

De acordo com o regulamento da ICC, os DRBs emitem **recomendações** para

10 Justamente por isso as decisões emitidas pelo corpo técnico do DB tendem a melhor compatibilidade os interesses de ambas as partes, apresentando menores custos de *enforcement.* A ideia será melhor desenvolvida mais à frente.

11 Tais como o Banco Mundial, a OCDE, a *International Federation of Consulting Engineers* (FIDIC, no Brasil, o Instituto de Engenharia (que, em 2014, realizou o I Seminário Internacional de Dispute Boards no Brasil. Fonte: http://www.ie.org.br/site/

12 Por todos: VAZ, Gilberto José; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. Os *dispute boards* e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 38/2013

13 Disponível em: http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/dispute-boards/dispute-board-rules/

as partes quando instados a se manifestar sobre uma determinada disputa[14].

Como a nomenclatura já indica, essas recomendações não gozam de força vinculante (*binding effect*) desde o momento que são proferidas, o que, por óbvio, não impede que sejam cumpridas voluntariamente pelas partes desde logo[15]. Esse cumprimento espontâneo, inclusive, mostra-se a atitude mais consentânea com a natureza do instituto do DB na maioria dos casos, diante da expertise que, em tese, devem possuir os membros do comitê e da robusta motivação técnica de que devem gozar suas recomendações.

No entanto, apesar de a recomendação não possuir força vinculante imediata, a regulamentação da ICC prevê que esta se tornará obrigatória se ambas as partes quedarem-se inertes por um determinado período.

Se, por outro lado, qualquer das partes não se sentir satisfeita com a recomendação prolatada pelo comitê, deverá manifestar-se por escrito no prazo de 30 dias do seu recebimento, comunicando sua insatisfação tanto para a outra parte quanto para o próprio DRB[16], explicitando, inclusive, os motivos da sua insatisfação com a recomendação feita.

Apesar da necessidade de motivação no caso de rejeição da recomendação realizada, o regulamento não prevê qualquer penalidade para a inobservância desse dever de informação (dever anexo à boa-fé objetiva contratual em nosso ordenamento).

Ultrapassado o período de 30 dias, tal manifestação não poderá mais ser contestada, integrando o contrato celebrado, desde que estejamos diante de direitos que possam ser validamente negociados, ou seja, direitos disponíveis[17].

Caso haja uma manifestação contrária à recomendação, o próprio DRB não terá poderes de solucionar o conflito com nota de definitividade, apontando o regulamento para a jurisdição estatal ou a arbitragem, caso convencionada pelas partes[18].

---

14 "Article 4, 1. DRBs issue Recommendations with respect to Disputes."

15 "Article 4, 2. Upon receipt of a Recommendation, **the Parties may comply with it voluntarily but are not required to do so**."

16 "Article 4, 5. Any Party that is dissatisfied with a Recommendation shall, within 30 days of receiving it, send a written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DRB. For information purposes, such notice may specify the reasons for such Party's dissatisfaction."

17 "Article 4, 3. If no Party has sent a written notice to the other Party and the DRB expressing its dissatisfaction with a Recommendation within 30 days of receiving it, the Recommendation shall become binding on the Parties. The Parties shall thereafter comply with such Recommendation without delay, **and they agree not to contest it insofar as such agreement can validly be made**."

18 "Article 4, 6. **If any Party submits such a written notice expressing its dissatisfaction with a Recommendation**, or if the DRB does not issue its Recommendation within the time limit prescribed in Article 20, or if the DRB is disbanded pursuant to the Rules before a Recommendation regarding a Dispute has been issued, **the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction.**

A mesma solução é prevista para o caso de a decisão ganhar força vinculante, mas uma das partes não a cumprir[19]. Nesse caso, tratar-se-á de ilícito contratual que deverá ser solucionado nas instâncias arbitrais ou de jurisdição estatal, caso não haja a autocomposição do conflito.

Pode-se retirar do próprio desenho dos DRBs, nos quais são emitidas recomendações não vinculantes por determinado interregno, que este modelo é recomendável para empreendimentos que possam suportar um curto período de tempo (até 30 dias) com essa instabilidade decisional. Esse período garantirá às partes tempo para refletir sobre as consequências da recomendação, evitando a tomada de decisões precipitadas.

II. *DISPUTE ADJUDICATION BOARD* (DAB – ART. 5º DO REGULAMENTO):

De acordo com o regulamento da ICC, os DABs emitem **decisões** acerca das disputas a eles submetidas[20]. O que diferencia o DRB, que emite uma recomendação, do DAB, que profere uma decisão, é o momento a partir do qual a manifestação obrigará as partes. No caso dos DABs, as partes são obrigadas a cumprir a decisão do comitê desde o seu recebimento[21], ao passo que, como já visto, nos DRBs, a recomendação somente se torna obrigatória após o transcurso de determinado lapso temporal sem que haja impugnação de nenhuma das partes.

Contudo, o regulamento da ICC faculta a qualquer das partes o prazo de 30 dias para manifestar a sua insatisfação quanto à decisão prolatada, devendo, novamente, apresentar os motivos que a levaram a rejeitá-la[22]. Saliente-se, porém, que, apesar de o regulamento facultar a qualquer das partes a possibilidade de manifestar-se contrariamente à decisão tomada pelo DAB, tal manifestação não gozará de efeito suspensivo[23].

É dizer: mesmo havendo impugnação por alguma das partes, a decisão do DAB permanecerá obrigatória, devendo ser cumprida enquanto o litígio não for definitivamente decidido pelas instâncias jurisdicionais ou arbitrais[24] – o que

19 "Article 4, 4. If any Party fails to comply with a Recommendation when required to do so pursuant to this Article 4, the other Party may refer the failure itself to arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, to any court of competent jurisdiction."

20 "Article 5, 1. DABs issue Decisions with respect to Disputes."

21 "Article 5, 2. **A Decision is binding on the Parties upon its receipt**. The Parties shall comply with it without delay, notwithstanding any expression of dissatisfaction pursuant to this Article 5."

22 "Article 5, 5. Any Party that is dissatisfied with a Decision shall, within 30 days of receiving it, send a written notice expressing its dissatisfaction to the other Party and the DAB. For information purposes, such notice may specify the reasons for such Party's dissatisfaction."

23 "Article 5, 3. If no Party has sent a written notice to the other Party and the DAB expressing its dissatisfaction with the Decision within 30 days of receiving it, the Decision shall remain binding on the Parties. The Parties shall continue to comply with the Decision, and they agree not to contest it insofar as such agreement can validly be made."

24 "Article 5, 6. **If any Party submits such a written notice expressing its dissatisfaction with a Decision**, or if the DAB does not issue its Decision within the time limit prescribed

diferencia o DAB do DRB, na medida em que, neste último, a manifestação de contrariedade impede que a recomendação emitida pela junta produza efeitos.

Por outro lado, como não poderia deixar de ser, a fim de resguardar os ordenamentos constitucionais que consagram a inafastabilidade do controle jurisdicional (como é o caso brasileiro, no célebre art. 5, XXXV, da Constituição Federal), o próprio regulamento da ICC garante a possibilidade de as instâncias arbitrais ou jurisdicionais concederem efeito suspensivo à decisão do DAB, caso no qual esta perderá sua eficácia em momento anterior à decisão final (vide parte final do já citado artigo 5, 6, do regulamento).

À luz desse efeito imediatamente vinculante das decisões proferidas pelos DABs, mostra-se facilmente perceptível que esse modelo melhor se adequa a contratos que não possam ser paralisados mesmo por curtos períodos, sob pena de os objetivos almejados serem gravemente comprometidos.

Cabe destacar, entretanto, que, assim como nas DRBs, caso uma das partes não cumpra uma decisão que possua efeito vinculante, a questão deverá ser remetida ao judiciário ou à arbitragem, conforme estipulado pelas partes.

III. *COMBINED DISPUTE BOARD* (CDB – ART. 6º DO REGULAMENTO):

O *Combined Dispute Board* é uma nova espécie de comitê que mescla as funções do DRB e do DAB. Idealizado para tornar mais flexível a atuação dos DBs, o CDB, em regra, emitirá **recomendações**, podendo excepcionalmente emitir **decisões**[25].

O CDB não emitirá decisões de ofício, sendo necessário que uma das partes, ao submeter uma disputa ao CDB, requeira que a manifestação do comitê seja proferida sob as vestes de decisão, não de mera recomendação. No entanto, não basta um simples pedido de uma das partes para que a manifestação do CDB tenha força de decisão.

De acordo com o Regulamento da ICC, para que a manifestação do CDB tenha força de decisão, são necessários o requerimento de uma das partes neste sentido e a anuência da outra parte ou seu silêncio. Ou seja, uma das partes solicita que a manifestação seja prolatada sob a forma de decisão e a outra parte nada obsta[26].

O regulamento da ICC também prevê que a manifestação do CDB terá cará-

---

in Article 20, or if the DAB is disbanded pursuant to the Rules before a Decision regarding a Dispute has been issued, **the Dispute in question shall be finally settled by arbitration, if the Parties have so agreed, or, if not, by any court of competent jurisdiction. Until the Dispute is finally settled by arbitration or otherwise, or unless the arbitral tribunal or the court decides otherwise, the Parties remain bound to comply with the Decision**."

25 "Article 6, 1. CDBs issue Recommendations with respect to Disputes, pursuant to Article 4, but they may issue Decisions, pursuant to Article 5, as provided in paragraphs 2 and 3 of this Article 6."

26 "Article 6, 2. If any Party requests a Decision with respect to a given Dispute and no other Party objects thereto, the CDB shall issue a Decision."

ter de decisão quando o próprio contrato estabelecer que o comitê terá poderes para atribuir efeito vinculante à sua manifestação, ainda que a outra parte manifeste objeção ao requerimento formulado pela parte.

No entanto, a atuação do CDB não é inteiramente livre nesse caso. O Regulamento aponta *standards,* através de um rol exemplificativo, para a atuação do comitê[27], que deverá motivar a opção realizada. Em tradução livre, o CDB poderá emitir decisões, dentre outras hipóteses, se:

> i. Diante da urgência da situação ou outras considerações relevantes, uma decisão puder facilitar a performance do contrato ou prevenir substancial perda ou dano a qualquer das partes;
> ii. Uma decisão puder prevenir a resolução do contrato;
> iii. Uma decisão puder preservar evidências (elementos probatórios).

Em suma, trata-se o CDB de espécie mais adaptável a diversos modelos contratuais, sendo preferível a resolução mais refletida de conflitos através de recomendações, mas gozando o comitê de independência para emitir decisões quando for necessário à preservação dos objetivos do contrato, a seu critério, desde que provocado por uma das partes.

Cabe ressaltar que o regulamento da ICC não prevê a atuação dos *dispute boards* somente em situações de conflito deflagrado. Como já afirmado no presente trabalho, os DBs devem atuar também no direcionamento das partes em questões técnicas, a fim de evitar que os conflitos surjam, atuando numa vertente preventiva do litígio e garantindo uma melhor execução contratual.

Nesse sentido, o regulamento prevê, em seu artigo 16, que os DBs deverão também prestar assistência informal (*informal assistance with disagreements*) às partes quando requerido a fazê-lo.

4. VANTAGENS DO MODELO DE *DISPUTE BOARDS*

Como restou demonstrado, o modelo dos *dispute boards* já é largamente utilizado em âmbito internacional, apesar de encontrar-se ainda em estágio quase embrionário no direito pátrio. Nada obstante, acredita-se[28] que sua utilização deve experimentar grande crescimento nos anos vindouros, notadamente em

27 "Article 6, 3.If any Party requests a Decision and another Party objects thereto, the CDB shall make a final decision as to whether it will issue a Recommendation or a Decision. In so deciding, the CDB shall consider, without being limited to, the following factors:
– whether, due to the urgency of the situation or other relevant considerations, a Decision would facilitate the performance of the Contract or prevent substantial loss or harm to any Party;
– whether a Decision would prevent disruption of the Contract; and
– whether a Decision is necessary to preserve evidence."

28 Vide opinião de analistas especializados na área: http://sionadvogados.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/Artigo-Dispute-Boards.pdf
http://www.ienoticia.com.br/wp-content/uploads/2012/10/L.O.Baptista-artigo_correio-braziliense24_09.jpg

virtude da necessidade de investimentos na área da infraestrutura, que é, senão o maior, um dos maiores gargalos de crescimento brasileiro.

O sucesso dos DBs em âmbito internacional se justifica. Dentre suas vantagens, podemos elencar algumas de maior destaque:

I. FATOR QUALITATIVO DAS MANIFESTAÇÕES

Os *dispute boards*, para que atinjam seus objetivos a contento, devem ser formados por especialistas na matéria de fundo do projeto. Usualmente, até para se garantir ao menos decisões por maioria, os comitês são formados por três membros, havendo, inclusive, norma subsidiária da ICC que prevê tal número em caso de omissão das partes[29].

A junta será formada, usualmente, por dois engenheiros e um advogado[30], que compõem um comitê interdisciplinar que acompanhará o contrato durante toda a sua vigência. Assim, o modelo permite que eventuais disputas que surjam no decorrer no contrato sejam solucionadas por um grupo que, além de conhecer a fundo o projeto e suas peculiaridades, possui conhecimentos tanto em relação à área técnica da Engenharia quanto no que tange ao ordenamento jurídico vigente.

Como a junta acompanha o contrato desde sua gênese, tende a haver menor assimetria de informação entre as partes da avença e os decisores de eventual conflito que surja no curso de sua execução, favorecendo a construção de soluções mais adequadas às finalidades do contrato e mais concertadas com os interesses das partes[31], compatibilizando-os da melhor forma possível, o que tende a produzir decisões de maior aceitação pelas partes.

Além disso, o número de três membros garante a paridade de representação entre as partes, uma vez que cada uma irá eleger um membro de sua confiança[32], enquanto o terceiro membro será apontado pelos dois já eleitos[33], com

29 *"Article 7. Where the Parties have agreed to establish a DB in accordance with the Rules but have not agreed on the number of DB Members, the DB shall be composed of three members."*

30 Informação extraída da Revista de Engenharia nº 37. Disponível em: http://www.brasilengenharia.com/portal/images/stories/revistas/edicao_621/621_div_04.pdf

31 A construção de soluções mais consensuais vai, inclusive, ao encontro do conceito de Administração Concertada, defendido por Eduardo García de Enterría, "em que a Administração renunciaria ao emprego de seus poderes com base da imperatividade e na unilateralidade, aceitando realizar acordos com os particulares destinatários da aplicação concreta desses poderes, ganhando assim uma colaboração ativa dos administrados. (FERNÁNDEZ, Tomás -Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, 6a ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1, Pág. 661).

32 *"Article 7, 4*. When the DB is composed of three DB Members, the Parties shall jointly appoint the first two DB Members*. If the Parties fail to appoint one or both DB Members within 30 days after signing the Contract or within 30 days after the commencement of any performance under the Contract, whichever occurs earlier, or within any other time period agreed upon by the Parties, both DB Members shall be appointed by the Centre upon the request of any Party."*

33 *"Article 7, 5. The third DB Member shall be proposed to the Parties by the two DB Members within 30 days following the appointment of the second DB Member. If the Parties do not appoint the proposed third DB Member within 15 days from their receipt of the proposal, or if the two*

vistas a conferir maior tecnicidade e neutralidade às manifestações do comitê.

Como as manifestações do *dispute board* são construídas de maneira dialética por pessoas com formação técnica e, ainda, que integram o projeto[34] desde seu início, acredita-se que serão mais facilmente absorvidas e aceitas pelo restante dos membros que participam de sua execução. Trata-se de importante fator psicológico que trabalha no sentido do aumento do *enforcement* das manifestações do comitê[35].

Segundo o regulamento da ICC, um dos princípios que regem os membros do comitê é o da independência para com as partes do contrato[36]. Além disso, o comitê deverá, preferencialmente, ser formado desde o início do contrato, para que possa estar a par de todos os aspectos do projeto e acompanhar seu desenvolvimento. Nesse sentido entende Arnoldo Wald[37]:

> *"A grande vantagem desses organismos [dispute boards] é o fato de serem os seus membros especialistas na matéria (objeto do contrato), que vão participar do andamento do negócio, desde o início até o fim, conhecendo todos os seus problemas. Assim, convocados em qualquer momento, podem examinar rapidamente as divergências existentes, com independência e neutralidade, dando a solução que mais interessa para o cumprimento do contrato, sem prejuízo de posteriores acertos de contas, que poderão ser objeto de negociação ou arbitragem."*

Dessa forma, acredita-se que as manifestações dos DBs possuem, ao menos potencialmente, fator qualitativo mais elevado em relação a outras modalidades

---

DB Members fail to propose the third DB Member, the third DB Member shall be appointed by the Centre upon the request of any Party. The third DB Member shall act as chairman of the DB unless all DB Members agree upon another chairman with the consent of the Parties."

34 O regulamento do ICC preocupa-se com essa interação que deve existir entre os membros do DB e o restante da equipe, dedicando seção de seu regulamento às obrigações de cooperação dos membros do DB, dentre as quais encontram-se as visitas periódicas aos sítios onde são realizados os trabalhos e outras reuniões com a equipe.

35 Efeito similar é apontado pela literatura especializada como uma das principais vantagens da autorregulação, senão vejamos: *"What then are the advantages traditionally claimed for self-regulation over public regulation? Firstly, since self-regualtory agencies (hereafter SRAs) can normally command a greater degree of expertise and technical knowledge of practices and innovatory within the relevant area then independent agencies, information costs for the formulation and interpretation of standards are lower. Secondly, for the same reasons, monitoring and enforcement costs are also reduced, as are costs to practitioners of dealing with regulators, given that such interaction is likely to be fostered by mutual trust. Thirdly, to the extent that the processes of, and rules issued by, SRAs are less formalized than those of public regulatory regimes, there are savings in the costs (including those attributable to delay) of amending standards. Fourthly, the administrative costs of the regime are normally internalized in the trade or activity which is subject to regulation; in the case of independent, public agencies, they are typically borne by taxpayers".* (OGUS, Anthony. *Rethinking Self-Regulation*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, n. 1, Spring 1995, p. 97-108)

36 O artigo 8 do regulamento dedica cinco parágrafos somente para tratar da independência dos membros do comitê.

37 WALD, Arnoldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 6, jul./set. 2005, p. 18.

de resolução de conflitos, como a arbitragem e a jurisdição estatal, tendo em vista que o comitê (i) é formado por especialistas na matéria; (ii) possui representação paritária; (iii) acompanha o projeto desde seu nascedouro; e (iv) goza de independência técnica,

II. DIMINUIÇÃO DA LITIGIOSIDADE NOS CONTRATOS E CELERIDADE NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os *dispute boards* são formados por meio de contratos instrumentais ao ajuste principal, denominados pela doutrina civilista contratos conexos ou coligados[38], nascidos da necessidade prática de se retirar diversas decisões técnicas da órbita de poder de terceiros que não acompanharam o desenvolvimento do projeto e, muitas vezes, não têm como antever as consequências de suas decisões.

Nesse sentindo, podemos afirmar que os *dispute boards* são uma forma de resolução intracontratual de conflitos, que é efetivada por representantes eleitos pelas partes e que visam a realizar os interesses últimos do objeto contratual, não apenas focalizando suas atenções para uma justiça contratual clássica.

Na experiência prática, esse procedimento não adversarial de solução de conflitos tem alcançado resultados muito mais que satisfatórios do que os métodos adversariais de resolução de conflitos, na medida em que:

> *"Estatísticas mostram que mais de 90% dos assuntos trazidos à atenção do DB são resolvidos pacificamente, sem que as partes recorram a outra forma de resolução (Justiça, arbitragem). Além disso, cumpre frisar que o DB possui como vantagem a celeridade na resolução da controvérsia que lhe é submetida. O tempo médio entre a propositura de um conflito à junta e a manifestação final do Dispute Board é de 145 dias, respeitados todos os prazos regulamentares*[39].

A medida evita atrasos no cronograma do projeto e, ainda, reduz os custos de mobilização inerente a paralisações, como locação de equipamentos e remuneração de mão-de-obra ociosa.

III. BAIXO CUSTO EM RELAÇÃO A OUTRAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS – CONSIDERANDO A ELEVADA MONTA DOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA

A análise dos custos para a solução de conflitos não deve passar somente

38 Para maiores informações sobre o tema, vide: Marino, Francisco Paulo de Crescenzo. Contratos Coligados no Direito Brasileiro. Ed. Saraiva.

39 DÓREA MATOS, Aldo. A utilidade de *dispute boards* na construção. Disponível em: http://blogs.pini.com.br/posts/Engenharia-custos/a-utilidade-de-dispute-boards-na-construcao-317035-1.aspx
No mesmo sentido: MARCONDES, Fernando. *Dispute boards* e os contratos de construção brasileiros. Disponível em: http://www.ienoticia.com.br/wp-content/uploads/2012/10/L.O.Baptista-artigo_correiobraziliense24_09.jpg

pela análise da economicidade em sentido estrito método eleito. Há custos diretos e indiretos (*hidden costs of disputes*) a serem considerados nesse cotejo.

Os custos diretos levam em consideração apenas qual método é mais ou menos oneroso do ponto de vista financeiro, levando-se em conta apenas o custo para a contratação e manutenção de um *dispute board*, a efetivação de uma eventual arbitragem ou as custas judiciais (em sentido amplo, incluindo não apenas a taxa judiciária e as custas processuais, mas também honorários de advogados, peritos e quaisquer outras despesas atreladas ao desenrolar de uma ação judicial) de uma disputa na jurisdição estatal.

No entanto, em contratos de mais elevada complexidade e valor, que envolvam diversos atores econômicos com os quais as partes mantêm relações contratuais acessórias (fornecedores de mão de obra, insumos, etc.), os custos indiretos das disputas possuem alargada relevância. Isso porque a paralisação da execução contratual por lapsos temporais maiores acarreta uma série de despesas junto a esses fornecedores que, não raro, superam os custos diretos do litígio.

Há, ainda, os custos indiretos referentes ao prejuízo à imagem de grandes incorporadoras e construtoras em função de paralisações prolongadas em seus empreendimentos, os quais acabam por fomentar a adoção de mecanismos céleres e técnicos para a solução de conflitos decorrentes da execução contratual.

Nesses exemplos de contratos de grande escala, a contratação de um pequeno comitê de três profissionais para a realização do acompanhamento do projeto mostra-se de ínfima relevância econômica diante dos custos em cascata que podem ser gerados diante da eclosão de um conflito entre as partes.

Nesse sentido, podem ser citados, a título meramente exemplificativo, os seguintes custos indiretos: a paralisação dos trabalhos, que por si só já gera diversos outros custos indiretos, como locação de equipamentos ociosos, perecimento de insumos e remuneração de mão-de-obra ociosa; os danos à imagem dos envolvidos, que podem ficar vinculados à pecha da cultura da litigiosidade; e a perda de oportunidades comerciais, que podem vir a decorrer do atrito entre as partes ou da não conclusão tempestiva dos trabalhos.

Fica claro que somente será válida a contratação de um *dispute board* em contratos de valor mais elevado e com maior complexidade, nos quais o surgimento de eventuais disputas supere, seja em custos diretos ou indiretos, os gastos com a formação do comitê.

IV. INTEGRAÇÃO DE CONTRATOS INCOMPLETOS E REDUÇÃO DE INCERTEZAS

Do ponto de vista econômico, os *dispute boards* guardam razão de existir em contratos de alto valor e complexidade, os quais, como já tratado anteriormente, muitas das vezes são construídos de forma incompleta, seja por uma necessidade econômica, seja pela limitação da racionalidade humana, que não

pode reduzir a termo num instrumento contratual todas as eventualidades que podem ocorrer numa relação contratual.

Dessa forma, a contratação de especialistas da área para acompanhar o contrato durante toda a sua concretização pode vir a ser deveras importante para garantir a simetria informacional entre as partes e, nos contratos incompletos, integrá-los da melhor forma que a técnica e os postulados da boa-fé contratual permitem no atual estado de coisas.

Muito embora esse papel de integração de contratos incompletos possa ser realizado pela arbitragem ou por técnicos terceirizados, entendemos que a tarefa pode ser mais satisfatoriamente realizada por pessoas que integrem e acompanhem o projeto desde o seu início (tal qual ocorre nos *dispute boards*), justamente por terem à sua disposição maiores informações sobre o contrato e eventuais dificuldades decorrentes de sua execução.

Além disso, o fato de o DB ser formado por técnicos na matéria faz com que haja uma redução das incertezas que permeiam os contratos complexos. As incertezas são as situações não mensuráveis que acabam por se materializar durante a execução de avenças de longa duração e objeto profundo, ao passo que os riscos são as incertezas passíveis de mensuração (e, portanto, disciplina e mitigação) de acordo com critérios técnicos adequados. Assim, o caráter técnico da junta faz com que hipóteses que não poderiam ser previstas por leigos passem a sê-lo, convertendo incertezas em riscos e, com isso, reduzindo a incompletude contratual.

5. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DOS DBS AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como delineado acima, são bastante expressivas as vantagens da utilização dos *dispute boards* aos contratos de alta complexidade, sobretudo aqueles cujo objetivo envolva a realização de obras e a construção e a operação de infraestruturas. Nesse contexto, torna-se imperioso analisar a possibilidade de o instituto ser aplicado aos contratos administrativos, na medida em que um dos maiores incorporadores de grandes obras no Brasil – senão o maior – é justamente a Administração Pública.

Para o presente trabalho, nos escoraremos em toda a evolução doutrinária e jurisprudencial pela qual passou o instituto da arbitragem aplicada aos contratos administrativos, na medida em que (i) assim como os *dispute boards,* esta é também um modelo alternativo (i.e. não Estatal) de solução de conflitos; e (ii) o advento relativamente recente dos DBs no Brasil faz com que ainda não haja uma produção doutrinária consolidada sobre o tema, lacuna que pode ser integrada por meio do transplante das considerações que vêm sendo feitas em maior número a respeito da participação do poder público em arbitragens[40].

40 Os *dispute boards* somente há pouco foram introduzidos nas contratações nacionais, não go-

Na época da promulgação da Lei de arbitragem (ou LA – Lei 9.307/96), não foram poucos os que se posicionaram contrariamente à possibilidade de sua aplicação à Administração Pública[41], na medida em que a arbitragem, ao representar um mecanismo extrajudicial de solução de controvérsias, poderia entrar em rota de colisão[42] com a legalidade administrativa, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público[43].

Apesar das críticas, em 2004, com a edição da Lei nº 11.079 – Lei de PPPs, passou a ser expressamente prevista a possibilidade de utilização de *"mecanismos privados para solução de disputas"* decorrentes de contratos de parcerias público-privadas (art. 11, III). Um ano após, a Lei nº 8.987/195 – Lei Geral de Concessões foi alterada para que, com a inclusão de seu art. 23-A, tais disposições também pudessem ser aplicadas às concessões comuns.

Em 2015, por sua vez, a Lei de Arbitragem sofreu alteração pela Lei nº 13.129/2015 para passar a prever expressamente a possibilidade de a arbitragem ser empregada em contratos administrativos, desde que envolva *"direitos patrimoniais disponíveis"* e observe o princípio da publicidade (LA, art. 1º, § 1º e art. 2º, § 3º), arrefecendo a discussão acerca da arbitrabilidade subjetiva da Administração. No ano seguinte, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) reforça a tendência de reconhecimento de possibilidade de a Administração participar de procedimentos consensuais de solução de controvérsias, ao positivar, em seu

zando de um debate ainda tão maduro quanto à possibilidade de sua aplicação aos contratos administrativos, que possuem peculiaridades derivadas do direito público que merecem ser levadas em consideração. Devido, de um lado, à existência de poucos trabalhos publicados sobre o tema, principalmente no que se refere ao ponto específico de sua aplicação à Administração Pública, e, de outro, à similitude entre os institutos, aproveitaremos, para o presente trabalho, as considerações já tecidas pela doutrina a respeito da submissão do poder público à arbitragem. Por todos, AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública – aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012. E, ainda, BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas e a Constituição. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 125-141.

41 Contrariamente à possibilidade de aplicação da arbitragem ao poder público, vide: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. 14ª ed. P. 716 e 789. E também: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106. Aliás, houve, inclusive, bastante discussão quanto à constitucionalidade da Lei de Arbitragem de forma geral, uma vez que se entendeu que ela poderia conflitar com o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV da Constituição de 1988. A questão foi pacificada com o julgamento da SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206), em que o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional a Lei nº 9.307/96, haja vista tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Julgamento noticiado no Informativo STF nº 254.

42 Essas possíveis objeções à aplicação dos DBs à Administração Pública serão expressamente tratadas (e afastadas) a seguir.

43 Como veremos nas próximas páginas, as ideias de legalidade estrita, indisponibilidade e supremacia do interesse público vêm sendo questionadas pela doutrina contemporânea. Assim, para autores da atualidade, como Gustavo Binenbojm, os próprios argumentos possivelmente contrários à submissão da Administração a mecanismos extrajudiciais de solução de controvérsias já devem ser objeto de releitura.

art. 12, malgrado sem grandes inovações[44], a possibilidade de empresas estatais e sociedades de economia mista participarem de arbitragem.

A alteração legislativa na Lei de Arbitragem, muito embora tenha o mérito de positivar o cabimento de arbitragem nos contratos administrativos, perde a oportunidade de ser mais específica ao empregar o conceito jurídico indeterminado de *"interesses patrimoniais disponíveis",* sem deixar claro quais seriam os interesses patrimoniais indisponíveis da Administração. Nas palavras de Eduardo Talamini e Diego Franzoni, *"o nó górdio permanece sendo a 'indisponibilidade' dos direitos Administração Pública"*[45].

Selma Maria Ferreira Lemes sustenta que apenas poderiam ser submetidas à arbitragem as controvérsias referentes a cláusulas financeiras e econômicas dos contratos administrativos[46]. Ocorre que essa divisão não é perfeita; os regimes jurídicos dos contratos da Administração são determinados por meio da aferição do interesse preponderante *in casu*, e não pela exclusividade. Para garantir a consecução de interesses públicos primários, numa mesma relação contratual, a Administração deverá, necessariamente, tratar de interesses públicos secundários, patrimoniais e disponíveis. Em suma, em qualquer relação contratual que a Administração estabeleça, sempre haverá ao menos uma parcela de interesses secundários e disponíveis.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto sintetiza o assunto[47], apontando que a previsão de meios privados de solução de conflitos na Lei 8.987/95 simboliza o reconhecimento legislativo dessa realidade, nos seguintes termos:

> *"Toda a questão do cabimento da arbitragem na órbita interna se reduz, assim, à definição do campo contratual em que a Administração negocia e estatui como qualquer particular, excluídas, portanto, quaisquer cláusulas em que seja prevista a satisfação de um interesse finalístico da sociedade, cometido ao Estado, este sim, indisponível.*
>
> *Mas se qualquer dúvida pudesse ainda pairar sobre este asserto, o advento da lei 8.987/95, de 13 de fevereiro de 1995, dispondo especificamente sobre os contratos de concessão e de permissão de serviços públicos, que são irretrucavelmente contratos administrativos típicos, e que, por este motivo, destinam-se a satisfazer diretamente interesses públicos indisponíveis, extingue a controvérsia. Com efeito, entre as cláusulas essenciais dessas modalidades contratuais, com alta densidade de interesse público, ficou prevista a que deve dispor*

44 Nesse sentido: TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem e empresas estatais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017. P. 16.

45 TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. *Op. Cit.* P. 17.

46 LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confifencialidade ou publicidade processual? Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, n. 21, p. 395, jul/set 2003.

47 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo. Vol. 209/97. P. 88/89.

> *especificamente sobre o foro e sobre o modo amigável de solução das divergências contratuais.*
>
> *(...)*
>
> *O importante é ter-se patenteado um reconhecimento inequívoco da lei, este sim, bem definido, de que há sempre um campo de interesses patrimoniais disponíveis dentro do qual a arbitragem não é apenas aceitável, porém, mais que isso, é recomendável como alternativa ao litígio judicial."*

Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara[48] esclarecem que a *ratio* do art. 1º da lei de arbitragem é de limitar o âmbito de aplicação da arbitragem a "direitos negociáveis". No caso de serviços públicos, notoriamente interesses públicos primários (indisponíveis), o administrador deverá, na licitação para a realização de sua delegação, negociar diversas cláusulas contratuais, como aspectos técnicos e financeiros do contrato, que são, inegavelmente, interesses públicos secundários, portanto, disponíveis.

Luciano Benettti Timm e Thiago Tavares da Silva[49], inclusive, fazem a constatação de que, em se tratando de contratações públicas e licitação, a regra será a disponibilidade dos termos tratados no contrato:

> *"Contratos de infraestrutura, via de regra, envolvem direitos disponíveis da Administração Pública. Aliás, é difícil encontrar direitos indisponíveis negociados por contrato. Afinal, como ter contratos (que são atos voluntários) sobre direitos indisponíveis in abstrato? É mais perceber, imaginar, o Direito Administrativo como cogente às partes e ao árbitro, e os direitos negociados via contrato como disponíveis."*

Nesse sentido, resta claro que, no âmbito dos contratos administrativos, não parecem existir interesses indisponíveis, o que evidencia a possibilidade de emprego da arbitragem – e, de forma mais ampla, de todos os meios não adversariais de solução de controvérsias – a todas as espécies de contratações públicas, dada a natureza patrimonial dos litígios e das divergências que delas decorrem.

Especificamente no que se refere aos *dispute boards,* o fato de a Lei nº 8.987/1995 e a Lei nº 11.079/2014 utilizarem a expressão mais ampla *"mecanismos privados de solução de disputas"* deixa clara a possibilidade de utilização dos DBs nos contratos de concessão comum e especial (parcerias público-privadas), haja vista o DB ser uma espécie dentro do gênero das formas alternativas de resolução de controvérsias.

Já em relação aos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93, desde 2015 pode-se afirmar com tranquilidade a possibilidade de previsão de

48 SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo. Vol. 248/08. P. 120.

49 TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem Vol. 29. P. 57.

cláusula arbitral, com base no disposto na atual redação dos arts. 1º e 2º da Lei de Arbitragem. No entanto, a partir de uma interpretação sistemática do sistema de contratações públicas e de conceitos do direito administrativo contemporâneo como a juridicidade (vinculação ao ordenamento), parece igualmente possível sustentar que os *dispute boards* podem ser adotados também nos contratos disciplinados pela Lei Geral de Licitações[50].

Essa interpretação parece, inclusive, afinada com a tendência atual do ordenamento jurídico brasileiro nos últimos anos de caminhar no sentido da valorização do emprego de mecanismos não adversariais para a solução de conflitos, tanto na seara privado quanto na pública. Especificamente em relação à esfera do direito público, cabe destacar a Lei nº 13.140/2015, que regulamenta a mediação no âmbito da Administração Pública[51].

Nesse contexto, os mesmos argumentos suscitados por Mariana Martins Martes em relação à possibilidade de a Administração participar de arbitragens podem ser aplicados para sustentar a viabilidade do uso dos *dispute boards* em âmbito de contratos administrativos:

> *"É evidente que o instituto da arbitragem coaduna com o princípio da eficiência, já que proporciona um meio de resolução de disputas célere, flexível e com alta tecnicidade. Tendo em vista que a arbitragem costuma envolver litígios de grande vulto e relacionados a questões bastante complexas sob o ponto de vista técnica, tais vantagens tornam-se ainda mais relevantes. Dessa forma, a utilização da arbitragem pela Administração Pública permite que eventuais litígios sejam*

50 Inclusive, tal construção pode se valer das lições trazidas pela doutrina administrativista contemporânea para defender o cabimento de cláusula arbitral em contratos administrativos mesmo antes da alteração da Lei nº 9.307/96. Gustavo Binenbojm, em brilhante excerto, entende que, embora despicienda, poderá ser até vislumbrada uma "autorização legislativa implícita" para a adoção da arbitragem nos contratos administrativos. Podemos, tranquilamente, transportar tal entendimento para os *dispute boards: "Em primeiro lugar, a ausência de uma autorização legal explícita e específica não pode ser considerada per se como óbice à pactuação da cláusula compromissória em contratos da Administração. Tal exigência parte da premissa – equivocada – de que a cláusula de arbitragem constitui um ato de disposição da Administração Pública, o que é equivocado.* A autorização legal (geral e orçamentária) para a realização de despesas pela Administração, mediante celebração de contratos com particulares, importa, a fortiori, a autorização para que o administrador faça uso de todos os meios negociais disponíveis para a melhor consecução dos interesses da coletividade. *Assim, v.g., pode a Administração Pública proceder ao acertamento direto de seus conflitos com os particulares, o que não ofende a legalidade. Por igual razão, pode a Administração pactuar a realização de procedimento arbitral, como o meio mais eficiente de solução de suas controvérsias com particulares. Trata-se de um poder implícito ao dever de bem administrar o patrimônio público e promover o interesse público aquele de obrigar-se à solução arbitral de conflitos"* (grifos nossos). BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público -Privadas (PPPs) e a Constituição. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 125-141.

51 O tema é desenvolvido com mais profundidade em: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

> *resolvidos com maior celeridade, tecnicidade e flexibilidade, o que atrai maiores investimentos"*[52].

Na mesma esteira, acreditamos ser possível a aplicação de todas as três espécies de *dispute boards* aos contratos da Administração, sejam eles regidos predominantemente pelo direito privado sejam estes de predominância do regime público. o entanto, válido ressaltar que essa posição não é unânime, havendo entendimento de Gilberto José Vaz e Pedro Augusto Gravatá Nicoli no sentido de que as espécies de *dispute boards* que emitem "decisões" não seriam, ao menos facilmente, admissíveis em nosso direito pátrio[53].

Os autores baseiam sua posição em quatro argumentos centrais: (i) ausência de previsão legal quanto à obrigatoriedade e executoriedade das decisões proferidas pelos DBs; (ii) as prerrogativas processuais da Fazenda não poderiam ser afastadas pelas normas que regem os procedimentos dos DBs; (iii) leis de procedimentos administrativos dos entes federativos seriam incompatíveis com a relativa informalidade do procedimento das DBs; e (iv) os regulamentos dos DBs não poderiam modificar os prazos prescricionais aplicáveis à Fazenda Pública.

Quanto à ausência de previsão legal, o conceito de juridicidade, somado a uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, parecem ser suficientes para permitir a utilização dos DBs no âmbito da contratação pública. Com isso – e na linha do que já foi defendido acima, perfeitamente possível a utilização dos DBs mesmo nos contratos disciplinados pela Lei nº 8.666/93.

Em relação à ausência de norma que preveja a executoriedade das decisões emitidas pelas juntas que acompanham a execução contratual, parece possível concluir que, em caso de não cumprimento voluntário da decisão da equipe técnica pelas partes, seria aplicável a mesma lógica da decisão arbitral, cabendo sua execução em sede judicial. Após o advento do Código de Processo Civil de 2015, com o fortalecimento da ideia de consensualidade no processo civil, a questão tornou-se ainda menos tormentosa, na medida em que seu art. 515, III considera título executivo judicial *"a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza",* incluindo expressamente as decisões oriundas dos DBs no rol dos títulos passíveis de execução.

A suposta incompatibilidade da relativa informalidade dos DBs com as leis de procedimentos administrativos também deve ser afastada, uma vez que, com a ascensão do princípio da consensualidade, o fetichismo formal deve ceder espaço à ideia de formalidade relativa, somente havendo que se falar em nulidade

52 MARTES, Marina Martins. Arbitragem e Administração Pública: a compatibilidade, os limites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 213-245, set./dez. 2016. P. 229-230.

53 VAZ, Gilberto José; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 38/2013 | p. 131 | Jul / 2013 DTR\2013\7878.

em houver prejuízo às partes. Assim, em vez de se concentrar numa mera formalidade procedimental, recomenda-se a busca pelo contraditório e pela motivação das decisões, o que não parece incompatível com o procedimento menos solene e mais consensual adotado pelos DBs.

Por fim, é certo que os regulamentos dos DBs não derrogam prazos prescricionais aplicáveis à Fazenda Pública, ficando eventual execução e/ou questionamento quanto à validade em si da decisão (bem como em relação a qualquer questão que surja em decorrência do contrato administrativo) emanada da junta responsável sujeita aos prazos prescricionais e decadenciais fixados por lei.

Nesse sentido, partilhando nossa posição do Rafael Oliveira Carvalho Rezende[54], entendemos possível a utilização tanto dos tipos recomendatórios quanto dos cogentes de DBs em sede de contratos administrativos, seja nas concessões comuns e especiais, seja nas contratações regidas pela Lei nº 8.666/93 (contratos de aquisição, prestação de serviços, obras ou alienações de bens).

6. CONCLUSÕES

Diante de um cenário nacional carente de investimentos no setor da infraestrutura, que traz à tona a necessidade de cooperação entre os setores público e privado da economia, os antigos dogmas administrativistas necessitam ser revistos, em prol de uma maior aproximação do poder público com investidores privados, que precisam sentir-se atraídos e seguros de contratar com a Administração Pública.

Nesse contexto, torna-se imperioso que o Poder Público revisite princípios tradicionais como a legalidade estrita, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público e, com base na ideia da juridicidade, abandone sua posição tradicional verticalizada e se submeta à ordem jurídica em maiores condições de igualdade com os particulares – ou, ao menos, que sua upremacia seja vista com maior parcimônia.

A participação da Administração em *dispute boards* pode ajudar a trazer mais segurança na gestão e execução de contratos administrativo, na medida em que, como visto ao longo do texto, o corpo técnico que irá decidir eventual conflito que surja entre as partes durante a execução contratual acompanha a avença desde o seu início, conhecendo suas peculiaridades e sendo capaz de proferir decisão mais célere, adequada ao caso, baseada em critérios técnicos e que concilie da melhor forma possível os interesses dos contratantes.

Nesse sentido, apresentamos como proposta do presente trabalho a possibilidade de inclusão de cláusula em editais de licitação de contratos administrativo comuns (isto é, regidos pela Lei nº 8.666/93), concessões e parce-

54 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015. P. 61.

rias público-privadas que prevejam a resolução de conflitos entre as partes por meio de *dispute boards* em todas as suas espécies (tanto aqueles que produzem meras recomendações quanto aqueles cujas manifestações têm caráter vinculante), independentemente de nova alteração legislativa na Lei nº 9.307/96, a partir de uma interpretação finalística das alterações já trazidas pela Lei nº 13.129/2015, bem como à luz da valorização dos mecanismos consensuais de soluções de controvérsias trazidas pelo CPC/2015. Especificamente para os contratos de concessão e PPP, a possibilidade imediata – isto é, independente de nova alteração à Lei nº 9.307/96 – baseia-se, ainda, no fato de as Leis nº 8.987/1995 e 11.079/2004 usarem expressões amplas, como "mecanismos privados de solução de disputas", o que naturalmente já inclui os DBs.

Por outro lado, destacamos que, mesmo com a inclusão de cláusulas contratuais que disciplinem que as decisões exaradas dos dispute boards terão caráter obrigatório, reserva-se ao Poder Judiciário a prerrogativa uso do poder coercitivo para o cumprimento da solução dada pela junta técnica do DB – tal qual já ocorre no caso de execução de sentença/laudo arbitral.

Acreditamos, assim, que os *dispute boards*, além de sua função precípua de garantir solução de conflitos de forma mais técnica e célere, podem servir de fórum para uma relação mais transparente entre poder público e iniciativa privada, uma vez que representados de forma paritária e submetidos aos mesmos critérios técnicos, representando importante mecanismo para a construção deste diálogo entre o público e o privado na busca pelo desenvolvimento do país, sem deixar de lado valores caros à nossa combalida democracia, notadamente a busca pela promoção de direitos fundamentais e o princípio republicano.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Paulo Osternack. Arbitragem e Administração Pública – aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ALESSI, Renato. **Institucines de Derecho Administrativo. Tomo I.** Traducción dela 3ª edición italiana por Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1970.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A Concepção Pós-Positivista do Princípio da Legalidade, in Revista de Direito Administrativo nº 236, p. 51 e ss.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Ed. Forense. 2012.

BARBOSA, Joaquim Simões; SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Arbitragem nos contratos administrativos: panorama de uma discussão a ser resolvida. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Sociedade de economia mista prestadora de serviço público. Cláusula arbitral inserida em contrato administrativo sem prévia autorização legal. Invalidade. Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, n. 19, p. 433, jan/mar. 2003.

BINENBOJM, Gustavo. As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição. In: Temas de Direito Administrativo e Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. P. 125-141.

BINENBOJM, Gustavo. Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais,

democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar. 3ª edição, 2014.

BECK, U. *Risk society. Towards a new modernity*. Londres: Sage Publications, 1992.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96. 6ª ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2009.

CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. Administração Pública e mediação: notas fundamentais. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 119-145, jan./mar. 2018.

DÓREA MATOS, ALDO. A utilidade de dispute boards na construção. Disponível em: http://blogs.pini.com.br/posts/Engenharia-custos/a-utilidade-de-dispute-boards-na-construcao-317035-1.aspx. Acesso em: 21.07.2018.

ESTORNINHO, Maria João. *A Fuga para o Direito Privado*. Almedina. 2ª reimpressão. 2009.

FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo, 6a ed. Madrid: Civitas, 1999. v. 1

FERREIRA ROSA, Pérsio Thomaz. Os dispute boards e os contratos de construção. Disponível em: http://www.frosa.com.br/docs/artigos/Dispute.pdf. Acesso em: 21.07.2018.

FLAUSINO. Vagner Fabrício Vieira. Arbitragem nos contratos de concessão de serviços públicos e de parceria público-privada. Curitiba: Juruá, 2015.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público. São Paulo, n. 32. P. 14-20. 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos: comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995. São Paulo: Dialética, 1997.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 267.

KNIGHT, Frank. Risk, Uncertainty and Profit. 1921.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na Administração Pública. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitragem na concessão de serviços públicos: arbitrabilidade objetiva: confidencialidade ou publicidade processual? Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem. São Paulo, n. 21, p. 395, jul/set 2003.

MARCONDES, Fernando. Dispute boards e os contratos de construção brasileiros. Correio Braziliense. Brasília, 2012. Disponível em: http://www.ienoticia.com.br/wp-content/uploads/2012/10/L.O.Baptista-artigo_correiobraziliense24_09.jpg. Acesso em: 21.07.2018

MARTES, Marina Martins. Arbitragem e Administração Pública: a compatibilidade, os li-

mites e o procedimento arbitral envolvendo o Poder Público. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 213-245, set./dez. 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Malheiros Editores. 14ª edição.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo – RDA No 209. P. 81/90.

NÓBREGA, Marcos. Contratos incompletos e infraestrutura: contratos administrativos, concessões de serviço público e PPPs. Revista eletrônica de direito administrativo – REDAE No 18. Bahia, 2009.

OGUS, Anthony. *Rethinking Self-Regulation*. Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, n. 1, Spring 1995, p. 97-108

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. Arbitragem de Litígios com Entes Públicos. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2015.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. A arbitragem e a nova contratualização administrativa. In: GUIMARÃES, Edgard (Coord.). Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. A arbitragem e as parcerias público-privadas. Revista eletrônica de direito administrativo – REDAE No 02. Bahia, 2005.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafios. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 59-79, out./dez. 2015.

OTERO, Paulo. Manual de Direito Administrativo (vol. I). Coimbra: Almedina, 2013

SALLA, Ricardo Medina. Arbitragem e Direito Público. Revista Brasileira de Arbitragem No 22. P. 78/106.

_____. Arbitragem e Administração Pública – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

SARMENTO, Daniel (org.). Interesses públicos versus interesses privados – desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Lumen Iuris. 2ª tiragem.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade, in Direito Administrativo e seus novos paradigmas (coord. Alexandre Aragão e Floriano de Azevedo Marques). Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SION, Alexandre; PELUCI PAIVA, Giovanni; GALAN, Maria de Souza. Dispute boards: a redução do risco de judicialização de conflitos com subcontratados. Disponível em: http://sionadvogados.com.br/site/wp-content/uploads/2014/03/Artigo-Dispute-Boards.pdf. Acesso em 21.07.2018.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama. Sinal Verde para a Arbitragem e as Parcerias Público-Privadas (A Construção de um Novo Paradigma para os Contratos entre o Estado e o

Investidor Privado). Revista de Direito Administrativo – RDA No 241. P. 121/157.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. Revista de Direito Administrativo – RDA No 248. P. 117/129.

SUNSTEIN, Cass R. e VERMEULE, Adrian. *Interpretation and Institutions.* University of Chicago Law School. July, 2002. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/Data_Integrity_Notice.cfm?abid=320245

TÁCITO, Caio. O juízo arbitral em direito administrativo. In: MARTINS, Pedro A. Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). Reflexões sobre arbitragem: *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

TALAMINI, Eduardo; FRANZONI, Diego. Arbitragem e empresas estatais. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 105, p. 15-45, set./out. 2017.

TIMM, Luciano Benetti; TAVARES DA SILVA, Thiago. Os contratos administrativos e a arbitragem. Revista Brasileira de Arbitragem No 29. P. 43/59.

VAZ, Gilberto José; GRAVATÁ NICOLI, Pedro Augusto. Os dispute boards e os contratos administrativos: são os DBs uma boa solução para disputas sujeitas a normas de ordem pública? Revista de Arbitragem e Mediação | vol. 38/2013 | p. 131 | Jul / 2013 DTR\2013\7878.

VIANNA DE LIMA, Cláudio. A lei de arbitragem e o art. 23, XV, da lei de concessões. Revista de Direito Administrativo. Vol. 209/97. P. 92.

WALD, Arnoldo. A Arbitragem Contratual e os Dispute Boards. In: Revista de Arbitragem e Mediação, ano 2, n. 6, jul./set. 2005.

MEDIAÇÃO ADMINISTRATIVA E ADVOCACIA PÚBLICA

Renata Fabiana Santos Silva [1]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a mediação administrativa como instrumento de renovação e fortalecimento da Advocacia Pública, evidenciando a importância de construir uma Administração Pública mais voltada para a consensualidade e o entendimento, de acordo com os paradigmas do Estado Social e Democrático de Direito.

Palavras-chave: Advocacia Pública – Mediação – Boa Administração.

1. INTRODUÇÃO

As Administrações Públicas Contemporâneas vivenciam um momento de transformação em sua metodologia de gestão e relacionamento com a cidadania. A origem de tal mudança de comportamento pode ser atribuída à crise do Estado Constitucional, fomentada basicamente pelo populismo e as patologias da democracia representativa; como também, às exigências sociais impostas pela globalização e o pluralismo.[2]

Esta nova Administração Pública, que precisa enfrentar as demandas sociais pós-modernas, estabelece laços mais profundos com os valores de transparência, responsabilidade e participação cidadã, de modo que cada vez mais se afasta dos paradigmas de imperatividade, unilateralidade e burocracia.

A Administração Pública do século XXI possui uma forte conexão com os parâmetros de boa administração[3] e adota instrumentos de gestão que permitem soluções mais eficientes, flexíveis e baseadas na consensualidade.

Neste cenário, a Advocacia Pública possui um papel relevante, sobretudo no fortalecimento das práticas democráticas no cotidiano da Administração Pública. Tampouco se pode olvidar que a Advocacia Pública é instituição essencial à

---

1 Procuradora do Estado da Bahia. Professora de Direito Administrativo da Universidade Salvador. Mestra em Direito Público pela Universidade de Sevilha – Espanha. Doutoranda em Direito pela Universidade de Sevilha – Espanha. E-mail: renata.silva@pge.ba.gov.br.

2 Vid. FERRAJOLI, Luigi. Poderes Salvajes. La crisis de la democracia constitucional. Traducción: IBÁNEZ, Andrés. Segunda Edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

3 A boa administração está inserida no contexto do Estado Social de Direito, que exige uma Administração Pública como instrumento para a execução das ações estatais e orientada a melhora da qualidade de vida das pessoas. Por esta premissa a ideia de boa administração está relacionada ao cumprimento dos princípios pelos quais a Administração Pública está vinculada. Portanto, a atuação administrativa, em um contexto de boa administração, deve ser praticada com imparcialidade, eficiência, moralidade e isonomia. Também é importante registrar que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia atribuiu à boa administração o status de direito fundamental, no art. 41, o que implica em especial proteção frente ao Estado.

justiça, a teor da Constituição Federal de 1988, de maneira que deve colaborar para a consolidação de políticas de participação cidadã na gestão pública.

Partindo desta premissa, a mediação administrativa apresenta-se como um instrumento relevante para a aproximação entre Administração Pública e a cidadania, como também de realização do princípio de boa administração, direcionando a Advocacia Pública para o papel de fomentador e gestor deste processo.

2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO SÉCULO XXI E O PARADIGMA DA CONSENSUALIDADE

A Administração Pública do século XXI é marcada pela necessidade de atuação eficaz e célere, de modo a atender as demandas de uma sociedade globalizada e organizada em rede[4]. Assim, a renovação do modelo de gestão administrativa se apresenta como uma necessidade para o cumprimento das obrigações estatais constitucionalmente estabelecidas[5].

Desta maneira, a atuação administrativa marcada pela imperatividade e burocracia, cede espaço para a adoção de práticas consensuais que aproximam o cidadão da gestão estatal. Ou seja, a sociedade contemporânea deseja e exige a horizontalização das relações com o poder público, através da participação no processo de construção da decisão administrativa.[6] JUSTINO DE OLIVEIRA E SCHWANKA (2009, p.310) registram esta mudança de paradigma quando afirmam que o "uma das linhas de transformação do direito administrativo consiste em evidenciar que, no âmbito estatal, em campos habitualmente ocupados pela imperatividade há a abertura de consideráveis espaços para a consensualidade".

Assim, a Administração Pública deve ser dotada de instrumentos jurídicos que viabilizem o alcance da justiça, não apenas do ponto de vista formal, mas também substantivo, concretizando os princípios fundamentais do Estado Social e Democrático de Direito.

Nesta senda, deve-se ter em conta que a compreensão de acesso à justiça não deve ser assimilada como a simples possibilidade de demandar junto ao Poder Judiciário, mas como o acesso a ordem jurídica justa, que pode ser obtida por outras formas de tutela. Este é o sentido do magistério de CAPPELLETTI E GARTH (1996, p.13) que afirmam que as técnicas processuais possuem funções sociais e os tribunais não devem ser considerados os únicos meios para a solução de conflitos.

4 Vid. CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economia, Sociedad y Cultura.* V.1. La Sociedad en Red. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

5 Vid. AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti; OCHOA FIGUEROA, Rodrigo. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável ("gerencial"). *A&C: Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 187/203.

6 Vid. MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. Revista da AGU, v. 9, n. 26, 2010, p. 105/142.

No que toca a esta instrumentalização substantiva, AGUIRRE DE CASTRO E OCHOA FIGUEROA (2013, p. 186/187) destacam que a tendência contemporânea é de construção de uma administração concertada, no sentido de que a atuação estatal se volta para as negociações, transações, acordos e compromissos, com vistas à ponderação dos interesses das partes envolvidas de uma forma mais horizontalizada.

No mesmo sentido, conclui TORNOS MAS (1995, p.155) ao afirmar que resta superada a visão de Estado como entidade separada da sociedade, e que se relacionava com a mesma por meio de atos autoridade unilaterais, se avança para uma concepção mais integrada entre Estado e a sociedade, por meio de acordos, pactos e contratos.

Neste contexto, a utilização dos meios adequados de resolução de conflitos (ADR – *Appropiate Dispute Resolution*) adquire relevância, uma vez que teriam o condão de oferecer mais eficiência à atuação administrativa, como também de viabilizar a participação cidadã[7]. Mais uma vez, é importante registrar o magistério de JUSTINO DE OLIVEIRA E SCHWANKA (2009, p. 303) que segue a mesma linha do que acima se expõe:

> A função estatal de mediação emana da propagação do ideal democrático para além do quadrante da política, resultado da busca do alargamento das bases de legitimação do exercício do poder estatal, por meio da democratização da democracia. Incumbências do Estado mediador passam a ser, não somente as de estabelecer e de conferir eficácia aos canais de participação e de interlocução com os indivíduos e grupos sociais, mas a de com eles constantemente interagir, instituindo e mantendo vínculos robustos e duradouros. Tais vínculos são tidos hodiernamente como indispensáveis para a atribuição de eficácia e de efetividade às ações estatais, as quais vêm sendo amplamente desenvolvidas em espaços de forte interseção entre Estado e sociedade civil, esferas em processo contínuo de recíproca interpenetração. Ademais disso, cabe notar que a principal tarefa da Administração mediadora passa a ser a de compor conflitos envolvendo interesses estatais e interesses privados, definitivamente incluindo os cidadãos no processo de determinação e densificação do interesse público, o qual deixa de ser visto como um monopólio estatal, com participação exclusiva de autoridades, órgãos e entidades públicos.

Portanto, a Administração Pública precisa se adequar a este novo modelo de gestão que permite uma maior comunicação com a cidadania e se ajusta aos parâmetros de boa administração. Assim, a mediação administrativa pode ser

7 A expressão originária de ADR, *Alternative Dispute Resolution*, é atribuída ao americano Frank Sander, que a utilizou em 1976. Posteriormente, a expressão *Alternative* passou a ser interpretada como Adequada, para indicar a complementaridade dos sistemas, que podem ser traduzidos como Meios Adequados de Resolução de Conflitos.

um destes instrumentos viabilizadores do diálogo e da construção desta nova Administração Pública.

3. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DIÁLOGO ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A CIDADANIA.

Diante da tarefa acometida a Administração Pública de instrumentalizar a atuação estatal, é fundamental buscar meios para realizar o catálogo de direitos e garantias cidadãs frente à própria Administração, e neste novo contexto vivenciado pelo Estado Social e Democrático de Direito, urge que tais mecanismos viabilizem o diálogo entre a Administração Pública e a cidadania.

Neste cenário, a mediação como um meio consensual de resolução de conflitos, permite ofertar celeridade, dialogicidade e flexibilidade, de forma que a sua aplicação em âmbito administrativo, pode não apenas viabilizar o atendimento das exigências contemporâneas, como também concretar a boa administração.

É necessário compreender que a mediação objetiva não apenas solucionar o conflito, como também promover a abertura do canal de comunicação entre as partes, permitindo o diálogo. Assim, a mediação aplicada no âmbito administrativo viabiliza o diálogo entre Administração Pública e cidadania, e por consequência, constitui também um instrumento de prevenção à litigiosidade administrativa.

Este é o sentido da lição de FERREIRA (2017, p. 124) que ressalta o caráter preventivo da mediação administrativa:

> A Administração Pública tem que utilizar a mediação como um observatório eficaz para exercer reformas de políticas pública, evitando a repetição de demandas. A obtenção de dados precisos, concretos e atualizados das diversas relações estabelecidas com o Estado, nas suas mais variadas facetas temáticas, é uma das maiores forças da mediação. A partir da abertura e do contato com o público, a Administração evitará o litígio na sua origem, praticando reformas e modificando procedimentos. A mediação assumirá, desta forma, uma dupla função: a de intervenção nos conflitos e a de provocação de reformas. A primeira de dimensão individual e concreta; e a segunda, de dimensão coletiva e difusa.

Portanto, a mediação, além de possuir o condão de solucionar controvérsias pretéritas, também possui a aptidão para evitar problemas futuros. No particular, a previsão do parágrafo único do art.33 da Lei Federal nº 13. 140/2015, referente à mediação coletiva, representa fortemente a potencialidade do instituto para a prevenção de controvérsias no futuro.[8]

8 Lei nº 13.140, de 15 de julho de 2015: "Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei. Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relaciona-

Não obstante, o legislador poderia ter avançado mais, estabelecendo a possibilidade de mediação coletiva para todo e qualquer conflito de caráter coletivo susceptível de negociação. Isto porque a litigiosidade repetitiva constitui um dos maiores problemas enfrentados pelo Estado, que paralisa políticas públicas essenciais, pondo em risco a realização de direitos fundamentais.[9] Deste modo, impõe-se a adoção instrumentos de prevenção de conflitos administrativos, implementando, assim, a eficácia da atuação estatal.

A mediação aplicada para a solução de conflitos administrativos traz diversos benefícios ao desempenho da função administrativa, que estão estritamente conectados com os parâmetros de boa administração. Destes benefícios, a dialogicidade é um dos mais importantes, posto que dele irradiam os demais, como celeridade, prevenção de litígios e eficácia da resposta administrativa.

4. O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA NO DESENVOLVIMENTO DA MEDIAÇÃO EM ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A Administração Pública, em todos os seus níveis, figura como uma das maiores litigantes em processos judiciais[10], situação que milita contra todos os princípios constitucionais que devem servir de norte ao exercício da função administrativa.

Tendo em vista que os órgãos da Advocacia Pública exercem a representação judicial do Estado, bem como a consultoria e o assessoramento jurídico do mesmo, a responsabilidade pela redução da litigiosidade estatal também deve ser acometida a ditos órgãos.

Neste sentido, a Lei Federal nº 13.140/2015 trouxe um novo norte à atuação da Advocacia Pública, colocando-a como protagonista dos processos de autocomposição envolvendo a Administração Pública, cenário em que a mediação ganha relevo como principal instrumento desta tutela autocompositiva.

SEMER (2015) ressalta que a Lei Federal nº 13.140/2015 reforça o papel institucional da Advocacia Pública no cenário jurídico nacional, impondo novos parâmetros de atuação, sobretudo no manejo das relações com a cidadania e redução da litigiosidade.

Também é importante assinalar que o Marco Regulatório da Mediação impõe a necessidade premente de reformar as atividades de assessoramento, consultoria e defesa dos interesses do Estado, como forma de garantir o acesso á justiça. Neste novo cenário, busca-se consolidar a harmonização entre o interesse público e o privado com o escopo de concretar os elementos componentes da boa administração: responsabilidade, transparência e participação cidadã.

---

dos à prestação de serviços públicos".

9 Vid. GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coordenadoras). *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: Uma análise empírica.* São Paulo: Saraiva, 2012.

10 Vid. *100 maiores litigantes.* [consulta: 28 abril 2018] Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

Nesta senda, é possível afirmar, que a Lei Federal nº 13.140/2015 ratifica o status da Advocacia Pública como defensora dos interesses públicos, fulminando qualquer compreensão de advocacia de governo, que seria totalmente incompatível com sua natureza jurídica de órgão essencial à justiça, como também com o novel ofício de mediador entre a Administração Pública e a cidadania. Esta noção de Advocacia de Estado também é perfilhada por SILVA (1997, p.53/54) ao tratar do papel do Procurador de Estado na Constituição Federal de 1988:

> Do Procurador do Estado, a quem a Constituição Federal de 1988 confere atribuições preventivas e postulatórias relativas ao interesse público, a sociedade deve esperar independência funcional e espírito cívico; não é por outra razão que o seu mister é considerado essencial à administração da Justiça . O que significa dizer que, "no exercício de suas atribuições, o Procurador do Estado se envolve com um conjunto de atividades através das quais interesses juridicamente reconhecidos (moralidade, legalidade e legitimidade) são identificados, acautelados, promovidos e defendidos, sob garantias constitucionais". Por esse conjunto de imperativos, não se concebe que ainda hoje a função do Procurador do Estado, para significativa parcela da população, seja confundida com a do advogado do governo, ou seja, que a sua atividade se vincule a interesses efêmeros, e não a interesses perenes: os interesses públicos. É como se a história perdesse o prumo e os seus avanços não forçassem uma nova composição do "imaginário coletivo".

Para o exercício da função mediadora estabelecida pela citada norma federal, impõe-se aos órgãos da Advocacia Pública não apenas a implementação das câmaras de mediação, como também a adoção de ferramentas tecnológicas capazes de maximizar a execução de tal atividade. Desta maneira, cabe também a Advocacia Pública o desenvolvimento da mediação administrativa eletrônica.

Importa ressaltar que a mediação administrativa eletrônica possui total conexão com as políticas de e-governo[11], de maneira que seria mais uma ferramenta de execução de tais políticas, gerando uma aproximação entre Estado e cidadania através da tecnologia.

11 Em âmbito europeu, o desenvolvimento da Administração Eletrônica é um objetivo estratégico da União Europeia, documentado nos Planos de Ação i2010, 2011-2015 e 2016-2020. Por meio desta política de governança, espera-se modernizar as administrações públicas em toda a União Europeia, utilizando as tecnologias digitais. Vid. EUROPA. Comissão Europeia. COM/2016/0179 final. **COMUNICAÇÃO DA COMISSÃO AO PARLAMENTO EUROPEU, AO CONSELHO, AO COMITÊ ECONÔMICO E SOCIAL EUROPEU E AO COMITÊ DAS REGIÕES. Plano de Ação sobre Administração Eletrônica da UE 2016-2020** Acelerar a transformação digital da Administração. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016DC0179. Aceso em: 06.05.2018. No Brasil, politicas de e-governo também estão sendo adotadas, como a informatização do processo judicial previsto na a Lei Federal nº 11.419/2016 e o Plano de Desmaterialização dos Processos do Ministério do Planejamento.

Não obstante, a mediação administrativa eletrônica não seria aplicável a qualquer tipo de disputa em âmbito administrativo. Apenas teria lugar para os conflitos de baixa complexidade, sobretudo nas pequenas ocorrências de reparação de danos ao erário, em que a instauração de procedimento judicial de cobrança não encontraria justificativa do ponto de vista da economicidade e os instrumentos tradicionais da via administrativa se mostrariam absolutamente ineficazes.

A mediação administrativa também se apresenta como instrumento eficaz para auxiliar a execução de decisões administrativas e judiciais. Muitas vezes, embora o conflito de fundo já detenha uma solução, a execução de tal decisão impõe a adoção de medidas complementares que podem gerar novos conflitos. Desta maneira, a mediação se apresenta como um instrumento hábil a efetivação de decisões de cunho judicial ou administrativo, e mais uma vez, a Advocacia Pública possui a oportunidade de atuação em prol da eficiência administrativa e do interesse público.

Neste cenário de transformações, urge que a Advocacia Pública se conscientize da necessidade de restruturação interna, tanto do ponto de vista tecnológico como de formação e capacitação do seu material humano, viabilizando, portanto, a execução de este novo mister, bem como a consolidação da sua função de garante do interesse público.

Assim, a mediação administrativa constitui uma oportunidade de redesenho das funções e objetivos institucionais da Advocacia Pública, aproximando-a do cidadão e reconectando-a com a sua natureza jurídica constitucional de órgão essencial à justiça.

5. CONCLUSÕES.

- A Administração Pública Contemporânea experimenta um momento de transformação em seu relacionamento com a cidadania, de maneira que adoção de instrumentos jurídicos e de gestão, baseados na comunicação e consenso, são imprescindíveis ao atendimento das demandas atuais da sociedade.
- Neste contexto de transformação das técnicas de governança e gestão, a mediação administrativa constitui uma possibilidade de adequação da atuação administrativa a esta nova realidade, em que as decisões administrativas cada vez mais se afastam da unilateralidade, imperatividade e burocracia.
- A Lei Federal nº 13.140/2015 trouxe para a Advocacia Pública a oportunidade de se reconectar com a sua natureza jurídica de órgão essencial à justiça, através da mediação administrativa, reforçando a compreensão de que a Advocacia Pública não se confunde com Advocacia de Governo.
- A mediação administrativa objetiva não apenas solucionar o conflito,

como também promover abertura do canal de comunicação entre Administração e cidadania, o que a transforma em um mecanismo de redução da litigiosidade administrativa, como também de realização dos parâmetros de boa administração (responsabilidade, transparência e participação cidadã).

- A mediação coletiva possibilita a prevenção de litígios em uma perspectiva coletiva, o que milita a favor da melhor implementação, controle e execução de políticas públicas. Portanto, a Lei Federal nº 13.140/2015 deveria ter expandido o seu espectro de aplicação, não apenas se referindo aos conflitos relacionados à prestação de serviços públicos, mas a toda e qualquer demanda de caráter coletivo susceptível de negociação.
- A mediação administrativa eletrônica se coaduna com as atuais diretrizes de e-governo, que permitem a aproximação entre a Administração Pública e cidadania através de mecanismos de tecnologia da informação, propiciando a solução de conflitos de pequena complexidade de uma forma mais célere e econômica. Portanto, dentro das atribuições acometidas pela Lei Federal nº 13.140/2015 à Advocacia Pública, impõe-se também o desenvolvimento da mediação administrativa por meios eletrônicos.
- Para que a mediação em âmbito administrativo produza os resultados esperados, é indispensável: o investimento em capacitação e formação dos integrantes da Advocacia Pública, como também das carreiras de apoio; redefinição dos planos estratégicos institucionais, a fim de contemplar esta nova perspectiva de atuação; estabelecimento de alianças estratégicas com outros órgãos, poderes e agentes estatais (Poder Judiciário, Tribunal de Contas, Ministério Público, Defensoria Pública) e sociais, a fim de disseminar a cultura de paz e levar ao conhecimento da cidadania desta possibilidade de solução de conflitos administrativos.
- De fato, a mediação administrativa constitui um instrumento resgate dos valores constitucionais da Advocacia Pública, apto a realinhá-la as diretrizes e princípios do Estado Social e Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AGUIRRE DE CASTRO, Rodrigo Pironti; OCHOA FIGUEROA, Rodrigo. Breve ensaio sobre o consensualismo na Administração Pública e o contraponto entre o modelo burocrático e responsável ("gerencial"). *A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional,* ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003)- . – Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 187/203.

BELANDO GARÍN, Beatriz. La mediación administrativa: una realidad jurídica. In: Las prestaciones patrimoniales públicas no tributarias y la resolución extrajudicial de conflictos. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2015a. pp. 265-273.

_____. La Mediación Administrativa. Entre el derecho a una buena administración y la renovación de la Justicia. In: *Control Administrativo y Justicia Administrativa.* Director: AGUDO GONZÁLEZ. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), 2016, pp. 203-220.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivo los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.

CASTELLS, Manuel. *La era de la información. Economia, Sociedad y Cultura.* V.1. La Sociedad en Red. Madrid: Alianza Editorial, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Poderes Salvages. La crisis de la democracia constitucional.* Traducción: IBÁNEZ, Andrés. Segunda Edição. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERREIRA, Kaline. A autocomposição e as Pessoas Jurídicas de Direito Público. O que mudou depois da Lei de Mediação?. *Publicações da Escola da AGU*, v. 9, n. 4, 2017, p. 117-127.

GABBAY, Daniela Monteiro; CUNHA, Luciana Gross (coordenadoras). *Litigiosidade, Morosidade e Litigância Repetitiva no Judiciário: Uma análise empírica.* São Paulo: Saraiva, 2012.

LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. *Direito Fundamental à Boa Administração e Governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

MADEIRA, Danilo Cruz. O papel da Advocacia Pública no Estado Democrático de Direito. *Revista da AGU*, v. 9, n. 26, 2010, p. 105/142.

MOESSA DE SOUZA. Luciana. A mediação de conflitos e a Administração Pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.* São Paulo: Atlas, 2016, p. 207-228.

RODRIGUEZ-ARANA, Jaime. La mediación en el derecho administrativo. [online] *Revista de Derecho Público,* (74), 2015, pp. 117. doi:10.5354/0719-5249.2015.37538. Acesso em: 24.03.2018.

SALAS HERNANDÉZ, Javier. El régimen de acción concertada. *Revista de Administración Pública*, nº 56, p. 435-482, 1968.

SÁNCHEZ GARCÍA, Alfonso. La oportunidad de la Mediación Administrativa como respuesta a las necesidades del sistema de resolución de conflictos entre administración y administrado. In: *La mediación como método para la resolución de conflictos.* Director: CABRERA MERCATO, Rafael. Coordinador: QUESADA LÓPEZ, Pedro M. Madrid: Editorial Dykinson, 2017, p.363-384.

SORACE, Domenico. La buona amministrazione e la qualità della vita, nel 60º anniversario dela Costituzione. [online] *Constituzionalismo.it.* Fascicolo 2/2008. Roma: 2008. ISSN: 2036-6744. Disponível em: http://www.costituzionalismo.it/articoli/277/. Acesso em: 15.03.2018.

SEMER, Marcia. Mediação: Oportunidade para reinvenção da advocacia pública. [online] *Justificando - mentes inquietas pensam o direito*. 2015. Disponível em: http://justi-

ficando.cartacapital.com.br/2015/08/21/mediacao-oportunidade-para-a-reinvencao-da-advocacia-publica/. Acesso em: 02.07.2018.

SILVA, Reinaldo Pereira e. A função social do procurador do Estado.[online] **Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 52-60, jan. 1997. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15663>. Acesso em: 02.07.2018. doi:https://doi.org/10.5007/%x

TORNOS MAS, Joaquín. _____. Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de los conflictos administrativos. *Revista de Administración Pública*, Nº 136, enero -abril 1995, ISSN 0034-7639, pp.149-178.

MODELO JURÍDICO INSTITUCIONAL PARA AS REDES PÚBLICAS COLABORATIVAS E A PARTICIPAÇÃO ESTATAL EM ASSOCIAÇÕES CIVIS SEM FINS LUCRATIVOS

Ailton Cardozo da Silva Júnior [1]

Ivana Pirajá Luckesi [2]

RESUMO

O presente trabalho buscou refletir sobre a constituição das Redes colaborativas e sua importância para o aprimoramento das políticas públicas, a partir do diálogo e compartilhamento de conhecimento e experiências, além de enfrentar a questão da necessidade ou não de lei autorizativa para participação de entes federados em associações civis, apresentando, ao final, um panorama experimental do tema no âmbito do Estado da Bahia.

1. INTRODUÇÃO

A formação de redes encontra-se inserida no campo da consensualidade, a partir da observação e escuta de diversos interessados, que compartilham experiências, conhecimento, tecnologia e informações, contribuindo para o aprimoramento das políticas públicas, considerando a vivência e as perspectivas de cada ente associado, num trabalho coletivo democrático.

Cuida-se do fortalecimento do diálogo entre diversos órgãos e setores do Poder Público, de várias regiões, que se reúnem em torno de temas centrais das agendas políticas, servindo o compartilhamento de experiências de esteio para o planejamento das ações governamentais, sem que isso signifique o comprometimento das competências atribuídas aos responsáveis pela construção dos programas de governo.

Tratando do papel do consenso na evolução das culturas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto[3] preleciona que o dinamismo do poder comporta dois tipos de relação: o antagonismo e a cooperação. O primeiro tem no viés da competição a mola do progresso e o segundo permite a coordenação de diversas expressões de poder para o alcance de fins comuns, desenvolvendo a tolerância e a confiança, possibilitando o consenso. A rede se insere nesta última perspectiva.

A dinâmica das redes também permite que seus associados tenham mais

1 Procurador do Estado da Bahia. E-mail: ailton.cardozo@pge.ba.gov.br.

2 Procuradora do Estado da Bahia. E-mail: ivana.luckesi@pge.ba.gov.br.

3 NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Mutações do direito público. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pag. 316.

condições de avaliar, de forma sistêmica, os impactos sociais, econômicos e jurídicos de determinada ação ou política pública, promovendo a reflexão em torno de ações preventivas, o que acaba repercutindo, quantitativa e qualitativamente, nas demandas administrativas e judiciais.

Ademais, na medida em que o papel e a atuação das redes se fortalecem, consolida-se uma relação de "confiança institucional", onde todos os associados aprimoram o diálogo e compartilham as perspectivas, dificuldades e diretrizes que surgem a partir de cada problema colocado. Desta forma, a teia de conhecimento ganha estrutura, sustentando o propósito final da Rede.

Neste cenário, identificam-se algumas questões: como instituir uma rede colaborativa e qual a sua natureza jurídica? Qual a importância das redes na construção e aprimoramento das políticas públicas? É possível a participação de entes federados em associações civis, independentemente de lei autorizativa?

São alguns questionamentos que procuramos responder com o presente trabalho.

Realizamos pesquisa bibliográfica a respeito das redes, bem como coletamos os pronunciamentos de diversos órgãos a respeito da sua constituição, para finalmente defender a importância da criação desses espaços de diálogo, estruturados na forma de associações civis sem fins lucrativos, sendo desnecessária, para tanto, autorização legislativa.

Finalmente, cumpre ressaltar que o trabalho teve por base duas vivências no âmbito das parcerias, que serão postas ao final: 1) a experiência no assessoramento jurídico aos órgãos da Administração Pública estadual na implantação da Rede Intergovernamental para o Desenvolvimento das Parcerias Público Privadas – Rede PPP[4]; 2) a experiência de diálogo com os órgãos públicos e com o terceiro setor, em torno da implantação das diretrizes da Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014[5], com sugestão da criação da Rede MROSC, a partir da identificação de temas sensíveis nesta seara.

2. AS REDES E SUA IMPORTÂNCIA COMO ARRANJO INSTITUCIONAL DE DIÁLOGO

A formação de redes permite a transferência e o compartilhamento de tecnologias, de conhecimento e de soluções integradas, lastreando-se na discussão em torno de temas importantes para a sociedade e que repercutem de forma

4 Processo nº PGE2015127671-0 (parecer nº GAB-ACS-PGE 057/2017, em resposta à consulta formulada pelo Coordenador Executivo da Rede PPP, Dr. Rogério de Faria Princhak).

5 Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e nº 9.790, de 23 de março de 1999.

transversal, alcançando tanto a Administração, como as entidades que com ela celebram a parceria.

Sobre o fenômeno das redes, o aclamado Manuel Castells, catedrático de sociologia e planejamento urbano da Universidade da Califórnia - Berkeley, preleciona que:

> "Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós, desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação (por exemplo, valores ou objetivos de desempenho). Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico, suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio. Redes são instrumentos apropriados para a economia capitalista baseada na inovação, globalização e concentração descentralizada; para o trabalho, trabalhadores e empresas voltadas para flexibilidade e adaptalidade; para uma cultura de desconstrução e reconstrução contínuas; para uma política destinada ao processamento instantâneo de novos valores e humores públicos; e para uma organização social que vise à suplantação do espaço e invalidação do tempo. Mas a morfologia da rede também é uma fonte de drástica reorganização das relações de poder. As conexões que ligam as redes (por exemplo, fluxos financeiros assumindo o controle de impérios da mídia que influenciam os processos políticos) representam os instrumentos privilegiados do poder. Assim, os conectores são os detentores do poder. Uma vez que as redes são múltiplas, os códigos interoperacionais e as conexões entre redes tornam-se as fontes fundamentais da formação, orientação e desorientação das sociedades. A convergência da evolução social e de atividades em toda a estrutura social. Essa base material construída em redes define processos sociais predominantes, consequentemente dando forma à própria estrutura social." (in. A Sociedade em Rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura, vol. 1, Editora Paz e Terra)

Por sua vez, o i. Procurador de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal, José Eduardo Sabo Paes, em sua obra "Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social", assim se manifesta:

> "Definir ou mesmo conceituar redes é tarefa que exige uma incursão na história e na ciência. Oriundo do latim *retis*, significa entrelaçamento de fios com aberturas regulares que formam a espécie de tecido.
>
> Carlos Antônio Silva nos alerta que a partir da noção de entrelaçamento, malha e estrutura reticulada, a palavra rede foi ganhando novos significados ao longo dos tempos, passando a ser empregada em diferentes situações, tanto na história, como na biologia e na

> física." (Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários, 7ª Edição, Ed. Forense)

E continua:

> "Assim, adotamos a definição de rede de Lourdes Guarnieri, que entende 'como uma proposta democrática de realização do trabalho coletivo e de circulação do fluxo de informações, elementos essenciais para o processo cotidiano de transformação social'.
>
> Sendo certo também apresentarmos a definição de redes de Antônio Silva, para quem 'Redes são sistemas organizacionais capazes de reunir indivíduos e instituições, de forma democrática e participativa, em torno de objetivos e/ou temáticos comuns' que agrega à sua reflexão.
>
> Estruturas flexíveis e cadenciadas, as redes se estabelecem por relações horizontais, interconexas e em dinâmicas que supõem o trabalho colaborativo e participativo. As redes se sustentam pela vontade e afinidade de seus integrantes, caracterizando-se como um significativo recurso organizacional, tanto para as relações pessoais quanto para a estruturação social." (Ob. Cit)

Sobre as redes, vale citar também a leitura de Cristiano Rocha Heckert e Márcia Terra da Silva[6]:

> "A arquitetura de redes inova na forma de relacionamento entre organizações, tornando-as mais flexíveis e adaptativas às constantes e abruptas mudanças no ambiente. As atividades econômicas passam a ser compartilhadas entre instituições que, embora subsistam como unidades autônomas, articulam-se sob as mais variadas formas para desempenhar as funções de produção, comercialização e consumo. Conforme coloca Castells (1999, p.229, 163), 'o modelo empresarial em rede global tornou-se, na virada do século, o modelo predominante para os concorrentes mais bem-sucedidos da maioria dos setores do mundo... Assim, os segmentos dominantes da maioria dos setores de produção (tanto bens, quanto serviços) estão organizados mundialmente em seus procedimentos operacionais reais, formando o que Robert Reich rotulou de 'a rede global'. Não são somente as empresas com fins lucrativos que podem beneficiar-se da organização em redes. Segundo Casttels (1999, p.89), 'a lógica do funcionamento de redes, cujo símbolo é a Internet, tornou-se aplicável a todos os tipos de atividades, a todos os contextos e a todos os locais que pudessem ser conectados eletronicamente".

6 A formação de redes para o desenvolvimento do terceiro setor – Cristiano Rocha Heckert& Marcia Terra da Silva (texto disponível na internet. Link:http://formacaoredefale.pbworks.com/f/A+Forma%C3%A7%C3%A3o+de+Redes+para+o+Desenvolvimento+do+Terceiro+-Setor.doc

No trabalho "Work the Net – Um Guia de Gerenciamento para Redes Formais"[7], elaborado pela GIZ – Agência Alemã para o Desenvolvimento, podemos observar uma excelente análise acerca da associação entre os membros das redes, bem como seus benefícios:

> "A associação de membros é uma característica peculiar das redes. Os membros das redes participam delas, mas permanecem autônomos. Eles são prestadores de serviços para outros membros da rede e stakeholders da rede. Ao mesmo tempo eles também são usuários dos serviços oferecidos pela rede. Esta cultura de dar e receber encontra-se no cerne de todas as redes. As redes também são caracterizadas por uma marcante descentralização. Os membros das redes, em especial das redes internacionais, encontram-se espalhados pelo mundo todo. Muitas redes internacionais também têm sub-redes regionais. Por último, as redes são muito semelhantes a organismos vivos. Até certo ponto cada rede é única. O histórico de cada rede e de seus membros influencia tanto o seu estabelecimento quanto o seu gerenciamento. As redes são sistemas dinâmicos e complexos e seus resultados nem sempre são os esperados. Desta forma elas são menos controláveis do que uma organização ou instituição pública. Há uma influência mútua entre uma rede e seu ambiente contextual. Em outras palavras, a rede influencia seu ambiente e é também influenciada por ele."

Segundo o referido Guia, há benefícios aos membros das redes e agentes interessados:

1. no acesso a informações e a know-how;
2. no aprender com os outros;
3. na melhor compreensão das necessidades e agendas (políticas);
4. no fortalecimento das capacidades;
5. na fusão de recursos e desenvolvimento de sinergias;
6. na ampliação de redes pessoais;
7. no agir como catalisadoras para o estabelecimento de parcerias:
8. no testar novas ideias e soluções inovadoras;
9. no dividir o trabalho e concentrar-se em pontos fortes específicos;
10. no comparar o próprio desempenho com outras organizações ou instituições;
11. no melhorar a base de informações e de conhecimento para a tomada de

7 Work the Net. Um Guia de Gerenciamento para Redes Formais / Autor: Urs Karl Egger; colaboração: Michael Glueck, Georg Buchholz, Greta Rana, e Sagita Arhidani. Rio de Janeiro: GTZ, 2007.

decisões através do acúmulo de informações e de conhecimento;

12. no contribuir com o aprendizado e com ciclos de aprendizado mais curtos através de trocas de informações e de conhecimento.;
13. no ligar setores, profissões, países, regiões e culturas, contribuindo desta forma com uma maior coordenação, coerência e inovação;
14. nas respostas mais amplamente aceitas a complexos desafios do setor público;
15. na atenção aumentada para certos temas na agenda de políticas;
16. nas decisões políticas mais balanceadas.

Não há dúvidas de que a criação das redes se relaciona com a construção de iniciativas para o desenvolvimento e aprimoramento de políticas públicas, a partir do diálogo em torno de temas centrais para a sociedade, envolvendo a troca de experiências de diversos órgãos públicos, a partir do cotidiano das ações administrativas.

No dizer de Maria Paula Dallari Bucci[8], "as políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito. A locução *conjunto de processos* conota os procedimentos coordenados pelo governo para a interação entre sujeitos ou entre estes e a Administração, como o exercício do contraditório. No processo explicitam-se e contrapõem-se os direitos, deveres, ônus e faculdades dos vários interessados na atuação administrativa, além da própria Administração".

É evidente o impacto de eficiência que a administração pública pode experimentar ao estimular o compartilhamento de experiências, informações, conhecimentos e sistemas entre os seus entes, de modo a construir no nosso País práticas harmônicas em diversas áreas. Tal prática não só é capaz de poupar recursos, como também pode estimular um ambiente de negócios saudável e seguro em todo território nacional, de modo a estimular a previsibilidade e a segurança jurídica, tão necessários à atração de novos agentes, à competividade e ao fortalecimento das parcerias.

Portanto, na economia atual, que tem no compartilhamento e na cooperação elementos centrais da eficiência e sustentabilidade, as redes podem desempenhar papel relevante.

A interação entre os diversos sujeitos envolvidos na discussão de temas centrais para a sociedade, possibilitada pela Rede, incrementa o processo de escolha das prioridades governamentais, em busca da realização de objetivos considerados fundamentais para a realização dos valores sociais.

8 DUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* São Paulo: Saraiva, 2002.p.264.

3. A CONSTITUIÇÃO DAS REDES PÚBLICAS COLABORATIVAS E A DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA

Considerando o panorama político e jurídico atual, não há dúvidas quanto à possibilidade dos entes públicos formarem associações, constituindo, assim, redes colaborativas. Em verdade, os debates se voltam para a necessidade ou não de lei específica autorizando o ente público a participar de associações civis sem finalidade lucrativa.

Faz-se mister pontuar, de logo, que não há confusão entre as finalidades das redes e as funções públicas dos órgãos que as integram, não havendo possibilidade, lógica e jurídica, da rede usurpar as atribuições e competências atribuídas aos órgãos por lei. A uma porque no âmbito das redes cada membro mantém a sua autonomia. A duas porque o objetivo da rede é o compartilhamento de experiências, conhecimentos e informações que servirão de insumos para qualificar o planejamento das ações públicas, mas nunca substituir as atribuições dos legalmente responsáveis pelo planejamento e ações governamentais.

De modo que não há impedimento à criação de uma Associação Civil pelos entes públicos, existindo, aliás, diversas entidades congêneres no País, a exemplo das associações de municípios, de Secretários de Administração (CONSAD), de Ciência e Tecnologia (CONSECTI), de Secretários de Planejamento (CONSEPLAN), além da Associação Civil da Rede PPP, que será adiante melhor explicitada.

Com efeito, é justamente pela existência dessas diversas associações congêneres que sobreleva uma pletora de manifestações discutindo o tema no âmbito jurídico, especialmente nas Procuradorias.

No âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, o tema não é novo.

O i. Procurador do Estado Paulo Borba Costa, assim se manifestou no Parecer nº PA-NPA-PBC- 081/2011[9]:

> "Ao meu entender, a forma instrumental de ação, mediante a utilização de ente personificado com natureza jurídica de direito privado, propicia suporte eficiente para a congregação de ações orgânicas, objetivando o melhor desempenho e celeridade no estabelecimento de esforço comum, para a solução de problemas comuns. Não é por outra razão que a própria Administração se vale de instrumentalidades de direito privado, dentro dela própria, para tornar mais operacional, efetiva e eficiente a sua ação. Os entes descentralizados, entre os quais se incluem as tradicionais empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, entre outras formas mais modernas de parcerias e rearranjos, têm essa finalidade.

9 Ementa: CONVÊNIO – FORUM NACIONAL DE SECRETARIAS DO TRABALHO – FONSET – Possibilidade jurídica da celebração do ajuste, desde que obedecidas as orientações e adequações traçadas neste opinativo.

> (...)
>
> De modo que não vejo qualquer óbice a que isso se possa fazer mediante uma entidade associativa privada, congregadora dos titulares dos órgãos públicos e através da celebração de um convênio de cooperação. Desde que este vise o interesse público, e não tenha o ente fins econômicos, não persiga lucro, nem distribua resultados entre seus associados."

O tema também foi objeto de análise na PGE/BA, nos autos do processo nº PGE2012490608-0, no bojo do parecer Nº PA-NPA-JLD-109/2012 da lavra da ilustre Procuradora do Estado Juliana Lima Damasceno, assim ementado:

> "CONVÊNIO. CELEBRAÇÃO. SEFAZ/AGE. CONACI. Ajuste tendo como objeto viabilizar a participação do Titular da AGE no CONACI. Art. 170 e seg. da Lei Estadual nº 9.433/2005. Regulamento aprovado pelo Decreto Estadual nº 9.266/2005. Resolução nº 86/2003 do TCE. Precedente parecer nº PA-NPA-PBC- 081/2011. Análise do processo e da minuta. Recomendações a serem atendidas como condicionantes à celebração do ajuste."

No referido Parecer, aduz a i. Procuradora:

> "Cuida-se de convênio a ser celebrado entre o Estado da Bahia, através da Secretaria da Fazenda (SEFAZ), e o Conselho Nacional dos Órgãos de Controle Interno dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios das Capitais (CONACI), com vista a viabilizar a participação do Titular da Auditoria Geral do Estado (AGE), órgão integrante da estrutura daquela Secretaria, neste conselho.
>
> (...)
>
> Compete ao Estado da Bahia, nos termos do art. 11 da sua Constituição, além de todos os poderes que não lhe sejam vedados pela Constituição Federal:
>
> I — dispor sobre sua organização constitucional, exercer as funções do seu governo próprio e prover as necessidades da administração autônoma de seus serviços;
>
> (...)
>
> III — manter a ordem jurídica democrática e a segurança pública;
>
> Nos termos do art. 7º do Regimento da SEFAZ, aprovado pelo Decreto nº 7.921, de 02 de abril de 2001, a AGE, órgão do controle interno do Poder Executivo que integra a sua estrutura, tem por finalidade *"proceder à análise dos atos e fatos administrativos e financeiros dos órgãos e entidades"*.
>
> O CONACI, por seu turno, nos termo do seu estatuto encartado em cópia às fls. 38/47, criado no VII Encontro do Fórum Nacional dos

> Órgãos de Controle Interno dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal, no dia 06/07/2007, sob a denominação de Conselho Nacional dos Órgãos de Controle Interno dos Estados Brasileiros e do Distrito Federal, posteriormente denominado Conselho Nacional dos Órgãos de Controle Interno dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios das Capitais, no VI encontro do CONACI, ocorrido no dia 24/11/2010, é uma associação de direito privado, que tem por escopo, consoante estabelece o art. 2º:
>
> 'I – Participação na formulação, na implementação e na avaliação das políticas nacionais de gestão pública;
>
> II – Coordenação e articulação das ações de interesse comum dos Órgãos Estaduais e Municipais de Controle Interno;
>
> III – Promoção de intercâmbio de informações, de experiências nacionais e internacionais sobre gestão pública e de cooperação técnica entre os seus membros;
>
> IV – Realização de seminários, conferências, cursos e de outros eventos de interesse dos seus membros;
>
> V – Desenvolvimento de Programas e Projetos de interesse comum dos seus membros'.
>
> Consoante estabelecido no parágrafo único do art. 1º do Estatuto em referência, serão admitidos como membros do CONACI os representantes dos órgãos de controle interno dos Estados, o Distrito Federal e os Municípios sede das Capitais dos Estados Brasileiros.
>
> Desse modo, temos como presente o interesse comum dos partícipes - Estado da Bahia, a través da SEFAZ, e o CONACI, em viabilizar a participação do Titular da AGE no CONACI, o quanto parece ser o objeto do convênio em exame."

É importante destacar que embora não tenha sido objeto de análise específica nos referidos pareceres, não se consignou naquela oportunidade a obrigatoriedade de lei autorizativa específica para os entes públicos participarem das Associações Civis.

O tema da necessidade de lei autorizativa específica, no âmbito da PGE/BA, foi trazido mais recentemente nos autos do processo nº 1430150002239-0, que tinha como objeto o Conselho Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia.

O despacho exarado pela então Procuradora Chefe em exercício, Dra. Gertha Merícia R. P. de Almeida, assim expendia:

> "DESPACHO
>
> O ilustre Chefe de Gabinete da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação - SECTI, Dr. Roberto Dantas de Pinho, através do despacho

de fl. 50, encaminha o presente processo a esta Procuradoria para exame da viabilidade jurídica do pagamento da anuidade cobrado pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia - CONSECTI, relativa ao exercício de 2015, no valor de R$ 26.200,00 (vinte seis mil e duzentos reais), conforme e-mail e boleto às fls. 01/02.

O referido Conselho foi constituído em forma de Associação, pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos, com a finalidade de representar as Secretarias de Ciência, Tecnologia e Inovação ou órgãos congêneres, nos Estados e no Distrito Federal, nos termos dispostos no art. 1º do Estatuto Social do CONSECTI, às fls. 04/13.

Infere-se (1) da relação dos membros acostada às fls. 14/16 que a entidade é integrada por Secretários de Estado da pasta de Ciências e Tecnologia e (2) da Ata da Assembleia de Fundação de fls. 31/341 que o Conselho foi constituído no ano de 2005, durante a realização de Fórum Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia, com o objetivo primordial de promover o debate e a articulação de políticas públicas entre os Estados da Federação, possibilitando o aprimoramento do desenvolvimento científico e tecnológico no país. Constam da fl. 18 informações prestadas pelo i. Superintendente de Inovação da SECTI, Sr. Thomas Buck, nas quais destaca a relevância da permanência do Secretário do Estado da Bahia no CONSECTI, argumentando que 'entre as finalidades desta secretaria está a participação ativa nas esferas decisórias que planejam, debatem e definem ações, tanto em nível nacional, quanto em nível estadual, nos temas ligados às áreas de ciência, tecnologia e inovação.'. Das fls. 22/25 dos autos se constata a dotação orçamentária disponível para o pagamento da anuidade, corroborada pela declaração do ordenador de despesas de fl. 23 e pela nota de empenho constante da fl. 25. Do conjunto de documentos acostados ao processo se conclui que a despesa ocorrerá com recursos financeiros da própria SECTI, está prevista no PPA, na LDO e na LOA e não resultará em impacto financeiro para os exercícios seguintes. No exame da matéria, o i. Procurador do Estado Miguel Pereira de Carvalho Júnior, em fundamentado Parecer nº PA-NLC-MC-162/2015 (fls. 51/68) analisou as diversas nuances que contornam o caso dos autos e concluiu pela 'não realização do pagamento da anuidade pretendida e, ainda, pela declaração de nulidade do ato do Secretário de Estado que à época promoveu a associação do Estado da Bahia ao CONSECTI', opinativo aprovado pela i. Procuradora Assistente Juliana Lima Damasceno, em despacho de fl. 69. Dentre os argumentos trazidos no parecer em referência destacam-se: a falta de necessário procedimento licitatório, ainda que se enquadrasse em caso de dispensa ou inexigibilidade, pois, mesmo em tais situações, não se prescinde da regular motivação e cumprimento aos re-

quisitos legais; obscuridade do objeto a ser contratado, por não se vislumbrar prestação de serviço ou entrega de bem a caracterizar objeto; e falta de autorização legal para a participação do Secretário de Ciência e Tecnologia em associação privada. É o relatório. Passo a opinar com as considerações que se seguem. Inicialmente, impende destacar a importância de que se reveste a atuação de Conselhos temáticos como o CONSECTI.

A reunião dos diversos entes federativos de forma institucionalizada objetiva não só a articulação para a gestão das políticas públicas relacionadas às matérias específicas, como também, dota de representatividade as Secretarias Estaduais congregadas, como forma de fortalecimento dos sistemas nacionais mediante interação entre os sistemas estaduais. Especificamente em relação ao CONSECTI, insta observar que sua criação se deu em 2005 e, ao longo destes 10 (dez) anos, a instituição vem exercendo ativamente suas finalidades e concretizando os objetivos comuns às Secretarias de Ciência e tecnologia de todos os entes federativos. Para a consecução de seus propósitos, a entidade vem realizando eventos, fóruns e reuniões que oportunizam o diálogo institucional dos Estados brasileiros, possibilitando a implantação de ações, projetos ou programas de abrangência nacional. O CONSECTI integra o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia - CCT, órgão de assessoramento superior do Presidente da República para a formulação e implementação da política nacional de desenvolvimento científico e tecnológico, na forma prevista pelo Decreto Federal nº 6.090/2007, em seu art. 1º, §1º. As atribuições da referida Associação, previstas em estatuto, não conflitam com as competências institucionais dos órgãos públicos que representam, pelo contrário, as finalidades do CONSECTI estão em perfeita sintonia com as atribuições da SECTI. No âmbito desta Procuradoria, situação análoga à dos autos já foi analisada por esta subscritora, que se manifestou favorável à participação da Secretaria do Meio Ambiente na Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente (ABEMA), entidade privada que atua na defesa do desenvolvimento ambiental nacional, dada a relevância de sua representatividade.

No que tange ao quanto destacado pelo i. Procurador do Estado Miguel Pereira de Carvalho Júnior no seu Parecer nº NLC -MC- 162/2015, há de se concordar que existe uma obscuridade quando se busca enquadrar o valor da anuidade do CONSECTI no âmbito das licitações e contratos. Isso porque, de fato, não se vislumbra uma relação contratual entre o Estado e o Conselho, considerando que ambos convergem para o objetivo comum de realizar as finalidades da entidade, além do que, não se está diante de fornecimento de bens ou serviços. Destarte, não há falar-se em procedimento licitatório, nem em dispensa ou inexigibilidade

deste, porquanto não exista objeto a ser contratado. Também não se vislumbra viabilidade prática na celebração de convênio, nos exatos moldes como este é tratado na legislação estadual. A despeito da conversão de objetivos e atribuições, alguns requisitos como plano de trabalho detalhado e cronograma de desembolso, por exemplo, não se adéquam à atuação do Conselho. Observe-se que o valor da anuidade será revertido para os objetivos da associação, já que esta não possui finalidade lucrativa. Desta feita, os recursos deverão ser utilizados para a organização dos fóruns, viabilização da participação dos Secretários em eventos e reuniões temáticas, não sendo factível o estabelecimento de fases e prazos de execução, quantificação de elementos, dentre outras formalidades que devem instruir um processo de convênio. Ocorre que, apesar desta situação relativamente atípica, não se pode ignorar que a institucionalização desta convergência de objetivos e interesses entre as Secretarias dos diversos Estados é uma realidade, e se verifica entre as mais diversas pastas de grande maioria dos Estados. Como exemplos, têm-se o Conselho Nacional de Educação, o Fórum Nacional de Secretarias do Trabalho, Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração, Conselho Nacional de Secretários de Saúde e a Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente, todos com a participação dos respectivos Secretários de Estado da Bahia. O Estado da Bahia também participa do Conselho Nacional dos Órgãos de Controle Interno dos Estados, do Distrito Federal e do Município das Capitais - CONACI. Diante do contexto apresentado é que, a despeito das pertinentes observações delineadas no Parecer de fls. 51/68, entendo que uma área tão estratégica e em constante transformação como a Ciência e Tecnologia, não pode deixar de contar com a pluralização de ideias e projetos propiciada pelo Conselho Nacional de Secretários. O intercâmbio de informações e experiências técnicas acaba se refletindo em ganhos de eficiência, o que é altamente benéfico ao Estado. Para que se regularize a participação do Secretário de Ciência e Tecnologia da Bahia no CONSECTI e considerando, quanto a este particular, as ponderações feitas pelo i. Procurador do Estado Miguel Pereira de Carvalho Júnior, em seu já mencionado opinativo, mister se faz a edição de lei de iniciativa do Governador do Estado, autorizando a Secretaria de Ciência e Tecnologia a participar do Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia e, ainda, autorizando o pagamento das anuidades. Ademais, recomenda-se que o referido diploma normativo contenha artigo constando expressamente a convalidação da participação do Secretário do Estado da Bahia no CONSECTI, desde sua criação. Tais medidas já foram adotadas em outros Estados, a exemplo do Paraná, que viabilizou a participação da sua Secretaria de Educação no Conselho Nacional de Secretários de Educação - CONSED, através

> da edição de lei que, inclusive, convalidou a participação dos anos anteriores (Lei nº 14.962/2005).
>
> Dessa forma, entendo que estariam supridos os requisitos formais relativos à participação do ente público na entidade privada constituída em forma de Associação, legitimando-se o pagamento da anuidade com a dotação orçamentária proveniente da própria SECTI. (...)
>
> Diante do quanto exposto, acolho parcialmente o Parecer de nº PA -NLC-MC-162/2015, da lavra do i. Procurador do Estado Miguel Pereira de Carvalho Júnior, divergindo quanto à conclusão de impossibilidade de pagamento da anuidade e quanto à alegada nulidade do ato de associação do Estado da Bahia ao CONSECTI (...)"

O mencionado pronunciamento foi acompanhado pela então Exma. Procuradora Geral Adjunta em exercício, Dra. Bárbara Camardelli, *in verbis*:

> Processo nº 1430150002239 INTERESSADO: DIRETORIA GERAL ASSUNTO: SOLICITAÇÃO DE PAGAMENTO DE ANUICIDADE DA CONSECTI - EXERCÍCIO 2015. DESPACHO. Acompanho o entendimento exposto na manifestação de fls. 70/75, da lavra da i. Procuradora Assistente, Dra. Gertha Merícia R. P. de Almeida, no sentido da recomendação da edição de lei, de iniciativa do Governador do Estado, autorizando a Secretaria de Ciência, Tecnologia e Inovação - SECTI a participar do Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia - CCT e, ainda, autorizando o pagamento das anuidades. Como exposto, tais medidas já foram adotadas em outros Estados, a exemplo do Paraná, que viabilizou a participação da sua Secretaria de Educação no Conselho Nacional de Secretários de Educação - CONSED, através da edição de lei, que inclusive, convalidou a participação dos anos anteriores (Lei nº 14.962/2005). Diante disto, entendo também que estariam supridos os requisitos formais relativos à participação do ente público na entidade privada constituída em forma de Associação, legitimando-se o pagamento da anuidade com a dotação orçamentária proveniente da própria SECTI."

Diante do expendido, o entendimento mais atual e predominante da PGE/BA pode ser assim resumido: é possível a participação do ente público em associação civil sem finalidade lucrativa, sendo necessária para tanto a aprovação de lei autorizativa. Também, não se exige a celebração de convênios ou contratos administrativos para o pagamento das taxas associativas, já que a mesma decorre diretamente da filiação estatutária.

A Procuradoria Geral do Estado da São Paulo também já analisou o tema, nos autos do processo administrativo GDOC N° 18488-274812/2014, no Parecer PA N° 110/2014 da lavra da i. Procuradora do Estado Dra. Célia Almendra Rodrigues, assim ementado:

> "GDOC N° 18488-274812/2014 PA N° 110/2014 FÓRUM NACIONAL DAS SECRETARIAS DO TRABALHO ASSOCIAÇÃO CIVIL. FILIAÇÃO. NATUREZA JURÍDICA. Artigo 53 do Código Civil. Inexistência de obrigações recíprocas e antagônicas entre a associação e os associados. União de pessoas em busca de objetivos comuns. Natureza contratual afastada. Hipótese que não faz incidir as disposições da Lei federal n° 8.666/1993. Natureza institucional. Anuidade. Despesa que se justifica mediante a comprovação da pertinência entre a área de atuação da associação civil e as finalidades institucionais do órgão ou entidade pública que pretende se filiar. Relação que deve contribuir de forma direta para o desenvolvimento das atividades da Administração."

Aduz a referida Procuradora do Estado de São Paulo:

> "Com esse intuito, e apenas em favor da própria associação, o associado arca com mensalidades, anuidades ou outras formas de contribuição financeira para que aquela possa desenvolver suas atividades que, ao final, são a sua própria razão de existir, não havendo aí, portanto, obrigação contratual recíproca. A natureza institucional dessa relação tem ainda maior ressonância quando se trata da filiação de pessoa jurídica de direito público a qualquer associação civil, sem fins lucrativos, pois não se cogita que esta ocorra com o intuito de atender a necessidade de qualquer tipo de 'serviço', mas em razão de motivada conveniência de se unirem forças com os demais associados para a concretização de objetivos que são, conforme o respectivo estatuto, condizentes com os interesses e atribuições institucionais do órgão ou entidade pública interessada."
>
> (...)
>
> "Distante desse conceito está a relação entre órgão ou entidade pública e associação civil. Embora essa relação enseje o pagamento de prestação pecuniária, isso não lhe imprime natureza contratual e, por conseguinte, inaplicáveis são as disposições da Lei federal n° 8.666/1993. Assim, a filiação se mostrará juridicamente viável desde que comprovada a pertinência entre a área de atuação da associação civil e as finalidades institucionais do órgão ou entidade pública que pretende se filiar, devendo restar evidenciado que essa relação contribuirá de forma direta para o desenvolvimento das atividades da Administração Pública, justificada, então, a despesa."

As conclusões do Parecer PA 110/2014 foram analisadas pelo então Sub-Procurador Geral do Estado de São Paulo, Dr. Adalberto Robert Alves, e, posteriormente, pelo Exmo. Procurador Geral do Estado de São Paulo à época, Dr. Elival da Silva Ramos.

Ressaltou o Sub-Procurador Geral do Estado de São Paulo:

> "A despeito das pertinentes reflexões da Chefia Substituta da Procuradoria Administrativa, concordo com a orientação jurídica preconizada no Parecer PA n. ° 110/2014. A questão *sub examine* não é singela e, a depender da natureza jurídica que se atribua ao vínculo formado entre o filiado e a entidade associativa, as conclusões serão díspares. De toda sorte e com o devido respeito às opiniões discrepantes, alinho-me ao entendimento de acordo com o qual, relativamente a órgãos e entidades públicas, a filiação a associações civis e o consequente pagamento de anuidade estão fora do âmbito de incidência da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Como a parecerista bem assinala (itens 7 a 9), os elementos que caracterizam tal filiação afastam-na do instrumento contratual, deitando-a fora do perímetro de incidência da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Ainda que a filiação à entidade seja levada a efeito pelo Titular da Pasta, conforme acertadamente constatou a Chefia Substituta da Procuradoria Administrativa, ele o faz em nome e por conta do Estado de São Paulo. A pessoa natural, nessa circunstância, assume 'posição de veículo de expressão do Estado' de modo que não parece possível discernir a filiação da pessoa natural da filiação da pessoa jurídica a que ela pertence. Nessa hipótese, a manifestação volitiva da pessoal natural, na condição de agente público, é imputada ao Estado, até porque o que se busca é a satisfação do interesse público. De outro modo, os incisos I e XVI do artigo 47 da Constituição do Estado de São Paulo não constituem, a meu ver, obstáculos hábeis a impedir a filiação nos moldes alvitrados. Trata-se, pois, de manifestação volitiva de Secretário de Estado, que ombreia com o Chefe do Poder Executivo estadual na condução dos destinos do Governo. O juízo de conveniência e oportunidade acerca da filiação à associação civil enfeixa-se nas prerrogativas desse autêntico agente político. Releva notar, enfim, que se afigura imprescindível a comprovação da relação de pertinência entre as finalidades da associação civil e as atribuições do órgão ou entidade pública, 'devendo restar evidenciado que essa relação contribuirá de forma direta para o desenvolvimento das atividades da Administração Pública, justificada, então, a despesa" (item 12 do Parecer PA n. 110/2014).

Ressalte-se que nos referidos precedentes da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo não se identifica como requisito à participação a edição de lei autorizativa, muito embora não haja manifestação expressa sobre o tema.

Observa-se que no âmbito das Cortes de Contas, o tema também vem sendo discutido.

O Tribunal de Contas do Mato Grosso analisou recentemente o tema nos autos do Processo nº 9997-0/2015, que teve como objeto a participação de Municípios na Associação Mato-grossense dos Municípios. Também no âmbito do

mencionado processo existiu controvérsia acerca da necessidade ou não de lei autorizativa para a participação dos entes públicos em associações civis.

O Ministério Público de Contas do Mato Grosso exarou parecer, da lavra do Procurador de Contas, Alisson Carvalho Alencar, entendendo desnecessária a edição de lei autorizativa, consoante se constata dos seguintes trechos do pronunciamento:

> "O cerne da indagação apresentada pelo consulente cinge-se em saber, em suma, se haveria a necessidade de lei que autorizasse a filiação, contribuição de valores à AMM, bem como qual seria o instrumento necessário à formalização dos repasses (contribuições associativas)
>
> Inicialmente, a Consultoria Técnica opinou pela necessidade de lei formal específica para que os municípios pudessem filiar-se à AMM. Ocorre, todavia, que essa exigência não encontra amparo no ordenamento jurídico nacional. Explica-se. A Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB adotou o princípio do livre associativismo, também conhecido como princípio da porta aberta (livre adesão), senão veja-se: Art. 5 (…) (…) XVII - é plena a liberdade de associação (VEJA JURISPRUDÊNCIAS INCLUINDO AS PESSOAS JURÍDICAS) para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;
>
> Com efeito, a adesão a associações e cooperativas não pode estar condicionada à edição de uma lei específica, sob pena de caracterizar intromissão indevida do Poder Legislativo nos atos de gestão privados do Poder Executivo (princípio da separação dos Poderes), até porque se de norma constitucional de eficácia plena, ou seja, que dispensa a normação infraconstitucional, tornando-se possível sua aplicação de maneira direta, imediata e integral, independendo-se, assim, de ato normativo de regulamentação.
>
> (...)
>
> Interpretação diferente, provavelmente, levaria à declaração de inconstitucionalidade de eventual lei que condicionasse a filiação dos municípios a leis específicas. Aliás, a relação jurídica mantida entre os entes locais e a AMM é de direito privado (*jus gestionis*), estabelecida em pé de igualdade, por meio da qual os municípios buscam atingir interesses secundários da própria administração, e não primários da coletividade (*jus imperii*)."

Contudo, não foi esse o entendimento acolhido no Plenário da Corte de Contas do TCE do Matogrosso, que concluiu pela necessidade de lei:

> "Processo nº 9.997-0/2015. Interessada: ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS MUNICÍPIOS
> Assunto: Consulta
> Relator: Conselheiro VALTER ALBANO

Sessão de Julgamento: 30-6-2015 – Tribunal Pleno

RESOLUÇÃO DE CONSULTA Nº 7/2015 – TP

Ementa: ASSOCIAÇÃO MATOGROSSENSE DOS MUNICÍPIOS. CONSULTA. DESPESA. ASSOCIAÇÃO DE MUNICÍPIOS. FILIAÇÃO DE ENTE FEDERADO. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA. FORMALIZAÇÃO POR MEIO DE TERMO DE FILIAÇÃO OU INSTRUMENTO EQUIVALENTE. CONTRIBUIÇÃO ASSOCIATIVA PREVISTA NAS PEÇAS DE PLANEJAMENTO. **a)** A filiação de municípios em Associações que os representam dependem de autorização em lei específica. As despesas de contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do art.26 da LRF. **b)** Após autorização legislativa, a formalização de filiação em Associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de Termo de Filiação ou outro equivalente, não sendo adequado o Termo de Contrato para esse fim. **c)** O Termo de Filiação, ou instrumento equivalente, deve estabelecer, entre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade e a data de cumprimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa.

Vistos, relatados e discutidos os autos do Processo nº **9.997-0/2015**.

O TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE MATO GROSSO, nos termos dos artigos 1º, XVII, 48 e 49, todos da Lei Complementar nº 269/2007 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), e dos artigos 29, XI, e 81, IV, da Resolução nº 14/2007 (Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado de Mato Grosso), **resolve**, por unanimidade, acompanhando o voto do Relator e de acordo com o Parecer Oral proferido pelo Procurador Geral de Contas Gustavo Coelho Deschamps, **responder** ao consulente que: **a)** a filiação de municípios em Associações que os representam dependem de autorização em lei específica. As despesas de contribuições associativas decorrentes da filiação devem atender às condições estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias e estar previstas no orçamento ou em seus créditos adicionais, nos termos do artigo 26 da LRF; **b)** após autorização legislativa, a formalização de filiação em Associações representativas de municípios deve ser realizada por meio de Termo de Filiação ou outro equivalente, não sendo adequado o Termo de Contrato para esse fim; e, **c)** o Termo de Filiação, ou instrumento equivalente, deve estabelecer, entre outras cláusulas, os direitos e os deveres dos associados; o valor a ser pago a título de contribuição associativa; a forma, a periodicidade

> e a data de cumprimento da obrigação; bem como outras disposições que se fizerem necessárias à preservação e manutenção da relação associativa. O inteiro teor desta decisão está disponível no site: www.tce.mt.gov.br."

Do voto do relator do referido julgamento, Conselheiro Valter Albano, extraem-se os fundamentos da Corte de Contas Mato-Grossense para a exigência de lei específica:

> "Não é de hoje que reafirmo a minha posição sobre a necessidade de se adotar na administração pública, um modelo gerencial voltado para a obtenção de resultados. Por isso, manifestei inicialmente, a opinião sobre não ser necessária a edição de outra lei, além das peças de planejamento - LDO e Orçamentária – para autorizar o município a exercer o direito constitucional de se associar. Porém, depois de ouvir os debates, sobretudo a participação do Conselheiro Substituto Luiz Henrique Lima, concordo com a opinião do Procurador Geral de Contas, Gustavo Coelho Deschamps, no sentido de que o vínculo associativo entre os Municípios e a respectiva Associação, não deve depender apenas da vontade discricionária do gestor. É inegável que a reunião dos municípios, na busca de soluções para os problemas sociais, econômicos e políticos da localidade e região, é de reconhecida importância no desenvolvimento municipalista e cooperativo. E como bem lembrou o Conselheiro Substituto Luiz Henrique de Lima, a Associação Mato-Grossense dos Municípios tem se mostrado representativa e vem prestando relevantes e efetivos serviços aos Municípios. Essas são razões importantes para que o vínculo jurídico entre associação e associados seja duradouro e forte o bastante para resistir eventuais descontentamentos por parte do chefe do Poder Executivo. Nesse sentido, entendo que o debate junto à Câmara Municipal, do interesse do Município de se associar, trará maior segurança jurídica e estabilidade à relação associativa. Por esses motivos, acolho o parecer oral proferido pelo Procurador Geral de Contas, na sessão do dia 23/06/15, para votar ao final pela necessidade de lei específica autorizando a filiação e desfiliação do Município à associação representativa.
>
> O segundo questionamento diz respeito à necessidade, ou não, de celebrar contrato para repassar os valores da contribuição associativa. De acordo com o art. 53 do Código Civil Brasileiro, as associações se constituem pela união de pessoas (físicas ou jurídicas) para fins não econômicos, inexistindo entre os associados, quaisquer direitos e obrigações recíprocos. Excluídos da relação, direitos e obrigações recíprocos, os valores das contribuições associativas têm caráter de colaboração. Com isso em mente, e considerando a natureza contratual - que exige reciprocidade e visa finalidade econômica – pode-se afirmar que o contrato não é a forma adequada

> para formalizar os repasses das referidas contribuições. De acordo com a Consultoria Técnica, o instrumento mais adequado para o pacto colaborativo, é o Termo de Filiação, ou instrumento equivalente. O Ministério Público de Contas, por sua vez, indica o convênio como apto à filiação. Ambos, entretanto, concordam que qualquer que seja o instrumento formalizador, este deve ser distinto do contrato. Nesse quesito, acolho a manifestação da Consultoria Técnica, entendendo viável a formalização da relação entre associados por meio de Termo de Filiação, que contenha cláusulas objetivas estabelecendo normas para a preservação e manutenção da relação, entre elas, o valor da contribuição, a forma e data do repasse e a periodicidade. Ressalto, entretanto, de maneira contundente, que as contribuições decorrentes de eventual filiação devem estar previstas nas leis de diretrizes orçamentárias e nas leis orçamentárias anuais dos entes federativos associados, sob pena de a despesa ser considerada ilegal e ilegítima por este Tribunal de Contas, resultando, consequentemente, em ressarcimento dos valores pelo Chefe do Poder Executivo respectivo, sem prejuízo de demais sanções."

Nesse contexto, não há dúvidas de que o termo de filiação, e não o convênio, ou muito menos o contrato administrativo, é o instrumento adequado para amparar a adesão e o pagamento da taxa associativa. Valendo ressaltar, evidentemente que a despesa deve estar prevista na lei orçamentária e observar as prescrições da LRF (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Esse entendimento restou ainda mais consolidado em face da edição da Lei Federal nº 13.019/2014, novo marco legal do terceiro setor.

Diz-se isso porque os convênios celebrados entre o poder público e as entidades civis filantrópicas, tal como concebidos pela Lei nº 8.666/93, deixaram de existir e foram substituídos pelos termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação.

No art.3º, IX, da Lei nº 13.019/2014, afasta-se do alcance da norma o pagamento das taxas associativas de associações, nos seguintes termos:

> "Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:
>
> IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:
>
> a) membros de Poder ou do Ministério Público;
> b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;
> c) pessoas jurídicas de direito público interno;
> d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública; (...)"

Portanto, o dispositivo acima transcrito, além de consolidar a existência de associações civis formada por entes públicos, consagra o entendimento de que não se trata de relação convenial.

Percebe-se assim, que, se por um lado há o entendimento consolidado acerca da inaplicabilidade do convênio ou de contratos para disciplinar a relação estatutária, consubstanciando o termo de filiação o instrumento mais adequado, de outro, a exigência ou não de lei autorizativa é tema mais controverso.

A controvérsia volta-se principalmente para a interpretação do disposto no artigo 37, *caput* e incisos XIX e XX da Constituição Federal, que assim dispõem:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).
>
> XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada; (...)"

Aqueles que defendem a exigência de lei autorizativa, entendem que deve ser dada uma interpretação extensiva aos referidos dispositivos constitucionais, pois essa seria a *ratio* constitucional amparada numa interpretação sistêmica.

Os que advogam tal entendimento aduzem que a intenção do legislador constitucional é a de que a participação estatal em qualquer pessoa jurídica deve ser precedida de autorização prevista em lei.

Em que pese tal diretriz, entendemos que essa não constitui a melhor interpretação a ser conferida aos dispositivos mencionados, bem como ao sistema constitucional.

Isto porque a necessidade de lei autorizativa prevista no inciso XIX, do artigo 37 da CF/88 se destina claramente às hipóteses de criação de entidades integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, o que não é o caso das associações civis. Daí o dispositivo mencionar as autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações.

Já o inciso XX, do referido art. 37, trata da exigência para a participação dos entes em empresas privadas, com finalidade lucrativa. Tal exigência tem uma razão de ser.

Ora, como se sabe, a intervenção do estado no domínio econômico via atuação direta só é admitida em situações específicas, em face dos princípios que regem a ordem econômica na Carta Magna.

Conforme prevê o art. 173, da Constituição Federal, "*ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Es-*

tado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei".

Assim, entendemos que se um sistema restritivo se aplica à participação do estado em empresas lucrativas, o mesmo não ocorre quando se trata da participação estatal em associações civis sem finalidade lucrativa.

A participação em empresa privada é uma situação bem distinta da participação de entes estatais em associações civis sem finalidade lucrativa, principalmente quando estamos diante de associação formada por outros entes públicos.

Cediço é que o Brasil se constitui em uma Federação, sendo que o federalismo consagrado no texto constitucional não se configura estático, e sim cooperativo (art. 23 parágrafo único, da Constituição Federal), o que significa dizer que os entes da Federação têm objetivos comuns a realizar.

Esse princípio colaborativo é um dos pilares da Federação Brasileira e não há amparo constitucional na criação de embaraços à sua efetividade, mediante interpretação extensiva de dispositivos normativos.

Acerca do Federalismo cooperativo na área da Saúde Pública, aduz Sueli Gandolfi Dallari[10]:

> "O Federalismo cooperativo introduziu a possibilidade de execução conjunta das tarefas governamentais, admitindo, portanto, a participação de mais de uma esfera política neste trabalho. E porque decorria da necessidade de atender aos reclamos populares de atuação estatal, é óbvio que a repartição de competências não se limita àquelas exclusivamente disciplinadoras ou normativas, mas compreende, também, a execução das tarefas materiais, concretas."

Por oportuno é importante registrar que a participação dos entes estatais em associações civis se coaduna com a construção de uma nova burocracia, capaz de permitir uma maior interação entre a sociedade civil e o estado.

Assim, sem embargo dos entendimentos divergentes, inclusive no âmbito da Procuradoria Geral do Estado da Bahia, entendemos desnecessária edição de lei autorizativa para a participação do Estado da Bahia e seus entes em Associação Civil sem fins lucrativos.

Cumpre pontuar, ainda, que o pagamento das taxas associativas pelos entes públicos independe de convênios ou contratos administrativos.

Registre-se, ademais, que tramitou na Procuradoria Geral do Estado da Bahia processo que tem como objeto a elaboração de anteprojeto de lei com a finalidade de disciplinar a participação do Estado da Bahia em associações civis (processo PGE 2017182402-0), expediente que se encontra na Casa Civil.

Todavia, eventual aprovação de lei disciplinadora do tema no âmbito do Estado da Bahia, malgrado de suma importância, não constitui condição para a participação do Estado nas associações civis sem fins lucrativos.

10 Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde – Editora HUCITEC, São Paulo, 1995.

4. AS REDES COLABORATIVAS E A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA

Apontada a dinâmica de constituição das redes colaborativas como associações sem fins lucrativos, a possibilidade de participação de ente público na condição de associado, bem como assentada a desnecessidade de autorização legislativa para legitimar tal participação, vejamos o contexto prático em que se insere o tema no âmbito do Estado da Bahia.

4.1. A IMPLANTAÇÃO DA REDE INTERGOVERNAMENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO DAS PARCERIAS PÚBLICO PRIVADAS – REDE PPP

No âmbito do Estado da Bahia merece destaque a experiência no assessoramento jurídico aos órgãos da Administração Pública estadual na implantação da Rede Intergovernamental para o Desenvolvimento das Parcerias Público Privadas – Rede PPP.

O estudo partiu de consulta formulada pela Unidade de PPP da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia, que solicitou pronunciamento da Procuradoria Geral do Estado acerca de elementos jurídicos relativos à implantação da Rede Intergovernamental PPP.

No processo de implementação da Rede, fora ressaltada a relevância da iniciativa de construção de um espaço de interlocução, compartilhamento e interação entre os entes federados sobre o tema da infraestrutura e, em particular, das parcerias público-privadas, tendo em vista o gigantesco déficit de infraestrutura que o Brasil tem, bem como o impacto desse déficit na competividade da economia brasileira.

Assim, durante o trabalho de assessoramento, foram debatidos os aspectos jurídicos relacionados à constituição de uma associação civil, tendo sido esta a opção dos membros da Rede PPP em face, inclusive, das conclusões de estudo contratado no âmbito da cooperação técnica internacional realizada com a UNPOS/ONU, restando afastados os modelos de consórcio público e de fundações públicas.

Isto porque os consórcio e as fundação públicas são vocacionados principalmente para a realização de serviços públicos no sentido estrito, o que não correspondia à hipótese da Rede PPP, em face da complexidade e burocratização que decorreria de uma instituição pública integrante da Administração indireta formada por dezenas de entes do País.

O parecer exarado pelo jurista Frederico da Silva Barbosa, sócio da firma de advogados Barbosa e Saplding, contratado no bojo da mencionada cooperação técnica (Agência das Organizações das Nações Unidas – ONU), destacou o seguinte:

> "Sem prejuízo de registrar as controvérsias doutrinárias sobre o tema, é inquestionável que o poder público pode instituir ou participar de instituição privada. Conforme prevê o artigo 37, Inciso

> XIX da Constituição Federal, 'somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação'.
>
> É de se notar que o dispositivo constitucional acima citado trata das autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, porem nada diz sobre a criação e participação do Poder Público em associações privadas.
>
> Longe de se tratar de uma omissão do legislador constituinte, insta registrar que, além da autonomia conferida aos Estados e Municípios pelo artigo 25, § 1º da Constituição Federal para regularem a sua participação em associações desde que não contrariem regras constitucionais ou federais, não há motivo para negar a essas pessoas jurídicas de direito público interno o direito fundamental de liberdade de associação prevista no inciso XVII, do artigo 5º , da Constituição Federal, que, em análise conjunta com o inciso 20 do mesmo dispositivo constitucional, nos permite afirmar que Estados e Municípios possuem liberdade plena para se associarem e permanecerem associados a qualquer tempo, sejam em associação pública (consórcio público), seja em associação privada."

Nesse cenário, e tendo sido concebida a Rede PPP como associação sem fins lucrativos, é evidente que poderá ser uma grande influenciadora do planejamento público e das diretrizes para a estruturação de projetos públicos, auxiliando Estados e Municípios, especialmente aqueles que não tem experiência no tema.

4.2. SUGESTÃO DE CRIAÇÃO DA REDE MROSC E SUA IMPORTÂNCIA PARA O PROCESSO DE IMPLANTAÇÃO DA LEI Nº 13.019/2014

A partir do assessoramento jurídico prestado à Administração pública estadual, no processo de regulamentação e implantação do Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014), surge a necessidade de criação de mais espaços de diálogo, entre os diversos órgãos e setores do Poder Público, e entre estes e as organizações da sociedade civil.

De acordo com o art. 5º da Lei nº 13.019/2014, o regime jurídico das parcerias firmadas com as organizações da sociedade civil tem como fundamentos a *gestão pública democrática*, a *participação social*, o *fortalecimento da sociedade civil*, a *transparência na aplicação dos recursos públicos*, os princípios da *legalidade*, da *legitimidade*, da *impessoalidade*, da *moralidade*, da *publicidade*, da *economicidade*, da *eficiência* e da *eficácia*.

Também, a Lei nº 13.019/2014, no art. 6ª, fixa as seguintes diretrizes para o regime jurídico das parcerias que disciplina, dentre as quais: o fortalecimento das ações de cooperação institucional entre os entes federados nas relações

com as organizações da sociedade civil; a ação integrada, complementar e descentralizada, de recursos e ações, entre os entes da Federação, evitando sobreposição de iniciativas e fragmentação de recursos; e a adoção de práticas de gestão administrativa necessárias e suficientes para coibir a obtenção, individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens indevidos.

No âmbito do Estado da Bahia, em 06 de outubro de 2016 fora publicado o Decreto estadual nº 17.091/2016, que dispõe sobre a "*celebração de parcerias, no âmbito do Poder Executivo Estadual, entre a Administração Pública do Estado da Bahia e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, em consonância com a Lei Federal nº 13.019, de 31 julho de 2014*". O referido Decreto reafirma conceitos, diretrizes geais e fundamentos previstos na Lei nº 13.019.2014.

Vale anotar que tanto a Lei nº 13.019/2014, como o Decreto estadual nº 17.091/2016 trazem conteúdo robusto e extrema importância para qualificar a relação de parceria entre o Estado e as organizações da sociedade civil, sendo alguns deles:

- Necessidade de criação de Programas de Capacitação;
- Aprimoramento do Procedimento de Manifestação de Interesse Social – regras e prazos;
- Necessidade de realização de Chamamento Público para celebração de parcerias, como regra geral;
- Acompanhamento e avaliação das parcerias celebradas – Comissão de Monitoramento e Avaliação;
- Plano de Trabalho;
- Possibilidade de atuação em rede, por duas ou mais organizações sociais;
- Prestação de Contas – Procedimento;
- Estabelecimento de regulamentação complementar por meio de instruções normativas (ex. programa de capacitação e manuais de prestação de contas).

Assim, muitos desafios se impõem no processo de implantação e execução da lei: a) interface com o PPA (planejamento, organização e estruturação de políticas públicas/prioridades); b) Realização de estudos e diagnósticos sobre as políticas (mapeamento, avaliação); c) Capacitação ampla e eficaz de gestores, servidores e sociedade civil; d) Estruturação dos órgãos de controle interno/ Secretarias para acompanhar todo o ciclo da parceria (estrutura física e de pessoal); d) Fomento do diálogo com os atores envolvidos na parceria; Padronização de procedimentos e instrumentos, incluindo a elaboração de manuais; g)

Aperfeiçoamento e ajustes do FIPLAN / Portal da transparência ("o incentivo ao uso de recursos atualizados de tecnologias de informação e comunicação"); h) Adequação dos sistemas corporativos estaduais.

É certo que, para além das medidas que devem ser adotadas pelo Poder Público visando o aprimoramento das parcerias com as entidades do terceiro setor, faz-se mister que os órgãos que celebram, monitoram e avaliam as parcerias estejam em constante diálogo a respeito dos procedimentos, metodologias e formas de controle (de meios e de resultado), que norteiam esses ajustes, compartilhando ainda as dúvidas, os problemas e soluções a respeito das questões que cercam o tema.

O monitoramento e a avaliação do resultado das parcerias são realizados no âmbito dos controles interno e externo, envolvendo, assim, órgãos competentes que integram as Secretarias, bem como como Tribunal de Contas, o Ministério Público de Contas, o Ministério Público e as Procuradorias. Ademais, acompanham o tema, por meio de demandas específicas, a Defensoria Pública e o Poder Judiciário.

No caso específico do MROSC, alguns temas são alvo de muitas controvérsias, tais como: priorização do controle de resultados; procedimento de prestação de contas; e as hipóteses de inexigibilidade de chamamento público.

Nessa esteira, a formação de uma Rede MROSC, integrada por representantes dos diversos setores do Poder Público e da sociedade civil de todo o País, contribuirá sobremaneira para o enfrentamento e encaminhamento de soluções a respeito da execução do Marco Legal referido, a partir do compartilhamento do conhecimento.

Sobre o tema da participação da sociedade civil, é importante trazer a lume o magistério de Marcos Augusto Perez, a seguir transcrito:

> "Tanto a regulamentação das atividades da Administração Federal quanto a legislação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios têm notabilizado os institutos da participação. Conselhos, comissões e comitês participativos; a audiência pública; a consulta pública, o orçamento participativo, o referendo, o plebiscito são importantes referências entre nós de instrumentos concretos para a implementação do diálogo entre a Administração e a sociedade.
>
> Cremos que esse arcabouço normativo possui duas claras funções: eficiência e legitimidade.
>
> Ora, é certo que a Administração Pública, na atualidade, passa a adotar novos métodos de atuação, baseados na ¨cultura do diálogo¨ e na oitava das divergências sociais seguindo a tendência de não mais se afirmar contrapondo-se à atuação da sociedade civil (o papel principal da Administração Pública, nesta ótica, é o de favorecer o trabalho da sociedade sobre ela mesma). As relações entre a Ad-

> ministração Pública e a sociedade não mais se assemelham à tutela, pois a Administração depende da vitalidade das mediações sociais e do dinamismo dos atores sociais. A Administração, logo, em muitos casos, deve-se postar em posição horizontal, e não vertical, em suas relações com a sociedade. Ao lado dos mecanismos tradicionais da coerção, injunção e do constrangimento, a Administração, em sua relação com a sociedade, passa a utilizar principalmente a orientação, a persuasão, a ajuda.
>
> (...)
>
> O Direito Administrativo de mão única caminha para modelos de colaboração, acolhidos em modernos textos constitucionais e legais, mediante a perspectiva de iniciativa popular ou de cooperação privada no desempenho das prestações administrativas¨.
>
> Chaga-se, dessa forma, à participação popular na Administração Pública. Do nascimento de um novo modelo de atuação para a Administração Pública, fruto da superação do paradigma weberiana; da ineficiência dos mecanismos tradicionais de atuação da Administração baseados na edição de atos unilaterais imperativos, bem como na fiscalização e imposição de sanções; da necessidade, afinal, de atuar como mediadora dos poderes ativos no tecido social, impulsionando a atuação da sociedade sobre ela mesma, como forma de lograr o atingimento dos escopos do Estado do Bem-Estar, erigem-se os institutos de participação popular na Administração Pública.
>
> Não há dúvida, portanto, que o êxito de políticas econômicas, culturais ou de preservações do meio ambiente, atividades típicas do Estado do Bem-Estar, não depende somente das ações da Administração Pública. Nesses casos, como em tantos outros, a adesão da sociedade, quando não a atuação ativa desta, é fundamental para a eficiência da atuação administrativa**.** Daí a necessidade de se utilizar instrumentos que procurem o consentimento da coletividade, que procurem, enfim, a aproximação da sociedade e do Estado, do burocrata e do cidadão, do governante e do governado." (Políticas Públicas, Reflexões sobre o conceito jurídico, Editora Saraiva pag. 165)

Assim, propõe-se a criação da Rede MROSC, com a construção de mais um ambiente de diálogo, que permitirá, além do compartilhamento de conhecimento e experiências, a ponderação dos interesses, o planejamento de ações visando resguardar o interesse público, a partir da atuação de cada órgão no limite de suas competências, e o encaminhamento de soluções para diversos problemas surgidos no âmbito da das parcerias, tudo amparado numa visão mais sistêmica e transversal e resguardando os princípios e diretrizes introduzidos pela Lei nº 13.019/2014.

5. CONCLUSÃO

À guisa de desfecho, podemos afirmar topicamente as seguintes conclusões:

1. A instituição das Redes se revela como importante espaço de diálogo entre os diversos órgãos e setores do Poder Público e destes com a sociedade civil, por permitir a troca de experiências e o compartilhamento do conhecimento, o que repercute na construção das ações necessárias à execução e aprimoramento das políticas públicas;
2. As redes se instrumentalizam por meio da constituição de associações sem fins lucrativos;
3. A participação de ente público em associações civis sem finalidade lucrativa independe de lei autorizativa;
4. O pagamento das taxas associativas pelos entes públicos independe de convênios ou contratos administrativos;
5. A implantação da Rede Intergovernamental para o Desenvolvimento das Parcerias Público-Privadas – Rede PPP constitui um importante espaço de interlocução, compartilhamento e interação entre os entes federados sobre o tema da infraestrutura e, especialmente, das parcerias público -privadas;
6. A instituição da Rede MROSC se revela como medida significativa e necessária no processo de implementação dos princípios e diretrizes introduzidos pela Lei nº 13.019/2014, por ampliar a oportunidade de diálogo entre os órgãos públicos e entre estes e a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Alisson Carvalho Alencar. Parecer exarado no Processo nº 9997-0/2015. Ministério Público de Contas do Mato Grosso, 2015.

ALMEIDA, Gertha Merícia R.P de. Despacho exarado nos autos do processo nº 1430150002239-0. Sobre a viabilidade jurídica do pagamento da anuidade cobrado pelo Conselho Nacional de Secretários Estaduais para Assuntos de Ciência e Tecnologia – CONSECTI. Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador, 2015.

BAHIA. Decreto nº 17.091, de 05 de outubro de 2016. Dispõe sobre a celebração de parcerias, no âmbito do Poder Executivo Estadual, entre a Administração Pública do Estado da Bahia e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação, em consonância com a Lei Federal nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Disponível em http://www.legislabahia.ba.gov.br/index.php?pag=pesqavanc.

BARBOSA, Frederico da Silva. Parecer de conclusão de estudos contratados no âmbito da cooperação técnica internacional realizada com a UNPOS/ONU.

BRASIL, CONSTITUIÇÃO (1998). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 05 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990 (série Legislação Brasileira).

BRASIL. Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13019.htm.

CASTELLS, Manuel. *A Sociedade em Rede - A era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

COSTA, Paulo Borba. Parecer nº PA-NPA-PBC- 081/2011. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2016.

DALLARI, Suely Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Editora HUCITEC, 1995.

DAMASCENO, Juliana Lima. Parecer Nº PA-NPA-JLD-109/2012. Salvador: Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2012.

DEUTSCHE GESELLSCHAFT FÜR TECHNISCHE ZUSAMMENARBEIT GMBH (GTZ). Work the Net. Um Guia de Gerenciamento para Redes Formais / Autor: Urs Karl Egger; colaboração: Michael Glueck, Georg Buchholz, Greta Rana, e Sagita Arhidani. Rio de Janeiro: GTZ, 2007.

DUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas.* 1 ed.São Paulo: Saraiva, 2002.

HECKERT, Cristiano Rocha; SILVA, Márcia Terra da. *A formação de redes para o desenvolvimento do terceiro setor*. Disponível em: http://formacaoredefale.pbworks.com/f/A+Forma%C3%A7%C3%A3o+de+Redes+para+o+Desenvolvimento+do+Terceiro+Setor.doc. Acesso em 20.06.2018.

JÚNIOR, Ailton Cardozo da Silva. Parecer nº GAB-ACS-PGE 057/2017. Procuradoria Geral do Estado da Bahia. Salvador, 2017.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PAES, José Eduardo Sabo. *Fundações, Associações e Entidades de Interesse Social – Aspectos jurídicos, administrativos, contábeis, trabalhistas e tributários*. 7 ed. São Paulo: Forense, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. *A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das políticas públicas*. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RODRIGUES, Célia Almendra. Parecer PA n° 110/2014. São Paulo, 2014.

TCE. RESOLUÇÃO DE CONSULTA: Nº 7/2015 – TP. Relator: Conselheiro Valter Urbano. Sessão de julgamento: 30.06.2015. Tribunal Pleno. Mato Grosso. Disponível em: file:///C:/Users/Cliente/Downloads/RESOLUCAO_DE_CONSULTA_2015_99970_01.pdf. Acesso em 20.06.2018.

O FUNCIONAMENTO DAS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PELA ADVOCACIA PÚBLICA

Elisa Berton Eidt [1]

RESUMO

O presente artigo objetiva expor as etapas de implementação das câmaras administrativas de solução de conflitos, a partir das previsões constantes no art. 174 do Código de Processo Civil e no artigo 32 da Lei nº 13.140/015. Também analisa as vantagens do seu funcionamento por meio da advocacia pública e utiliza o Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul para exemplificar o conteúdo exposto.

1. INTRODUÇÃO

Não é novidade que a morosidade é apontada como a principal causa do descontentamento da sociedade em relação ao Poder Judiciário, sobretudo em razão do dinamismo que acompanha as transformações sociais e as suas novas necessidades. O ritmo das inovações tecnológicas e culturais das últimas décadas mostra-se incompatível com o sistema lento e burocratizado que se tornou o processo judicial, que muitas vezes finda sem atender de forma satisfatória os envolvidos em determinado litígio.

Passados alguns anos da Reforma do Judiciário (Emenda Constitucional 45/2004), restou demonstrado que a insuficiência do Estado em lidar com os litígios continuava assombrando o desempenho na prestação da Justiça, não obstante o incremento de seus investimentos tanto em estrutura quanto em pessoal. Apercebeu-se que a mudança para um melhor cenário poderia estar na maneira como são solucionados todo e qualquer conflito que chega ao Judiciário, sempre por meio de uma decisão imposta pelo juiz e sob a ótica do ganhador-perdedor, sem qualquer possibilidade de aproximação entre os envolvidos.

Sucede que, muitas vezes, a construção conjunta das partes em determinado litígio sobre a melhor solução a ser adotada pode conduzir a resultados mais eficazes e duradouros. O estabelecimento do diálogo permite que as partes participem ativamente na elaboração do consenso, quando as obrigações e os deveres são assumidos voluntariamente, por meio do comprometimento com os termos do acordo e com a sua efetiva realização.

Neste sentido, o acesso à Justiça não necessariamente coincide com o modelo tradicional do processo judicial, podendo se realizar pelos métodos au-

1 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: elisa-eidt@pge.rs.gov.br.

tocompositivos – negociação, mediação, conciliação - e heterecompositivos que não a sentença judicial, como no caso da arbitragem. A partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, abrem-se outras portas de acesso a uma solução justa, quando o próprio Poder Judiciário passa a oferecer os caminhos da conciliação e da mediação àqueles que procuram o seu serviço.

A ausência de exclusividade da sentença judicial como forma de equilibrar o pêndulo da Justiça ganhou reforço a partir da Lei nº 13.105/2015, que trouxe o novo Código de Processo Civil, da Lei nº 13.129/2015, que alterou a regulação da arbitragem e, por fim, da Lei nº 13.140/2015, que tratou da Mediação tanto judicial quanto extrajudicial. No presente estudo concentrou-se a atenção nesta última legislação, sobretudo porque dispõe de forma mais extensa a aplicação dos métodos consensuais na Administração Pública.

Com efeito, a transferência do cumprimento das prestações estatais para a arena judicial traz entraves ainda maiores à realização de direitos fundamentais, eis que os descaminhos do processo judicial e as condenações impostas nas sentenças nem sempre se revelam o melhor meio para o atendimento dos desideratos constitucionais. É neste contexto que as soluções consensuais, entre Poder Público e cidadãos ou entre os próprios órgãos da Administração Pública, exsurgem como viabilizadoras de um Estado mais eficiente no cumprimento de suas funções e de maior aproximação entre sociedade e a estrutura estatal.

O Advogado Público, por sua vez, exerce papel fundamental para o sucesso das resoluções consensuais, eis que representa a Administração Pública nos processos judiciais e, ainda, atua de forma preventiva por meio de orientação jurídica aos órgãos que compõem a estrutura estatal. A Lei 13.140/2015 (também chamada Lei da Mediação) não trouxe regulamentação suficiente para o funcionamento das Câmaras que tratarão da autocomposição de conflitos nos entes federados, mas destinou à Advocacia Pública o desenvolvimento de maior consenso entre órgãos públicos entre si e na sua relação com a sociedade.

Neste sentido, a solução administrativa de conflitos que envolvem o Estado permite o acesso direto dos administrados aos órgãos do Poder Público, além de dar aos entes estatais melhores condições de cumprir com suas obrigações, com previsibilidade e compatibilidade orçamentária na sua execução. No entanto, tal como sucede na esfera privada, a evolução dos métodos consensuais na Administração Pública não se escora somente nos dispositivos legais da novel legislação supracitada. Faz-se necessária uma transformação de comportamento tradicionalmente arraigado aos dogmas da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade, que por muito tempo balizaram a negação de qualquer composição com o Poder Público.

2. IMPLEMENTAÇÃO E REGULAMENTAÇÃO DAS CÂMARAS ADMINISTRATIVAS

O acesso ao Judiciário como única forma de solução de controvérsias que envolvem o Poder Público de há muito revelou sua incapacidade, de modo que urge expandir novas maneiras de a Administração resolver seus problemas, tanto entre seus órgãos internos quanto em relação ao cidadão.

Há necessidade de um espaço institucional onde possam ser desenvolvidos o diálogo e os esclarecimentos pertinentes a fim de alcançar uma solução administrativa para os conflitos envolvendo os entes públicos. Até o momento presente, a interação entre sociedade e Poder Público vinha bastante limitada, o que incentiva a utilização do Judiciário como maneira de provocar a Administração e de obter sua resposta em relação a determinada situação.

De outro lado, há que se reconhecer que a previsão legislativa de criação das câmaras administrativas de solução de conflitos, por meio da advocacia pública, não veio acompanhada de regulamentação detalhada quanto a sua implementação. Quer isso dizer, portanto, que compete a cada ente federado dispor da forma como estes novos espaços de diálogo irão operar no âmbito dos órgãos de advocacia pública.

O presente trabalho visa destacar alguns pontos que merecem ser levados em conta na instalação das câmaras, em especial a partir da experiência advinda do funcionamento do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul.

2.1 DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA

Inicialmente, chama-se atenção para o ato normativo que servirá de base para a câmara administrativa, podendo ser de caráter legal ou infra legal. No Estado do Rio Grande do Sul, editou-se uma lei estadual que cria o Sistema Administrativo de Conciliação e Mediação (Lei n. 14.794/2015), cujo artigo 4º remete a regulamentação à Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, o que foi feito 1 (um) ano após a vigência da lei (Resolução nº 112/2016).

Na lei estadual gaúcha, os seus dispositivos são de caráter essencialmente principiológicos, em que são assinaladas as diretrizes de atuação nas práticas autocompositivas[2] (juridicidade, eficácia, racionalização, etc.). Merece destaque

2 Há uma discussão doutrinária se se pode utilizar a expressão "mediação" quando se trata de conflitos envolvendo a Administração Pública. Na forma como definido no Código de Processo Civil, a mediação é técnica utilizada para tratar de conflitos em que há vínculo anterior entre as partes, cuja finalidade maior é o restabelecimento da comunicação que foi interrompida. Neste sentido, o presente trabalho filia-se à opinião já exposta por Fabiana Marion Spengler (2016) e Kaline Ferreira (2017), para destacar que a prática da mediação, cujos princípios estão destacados na Lei n. 13.140/2015, não é adequada para conflitos da Administração. Pode-se cogitar, contudo, do emprego de alguns de seus recursos (escuta ativa, resumo das falas, etc.), a fim de gerar resultados mais satisfativos. Andou bem, portanto, a Lei n. 131.140/2015, ao denominar "autocomposição" a resolução consensual dos conflitos

o seu artigo 9º, que prevê dotação orçamentária específica para a execução dos acordos.

A existência de previsão orçamentária permite melhor organização no funcionamento das câmaras, eis que se trabalha com uma perspectiva de orçamento já previamente delimitada para a resolução administrativa de conflitos que envolvam pagamento pelo poder público.

Seguindo este raciocínio, ressalta-se que no juízo de admissibilidade para a admissão de casos[3] para a tentativa de autocomposição (artigo 32, inciso II, da Lei nº 13.140/2015), a viabilidade orçamentária para o adimplemento do acordo é um dos requisitos que merecem ser levados em conta, se não o principal. Isso porque, em um contexto de escassos recursos públicos, não pode a Administração se comprometer com o adimplemento de determinada obrigação sem prévia análise da sua capacidade orçamentária e possibilidade de empenho dos valores necessários para o cumprimento da obrigação.

Da mencionada lei estadual também se extrai a previsão de uma instância recursal, em seu art. 5º. Tal previsão já foi objeto de críticas e, de fato, demanda uma proposição de veto, uma vez que não se aplica à sistemática da autocomposição. Celebrado o acordo na câmara administrativa, com anuência de todos os envolvidos e homologação pelo Procurador-Geral, não cabe falar em possibilidade de recurso para nova instância administrativa[4], como constou no famigerado artigo.

Efetuados os destaques da Lei n. 14.794/2015, utiliza-se em seguida a Resolução n. 112/2016, ato editado pelo Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, para a reflexão de outros itens a serem levados em conta na instauração de uma câmara administrativa.

2.2 ENCAMINHAMENTO DE CASOS, VEDAÇÕES E PROCEDIMENTALIZAÇÃO

Na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, tão logo sancionada a Lei n. 14.794/2015, foi criado um grupo de trabalho, composto de Procuradores do Estado integrantes do Gabinete e da Corregedoria, para elaboração do texto da regulamentação do Centro de Conciliação e Mediação.

Para a procedimentalização, utilizou-se como base a regulamentação que existe para as câmaras privadas[5], evidentemente com a necessária adaptação das regras que não se aplicam ao regime jurídico de direito público. Previsões como co-mediação, sessões individuais e conjuntas, redução a termo do acordo, são comuns para procedimentos que ocorrem também na esfera privada.

envolvendo entes públicos.

3 O texto da lei é claro ao delimitar que o juízo de admissibilidade se aplica nas controvérsias que envolvam, de um lado, o particular e, do outro, pessoa jurídica de direito público.

4 À vista do que prevê o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, cogita-se que alguma das partes possa levar ao Judiciário pedido de anulação do acordo celebrado, desde que haja fundamentação para tanto.

5 Disponível em: http://www.conima.org.br/regula_modmed.

No que diz respeito aos assuntos que podem ser encaminhados para uma tentativa de autocomposição, na Resolução n. 112/2016 não constou qualquer tipo de delimitação. Há, no entanto, o estabelecimento de algumas vedações, todas associadas à impossibilidade de celebração de acordo quando o objeto da controvérsia for contrário à orientação formal da Procuradoria-Geral do Estado ou houver orientação jurisprudência favorável ao ente público.

Cumpre acrescentar que, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, os assuntos de ordem tributária e de saúde são tratados em unidades específicas, sendo que ambas já adotaram procedimentos próprios a fim de reduzir a judicialização nestas matérias. Na Equipe de Fiscal, há o Grupo Gestor do Crédito Tributário, que analisa negociações quanto à forma de pagamento nas execuções fiscais já ajuizadas. Já no âmbito das ações de saúde, há projeto em andamento para racionalizar a atuação do Estado nos processos judiciais, além de várias medidas já adotadas na esfera administrativa.

Tudo isto sem prejuízo, no entanto, que em momento futuro estas ações sejam agrupadas na forma de câmaras temáticas de autocomposição, com especializações conforme a matéria. No momento atual, contudo, questão tributárias e de saúde não são tratadas no Centro de Conciliação e Mediação.

O que se pode afirmar, passado mais de um ano de funcionamento do Centro de Conciliação e Mediação, é que o estabelecimento de alguns requisitos para o encaminhamento de demandas às câmaras administrativas é fundamental para o seu bom funcionamento e, consequentemente, para o sucesso na celebração dos acordos. Itens como: relatório da matéria objeto de tentativa de autocomposição, com indicação das partes envolvidas e da motivação na resolução administrativa do conflito; análise técnica e jurídica do caso; repercussão financeira, se houver, são essenciais para que o juízo de admissibilidade[6] seja realizado com base em parâmetros concretos, que indiquem a viabilidade na adoção da via autocompostiva.

Ainda, evidenciou-se que o caráter de câmara *administrativa* de solução de conflitos é alcançado quando são os próprios advogados públicos que, a par-

6 Reforça-se que o juízo de admissibilidade se aplica aos casos que envolvam particular. Na hipótese de conflito entre entes públicos que integram a estrutura estadual, entende-se que a tentativa de autocomposição é essencial, para não dizer obrigatória. Neste sentido o caput do artigo 36 da Lei n. 13.140/2015, para conflitos da administração pública federal. Mais, em seu §1º, estabelece a competência do Advogado-Geral da União para dirimir a controvérsia, acaso não haja o acordo. Para os conflitos que envolvam entes públicos de diferentes esferas, na forma do que prevê o artigo 37 da mesma lei, é facultada aos Estados, Distrito Federal e Municípios a submissão de seus conflitos, com entes federais, à Advocacia-Geral da União. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, assinala-se que muitos são os casos de encaminhamento a CCAF (Câmara de Conciliação e Arbitragem Federal), para tentativa de conciliação em questões discutidas em Ações Cíveis Originárias. Em recente publicação, Kaline Ferreira (2017) questiona o porquê da ausência de previsão para que Estados, Distrito Federal e Municípios resolvam conflitos com entes federais em suas câmaras administrativas estaduais, uma vez instaladas.

tir da sua atuação nos processos judiciais ou nos expedientes administrativos, identificam a possibilidade de composição ou prevenção do litígio. Não quer isso dizer que se fecham as portas aos advogados privados para o requerimento de solução por meio da câmara administrativa. Tal pedido pode ser apresentado nos autos do processo judicial ou diretamente ao advogado público que cuida do caso, o qual, após análise nos termos acima delineados, fará – ou não - o encaminhamento para a câmara.

Por fim, ainda no que tange ao encaminhamento de demandas, vale ressaltar que as câmaras administrativas podem tratar de casos já judicializados, ou não. Claro que se deve privilegiar as situações que ainda se encontram na esfera administrativa, em uma verdadeira prevenção de utilização da máquina judiciária para a solução dos conflitos da Administração. No entanto, a realidade que está posta atualmente é de intensiva presença dos entes públicos nos processos judiciais em tramitação, de modo que se apresenta salutar a tentativa de encerramento de situações já apresentadas ao Judiciário. Conforme explica Eduardo Talamini (2018), o artigo 16 da Lei n. 13.140/2015 permite que, uma vez instaurado o procedimento extrajudicial de tentativa de solução de conflitos, podem as partes requerer a suspensão do processo judicial, no tempo suficiente para que se alcance a solução consensual. Neste sentido, explica o respeitado autor que se trata de hipótese de suspensão especial, não se submetendo ao prazo máximo de 6 (seis) meses previsto no artigo 313, inciso II, §4º, do Código de Processo Civil. Com efeito, no procedimento da autocomposição, em especial quando envolve a Administração Pública, podem ocorrer variados desdobramentos, com agendamento de diversas sessões e realização de diligências até que o termo de acordo seja celebrado. A imposição de um prazo máximo para a sua finalização, portanto, vai de encontro ao incentivo para que esta prática seja adotada e incorporada pelos entes públicos.

3. O ADVOGADO PÚBLICO NA AUTOCOMPOSIÇÃO

Uma vez instaladas as câmaras administrativas nos órgãos de advocacia pública, cabe definir qual função desempenhará o advogado público na solução consensual de conflitos: a sua atuação fica adstrita à defesa da Administração ou pode ele desempenhar a função de terceiro facilitador, aquele que conduz a sessão e contribui para que as partes cheguem a um acordo?

Tal questionamento vem sendo formulado desde a edição da Lei nº 13.140/2015 que, repita-se, não estabeleceu nenhuma diretriz para o funcionamento das câmaras administrativas, deixando ao encargo de cada ente federado fazê-lo. O parâmetro existente está na Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal, onde são os advogados públicos que atuam na condição de conciliador, quando realizadas as sessões de conciliação. Cabe destacar, contudo, que a competência da CCAF, até momento, restringe-se à solução de conflitos que envolvem entes públicos, somente.

Quando se trata de controvérsia com particular, suscita-se o debate se poderia o advogado público atuar na condição de terceiro facilitador, em que são partes, de um lado, o ente público, representado por outro advogado público e, de outro, o particular, com seu advogado constituído[7]. Sobre o assunto, nas edições do Fórum Nacional do Poder Público[8], no âmbito do Grupo " Meios alternativos de solução de conflitos e a Fazenda Pública", houve a formulação de enunciados capazes de trazer alguma luz para a questão.

Inicialmente, menciona-se o enunciado n. 1 do FNPP, que trata do impedimento do advogado público após a sua atuação como mediador ou conciliador[9]. Espelhado no artigo 6º da Lei nº 13.140/2015, o enunciado visa preservar a imparcialidade do advogado público perante as partes que participaram da tentativa de autocomposição, tal como é exigido dos mediadores privados. Evidentemente que não se poderia impor ao advogado público a impossibilidade de atuar em favor do ente a quem cabe representar judicial e extrajudicialmente, sob pena de usurpar-lhe a função que lhe é própria. Neste sentido, estabeleceu o referido enunciado que o impedimento relaciona-se à situação que envolva o outro participante da sessão (pessoa física ou jurídica particular) e, cumulativamente, ao objeto que foi tentativa de solução consensual[10].

O enunciado n. 36 também traz luzes para outro tema que suscita discussões, relacionado à confidencialidade das sessões realizadas nas câmaras administrativas[11]. Com efeito, a confidencialidade é um dos pilares dos mecanismos consensuais, enquanto a publicidade é princípio fundamental que rege os atos da Administração Pública.

A regra da publicidade dos atos públicos visa permitir maior controle e participação social na gestão dos assuntos públicos (ARAGÃO, 2013), sendo o sigilo tratado como exceção. De outro lado, a confidencialidade nas sessões consen-

7 Marcílio Ferreira Filho, em sua tese vencedora do XLIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do DF aborda justamente este assunto. Nas suas palavras: "É possível perceber que a atuação do Procurador do Estado como mediador em conflitos administrativos é viável e compatível com o ordenamento jurídico, desde que a parte que se submeter ao procedimento de mediação esteja ciente de tal fato e o aceite, devendo prevalecer a autonomia da vontade das partes".

8 Enunciados disponíveis em: http://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp.

9 (art. 6º, Lei 13.140/15) Após atuar como mediador ou conciliador no âmbito da Administração Pública, o advogado público não fica impedido de assessorar, representar ou patrocinar o respectivo ente público, senão em relação ao outro participante da mediação e ao seu objeto, cumulativamente.

10 A fim de preservar ainda mais a função do advogado público como terceiro facilitador, Bruno Megna (2015) recomenda que tal função seja exercida com dedicação exclusiva, com o que concordamos integralmente.

11 (**Redação modificada no III FNPP**) (art. 30 da Lei 13.140/2015 e art. 166 do CPC) O conteúdo da sessão de mediação e de conciliação no âmbito da Administração Pública deve observar o princípio da confidencialidade, previsto nos artigos 30 da Lei 13.140/2015 e 166 do Código de Processo Civil, sem prejuízo da publicidade do resultado alcançado e sua respectiva motivação. (Grupo: Meios consensuais de solução de controvérsias e o Poder Público).

suais tem por escopo permitir que os envolvidos se sintam à vontade para desenvolver o diálogo, tendo recebido especial proteção tanto no Código de Processo Civil (artigo 166, §1º), quanto na Lei da Mediação (arts. 30 e 31).

Assim, tal como defendido por Carlos Alberto de Salles (2017) em recente artigo, o enunciado acima destacado buscou uma "confidencialidade possível", de modo que restem registrados em ata os encaminhamentos dados na sessão e, se houver, o conteúdo do acordo, com a respectiva motivação.

A respeito destes temas, na regulamentação do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul constou que poderão atuar na condição de conciliadores e mediadores os Procuradores do Estado que possuam capacitação em gestão de conflitos, com carga horária mínima de 60 (sessenta) horas, distribuída entre teoria e prática. Reputa-se essencial, portanto, para o sucesso da implementação destes novos métodos na Administração Pública, que os advogados públicos se capacitem em técnicas de mediação, conciliação e, em especial, de negociação. O exercício destas técnicas, por meio de sessões simuladas, permite que se alcancem novas percepções sobre a forma de enfrentamento dos conflitos na Administração, muitas vezes arraigadas a posições estanques e reativas a qualquer ato de criatividade, inovação e agilidade.

Também em relação ao princípio da confidencialidade, no Rio Grande do Sul as sessões são registradas em ata, onde constam os principais apontamentos levantados no momento e os encaminhamentos e comprometimentos estabelecidos entre todos os envolvidos.

Por fim, retoma-se o que já afirmado em obra desta mesma autora (2017) para, em analogia ao que afirmou Frank Sander em relação à inserção de ADRs no âmbito do Poder Judiciário[12], defender que as câmaras administrativas encontram na advocacia pública o espaço institucional adequado para o seu funcionamento. Isso porque, considerando que a atuação da advocacia pública se dá tanto nos processos judiciais quanto na forma de assessoramento

12 Em entrevista concedida a Mariana Crespo, o professor americano Frank Sander afirma que não há uma relação inerente entre ADR (alternative dispute resolution) e o Poder Judiciário. Ele explica que o sistema multi-portas por ele desenvolvido não necessariamente precisaria funcionar nos próprios tribunais, mas se trata de uma relação natural, pois as instâncias judiciárias se configuram no espaço mais importante de solução de disputas. Funciona como os ladrões de banco, que escolhem este local porque é lá que está o dinheiro; o Judiciário é onde o conflito está, portanto é natural que se configure como uma das portas do sistema multi-portas. Nos seus dizeres*: there is no inherent relationship. I think, on the other hand, it is a pretty natural relationship because courts are our main, perhaps our most important, dispute-resolution place. So, one can make a strong argument that the multi-door courthouse ought to be connected with the courts, but technically the comprehensive justice center [or multi-door courthouse] that I mentioned could be quite separate from the courts. It is a little bit like the story about Willie Sutton, the bank robber, who, when asked why he robbed banks, said, "That's where the money is." The court is where the cases are, so it is natural to have the court as one door of the multi-door courthouse—that is the idea. But, it could be that the court could be over here and the other processes [arbitration, mediation, etc.] could be over there; there is nothing inherent [in the scheme] that prevents this.* (SANDER; CRESPO, 2008).

aos órgãos da Administração, a matéria-prima de seu trabalho constitui-se em terreno fértil para que soluções consensuais sejam efetivamente adotadas pelos entes públicos.

4. A FUNDAMENTAÇÃO DOS ACORDOS

Note-se que, até aqui, foram trazidos apenas requisitos de *forma* para que os métodos consensuais sejam implementados na Administração: criação de câmaras administrativas, atuação e capacitação do advogado público, procedimentos a serem observados na autocomposição, etc. Ocorre que, revela-se imprescindível a abordagem quanto à fundamentação dos acordos a serem celebrados pelos entes públicos, sob pena de o instrumento ganhar mais destaque que a sua finalidade, com resultados evidentemente aquém do esperado.

Veja-se que a criação de câmaras administrativas somente resultará na redução de discussões judiciais se forem adotadas novas interpretações acerca de conceitos do Direito Administrativo, aqui por muito tempo utilizados unicamente em favor do Estado, e não do cidadão. Conforme explica Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2016, p. 188):

> O atraso observado na aceitação das vias negociais administrativas se deve à visão imperativa, que as considerava interditas para o Direito Administrativo, uma visão herdada da doutrina francesa e bastante arraigada em todos os sistemas que, como o nosso, receberam durante muitos anos sua influência quase hegemônica.

Sobre o interesse público e a falsa ideia de que a consensualidade vai de encontro à sua preservação, continua-se na lição do mestre administrativista, cujos ensinamentos merecem sempre serem rememorados:

> Ora, distintamente do que se possa aceitar sem maiores indagações, em todas as modalidades preventivas e de composição de conflitos em que se envolva a Administração Pública, no âmbito do Direito Administrativo, jamais se cogita negociar o *interesse público,* mas de negociar os *modos de atingi-lo com maior eficiência.*
>
> É que coexiste, com o interesse público deduzido no conflito, o interesse público, não menos importante, de compô-lo. Esse interesse em dirimir o conflito e em retomar a normalidade nas relações sujeitas à disciplina administrativa, é indubitavelmente de maior importância, tanto na esfera social, quanto na esfera econômica, justificando que sejam encontrados modos alternativos de atendimento ao interesse público envolvido, que não aqueles que deveriam se unilateralmente aplicados pelo poder Público. (grifado no original)

Nesta lógica, fragilizam-se alguns tabus que gravitam em torno da adoção dos métodos autocompostivos pela Administração, em grande parte relacionados ao medo do controle interno e externo e consequente responsabilização do

servidor que adota tal prática. A respeito, cumpre destacar o disposto no artigo 40 da Lei da Mediação, o qual define que a responsabilização de servidor público, em processo de autocomposição, somente ocorrerá nas hipóteses de dolo e fraude[13].

Igualmente, merecem destaque as modificações inseridas na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (DL 4.657/1942), por meio da Lei nº 13.655/2018, as quais, nas palavras dos idealizadores do projeto de lei, visam "elevar os níveis de segurança jurídica e de eficiência na criação e na aplicação do direito público" (SUNDFELD; AZEVEDO MARQUES, 2015, p. 7).

Sobre as inovações, menciona-se o novo artigo 22 da LINDB, que permite que as normas sobre gestão pública sejam interpretadas com base em uma visão realística do mundo dos fatos, onde os obstáculos e as dificuldades do gestor público são levados em conta. Ao comentar referido artigo, Alexandre Santos de Aragão (2015, p. 20) elucida realidade cotidianamente vivenciada pela advocacia pública:

> No Direito Administrativo, muitas vezes as previsões abstratas das normas, e a interpretação que delas fazem alguns órgãos de controle, não possuem maleabilidade suficiente para dar conta de todos os casos concretos com os quais o administrador público se depara em seu dia a dia, colocando-o diante de um difícil dilema: cumprir cegamente a letra da lei e deixar perecer alguma necessidade pública premente ou a implementação eficiente da política pública a seu encargo; ou interpretá-la inteligentemente, à luz dos seus fins sociais, atendendo aos objetivos públicos que estão ao seu encargo, mas não a sua letra fria e isolada, sujeitando-se, por essa razão, a sanções. Sua grande falta teria sido realizar materialmente os objetivos da norma e do direito, mas não cumprido a sua regra abstrata e isolada tal como interpretada, mais ortodoxamente, por alguns órgãos de controle.

Dessa forma, defende-se que a resolução de conflitos já instaurados na Administração, por meio de outros métodos que não necessariamente o processo judicial, encontrará sua base fortalecida na fundamentação do acordo celebrado ou, no caso de prevenção de conflito, da orientação jurídica encaminha ao gestor público (pareceres em geral). Com a devida exposição dos motivos do ato administrativo a ser adotado, a revisão pelo Poder Judiciário ou o apontamento pelos órgãos de controle é evitada, se não ao menos dificultada, à vista dos sólidos argumentos que sustentam o ato.

13 Embora ainda não adotada no âmbito do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul, reputa-se adequado que a deliberação quanto à realização do acordo, com a fundamentação adequada para tanto, seja realizada em órgão colegiado, composto de mais de um advogado público, com vistas a maior segurança na tomada da decisão. A título de exemplo, a Câmara de Mediação da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre opera desta forma.

5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que a criação de espaços institucionais nas advocacias públicas, que visem prevenir e solucionar os conflitos da Administração Pública de forma eficiente, dando preferência aos métodos consensuais, merece ser incentivado. O incentivo já está posto, é verdade, na Lei da Mediação e no Código de Processo Civil. O presente artigo visa, minimamente, contribuir para a instalação destas unidades - câmaras administrativas -, com base na experiência já vivenciada na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul.

Para tanto, o texto sugere algumas providências a serem adotadas pelas advocacias públicas, a saber:

1. Inclusão de dotação orçamentária específica no ato normativo que criará a câmara administrativa, como forma de possibilitar a programação de celebração de acordos que envolvam dispêndio de valores pelo poder público;
2. Estabelecimento de requisitos mínimos para o encaminhamento de casos à câmara administrativa, de modo que a viabilidade de alcance de uma solução consensual seja previamente analisada pelo advogado público;
3. Fomento na capacitação permanente dos advogados públicos em métodos não adversariais de solução de controvérsias, como mediação, conciliação e negociação;
4. Preservação da confidencialidade e da imparcialidade do advogado público no desenvolvimento das soluções consensuais, nos termos delineados nos enunciados do Fórum Nacional do Poder Público;
5. Interpretação do conceito de interesse público em consonância com uma sociedade democrática e com os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, o que amplia as possibilidades de sua preservação por meio de soluções consensuais.

Sobre este último item, importante destacar que a adoção de métodos consensuais pela Administração não implica em renúncia de defesa dos entes públicos e nem, muito menos, lançar mão de barganhas para se alcançar o acordo. O que ocorre nestes espaços institucionais de diálogo é, justamente, a oportunidade de participação da sociedade na construção de atos administrativos, onde o debate e o envolvimento dos cidadãos interessados revestem a solução do conflito de maior legitimidade e estabilidade[14].

14 Conforme define Thiago Marrara (2017, p. 274-293), as técnicas de consensualização administrativa correspondem a "um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas".

Neste sentido, reputa-se essencial, uma vez superada a fase de implementação e regramento das câmaras, o compartilhamento, entre advocacias públicas, das medidas consensuais adotadas para a prevenção e solução de conflitos envolvendo os respectivos entes públicos. Assim, a inspiração é permanente no sentido de aplicação das regras de direito público como instrumentos viabilizadores de um Estado que bem serve à sociedade, e não o contrário.

REFERÊNCIAS

ANASTASIA, Antônio. **Segurança jurídica e a qualidade das decisões públicas: desafios de uma sociedade democrática. Estudos sobre o Projeto de Lei no 349/2015, que inclui, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, disposições para aumentar a segurança jurídica e a eficiência na aplicação do direito público**. Brasília, 2015. Disponível em: http://antonioanastasia.com.br/seguranca-juridica-e-qualidade-das-decisoes-publicas/.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem.: http://www.conima.org.br/regula_modmed.

EIDT, Elisa Berton. **Autocomposição na Administração Pública.** Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017. Disponível em: http://www.esserenelmondo.com/pt/direito-autocomposiCAo-na-administraCAo-pUblica-ebook100.php.

FERREIRA, Kaline. **A autocomposição e as pessoas jurídicas de direito público: o que mudou depois da Lei da Mediação**?. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 982/2018, p. 323-333, agosto 2017.

FERREIRA FILHO, Marcílio. **O Procurador do Estado como mediador de conflitos: incompatibilidade ou autonomia da vontade?** XLIII Congresso Nacional de Procuradores do Estado e do Distrito Federal, 2017.

Fórum Nacional do Poder Público. Enunciados disponíveis em:. http://forumfnpp.wixsite.com/fnpp/enunciados-aprovados-i-fnpp.

MARRARA, Thiago. **Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados.** Revista Digital de Direito Administrativo, São Paulo: USP, v. 4, n. 1, p. 274-293, jan./abr. 2017. Acesso on-line. Disponível em: http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810. Acesso em: 23 jul. 2018.

MEGNA, Bruno Lopes. **A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou "enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade".** Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 82:1-30, jul/dez. 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Novas mutações juspolíticas:** em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. **A confidencialidade possível: a Administração Pública como parte nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias**. Rio de Ja-

neiro: Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Ano 11, Volume 18, Número 1, Janeiro a abril de 2017.

SANDER, Frank & CRESPO, Mariana Hernandez. **A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courthouse.**5 U. St. Thomas L.J. 665 (2008). Disponível em: http://ir.st-thomas.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1164&context=ustlj.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos: da teoria à prática.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Suspensão do processo judicial para realização de mediação.** São Paulo: Revista de Processo, vol. 277/2018, p. 565-584, março 2018.

O MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL: O CHAMAMENTO PÚBLICO E A DISPENSA COM FUNDAMENTO NO ART. 30, VI, DA LEI N. 13.019/2014

Ludmila Santos Russi Lacerda [1]

Vanessa de Mesquita e Sá [2]

RESUMO

A Lei n. 13.019/2014 teve por finalidade imediata a construção de um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e organizações da sociedade civil, sendo que em art. 30, estão enumeradas as hipóteses de dispensa de chamamento público para fins de formalização de parceira, sendo que por meio do presente artigo investiga-se como conciliar o inciso VI do art. 30 com os ditames da MROSC.

1. O PANORAMA FÁTICO-JURÍDICO DESENCADEADOR DA PUBLICAÇÃO DO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL – MROSC

O modelo de gestão da Administração Pública do final do século XX, implementado no Brasil por intermédio de uma expressiva reforma administrativa, embasou-se na execução descentralizada de políticas públicas, reforçando, desse modo, a ampliação do espaço ocupado por associações e fundações sem fins lucrativos nesse cenário.

Concomitante à execução descentralizada ganhou destaque no ordenamento jurídico nacional a expressão "terceiro setor", a qual, no dizer de Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 59), designa o conjunto de entidades criadas fora do ambiente estatal, desprovidas de interesse lucrativo e voltadas ao atendimento de serviços sociais relevantes.

Os serviços sociais relevantes seriam aqueles serviços ofertados à população em que a titularidade para sua prestação não é exclusiva do Estado, razão pela qual podem ser desempenhados tanto pelo ente público quanto pela sociedade, tal como ocorre com a assistência social, saúde, educação, entre outros.

Para fins de compreensão da extensão da expressão "terceiro setor", diz-se que o Estado seria o "primeiro setor" dentro de um contexto socioeconômico, seguido do "mercado", expressão que identificaria as pessoas jurídicas que objetivam lucro em suas ações correspondendo ao "segundo setor". Assim, dentro

1 Procuradora do Estado do Mato Grosso do Sul. E-mail: lrussi@pge.ms.gov.br.
2 Procuradora do Estado do Mato Grosso do Sul. E-mail: vmesquita@pge.ms.gov.br.

da superação da dicotomia público-privado, a sociedade civil organizada, ao realizar atividades filantrópicas, caracterizaria o "terceiro setor".

Comentando a evolução histórica do "terceiro setor" a partir dos estudos de Boaventura de Souza Santos e Carlos Montaño, Violin (2015, p. 116) menciona ser impreciso determinar o contexto histórico do surgimento das organizações representativas da sociedade civil na prestação de serviços sociais não exclusivos. Todavia, enfatiza o autor (Violin, 2015, p. 123) que a expressão "terceiro setor" teria surgido em meados da década de 70, nos Estados Unidos da América, como alternativa ao capitalismo, deitando raízes ora no socialismo ora no liberalismo.

Com a queda do muro de Berlim e a chamada crise do capitalismo, o Estado Social, com nítido caráter intervencionista, teria sido posto em xeque, abrindo espaço para que entidades sociais, sem vínculo com os entes públicos, passassem a desenvolver atividades até então prestadas exclusivamente pela administração centralizada, ampliando a oferta de serviços sociais relevantes à população.

A prestação de serviços sociais não exclusivos por entidades do "terceiro setor" encontra fundamento em diversos fatores, dentre outros, a) restrição orçamentária para o atendimento direto e exclusivo das demandas pelo Poder Público; b) escassez de recursos financeiros; c) necessidade de repartição de responsabilidades entre o Poder Público e sociedade civil; e, não menos raro, d) indícios de incapacidade, ausência de planejamento ou mesmo de ineficiência administrativa na execução direta dessas demandas pelo Poder Público.

É certo que a relação jurídica estabelecida entre essas entidades e o Poder Público vem há muito tempo delineada no ordenamento jurídico brasileiro, tanto é que a Constituição Federal de 1988[3] atribui ao Estado o dever de garantir os direitos sociais por meio de um modelo prestacional adequado para cada tarefa, local e momento histórico, conforme consignado no voto do Ministro Luiz Fux, quando da relatoria do julgamento da ADI 1923-DF, ocorrido em 16 de abril de 2015, que teve por objeto a análise da constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/1998, que dispõe sobre a qualificação de entidades como Organizações Sociais e dá outras providências.

Naquela oportunidade, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido, apenas para conferir interpretação conforme a Constituição à Lei n. 9.637/1998 e ao art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/1993, incluído pela Lei n. 9.648/1998, para que:

a) o procedimento de qualificação das Organizações Sociais seja conduzido de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput*

3 Em inúmeros artigos, a Constituição Federal de 1988 evidencia o reconhecimento e apoio às entidades privadas, que tenham por finalidade a solidariedade social ou fins públicos, como especificados nos arts. 199, §1º (saúde), 204, I (assistência social), 205, *caput* (educação), 213 (educação), 215 (cultura), 227, §1º (assistência integral à saúde da criança e adolescente).

do art. 37 da Constituição Federal, e de acordo com parâmetros fixados em abstrato segundo o que prega o art. 20, da Lei n. 9.637/1998;

b) a celebração do contrato de gestão seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal;

c) as hipóteses de dispensa de licitação para contratações (Lei n. 8.666/93; art. 24, XXIV) e outorga de permissão de uso de bem público (Lei n. 9.637/98; art. 12, § 3º) sejam conduzidas de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal;

d) os contratos a serem celebrados pela Organização Social com terceiros, com recursos públicos, sejam conduzidos de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade;

e) a seleção de pessoal pelas Organizações Sociais seja conduzida de forma pública, objetiva e impessoal, com observância dos princípios do *caput* do art. 37 da CF, e nos termos do regulamento próprio a ser editado por cada entidade; e

f) seja afastada qualquer interpretação que restrinja o controle, pelo Ministério Público e pelo Tribunal de Contas da União, da aplicação de verbas públicas.

Dito isso, tem-se que ao tempo em que a Lei Federal n. 13.019/2014 foi publicada, já restavam normatizados alguns ajustes entre entidades do "terceiro setor" e o Poder Público, a saber:

a) os contratos de gestão celebrados com entidades qualificadas como Organizações Sociais, regulamentados em sede da Lei Federal n. 9.637/1998;

b) os termos de parceria firmados com entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, com regulamentação na Lei Federal n. 9.790/1999;

c) além da disciplina contida na Lei Federal n. 8.958/1994, que permitia a celebração de convênios ou contratos com dispensa de licitação (fundamentada no art. 24, XIII, da Lei Federal n. 8.666/1993), entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica com as denominadas Fundações de Apoio, consistentes em instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes.

Em que pese o estabelecimento das premissas fixadas em sede do julgamento da ADI 1923-DF pelo Supremo Tribunal Federal, e que podem ser estendidas, em regra, na interpretação dos diversos ajustes entre entidades do "terceiro setor" e Estado, recorrendo-se ao escólio de Lopes (2017, p. 27), constata-se que a construção de uma agenda política voltada à discussão da construção de um marco regulatório para o "terceiro setor" teve ensejo muito tempo antes, em

meados de 2010, por um grupo de representantes das organizações sem fins lucrativos que entregaram aos candidatos à Presidência da República à época uma carta solicitando a criação de um grupo de trabalho destinado a elaborar proposta legislativa específica, tendente a normatizar os pontos tratados no referido documento.

Ato seguinte, o Decreto n. 7.568/2011 fora editado pela então Presidenta da República, Dilma Rousseff, alterando a um só tempo o Decreto n. 6.170/2007 (instrumento cogente disciplinador das normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse) e o Decreto n· 3.100/1999 (que regulamenta a Lei n. 9.790/1999, diploma legal das OSCIPs"), e normatizando, em seu arts. 5º e 6º, a constituição de um Grupo de Trabalho.

Previu-se, assim, um grupo de composição paritária, sendo sete representantes de órgãos da União e sete representantes de entidades sem fins lucrativos com representatividade nacional, além dos respectivos suplentes, destinado a tecer diagnóstico quanto aos principais problemas, questões jurídicas específicas e formulação de propostas em relação à articulação necessária que deveria ser estabelecida entre o repasse de valores pelos entes públicos e as entidades do "terceiro setor". Segundo Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 61):

> O Grupo de Trabalho definiu três eixos orientadores para a agenda de discussão sobre as relações entre as entidades da sociedade civil e o Estado, então chamada de Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil: contratualização, sustentabilidade econômica e certificação, sendo a Lei nº 13.019/14 apenas um dos produtos pretendidos pelo grupo no âmbito do eixo contratualização.

Importante destacar que a preocupação das entidades do "terceiro setor" na busca de uma normatização geral e contornos jurídicos específicos para os ajustes voltados à execução de demandas socialmente relevantes, mediante repasses de recursos públicos, advinha de um componente fático-social igualmente inseparável à busca pela eficiência e otimização de resultados, a saber, a criação de Comissões Parlamentares de Inquérito - CPIs4, no âmbito do Congresso Nacional, destinadas a investigar denúncias relacionadas a desvios de verbas públicas por entidades sem fins lucrativos.

4 Segundo Lopes (2017, p. 30), "o contexto, vale notar, era bem árido para tratar do tema. No ano de 2011, início do primeiro mandato da presidenta Dilma Rousseff, ocorreram mudanças de ministros após denúncias ligadas a convênios com entidades privadas sem fins lucrativos. O primeiro deles, o Ministro dos Esportes, Orlando Silva (PCdoB), saiu no dia 26 de outubro de 2011. O segundo foi Carlos Lupi (PDT), que se afastou do Ministério do Trabalho e Emprego em 4 de dezembro do mesmo ano. Esse clima de desconfiança em relação ao repasse de recursos públicos para as organizações já datava de períodos anteriores, notadamente, com as duas CPIs das ONGs que existiram durante o final do mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (2001 a 2002), durante todo o mandato do presidente Lula (2003 a 2010), e que voltou a influenciar o cenário governamental federal, permeando os trabalhos que estavam se iniciando."

As CPIs instauradas desencadearam, por sua vez, em meados de 2011, a edição do Decreto Federal n. 7.592/2011, que determinou a suspensão, pelo prazo de 30 (trinta) dias, dos repasses de recursos públicos às entidades privadas sem fins lucrativos decorrentes de convênios, de termos de parceria e de contratos de repasse, para fins de avaliação da regularidade de sua execução. Nesse sentido, como dito por Lopes (2017, p. 31-32):

> O resultado foi bastante positivo. Dos 1.403 instrumentos em vigor analisados, apenas 164 tiveram alguma questão a ser apurada. [...]
>
> Na ausência de regras próprias, as organizações sociais tiveram que responder por diversos atos como se fossem fraudulentas, quando na realidade eram apenas organizações frágeis institucionalmente e que não tinham suficiente estabilidade jurídica diante da pluralidade de entendimentos de gestores públicos e órgãos de controle.
>
> [...]
>
> Os convênios foram criados para descentralização da aplicação de recursos públicos entre entes públicos. Na medida em que se os utiliza também para as parcerias com as entidades privadas sem fins lucrativos, invariavelmente todo o regime de direito público é atraído e as organizações passam a ser tratadas como se órgão públicos fosse. Ocorre que as organizações da sociedade civil não são órgãos públicos e nem se transforma em órgãos públicos na medida em que executam políticas públicas com recursos públicos. Construir critérios próprios para essa relação era então imprescindível e necessário.

Dentro desse contexto-fático social, elaborou-se o Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil – MROSC, culminando com a edição da Lei Federal n. 13.019/2014, responsável por estabelecer o regime jurídico das parcerias entre a Organização da Sociedade Civil e a Administração Pública, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; definindo, ainda, diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; além de alterar as Leis Federais n. 8.429/1992 e 9.790/1999.

A finalidade imediata da Lei Federal n. 13.019/2014 foi construir um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos, estabelecendo regras de seleção dessas entidades, instituindo novas modalidades de parceria, conferindo extrema importância ao plano de trabalho a partir do momento em que a prestação de contas passa-se a focar nos resultados e no cumprimento de metas deli-

neados no referido instrumento; além de exigir transparência na condução da parceria e criar normas específicas identificados determinadas condutas como atos de improbidade, tudo com o intuito de responsabilizar os participantes no caso de descumprimento dos comandos legais pertinentes à parceria adotada.

A dimensão dos conteúdos normatizados no MROSC culminou com a necessidade de se postergar, por duas vezes consecutivas, o prazo de *vacatio legis*, inicialmente estabelecido no art. 88 para 90 (noventa) dias, contados de sua publicação na imprensa oficial. Inicialmente, o prazo foi alterado para 360 (trezentos e sessenta) dias após a data publicação, conforme Medida Provisória n. 658/2014, convertida em seguida na Lei Federal n. 13.102/2015. Não obstante, o lapso de *vacatio legis* foi novamente modificado, por força da Medida Provisória n. 684/2015, posteriormente convertida na Lei Federal n. 13.204/2015, identificando-se para a União, os Estados e Distrito Federal o dia 23 de janeiro de 2016 como a data em que a Lei n. 13.019/2014 estaria apta para qualificar os fatos e determinar o surgimento de efeitos de direito, ao passo que para os Municípios sua vigência apenas se daria em 01 de janeiro de 2017.

Importante destacar que, ao longo da análise do projeto de lei que culminou com a Lei Federal n. 13.019/2014, foram apresentadas mais de 150 (cento e cinquenta) emendas e mais de 370 (trezentas e setenta) alterações promovidas na redação original, em especial aquelas realizadas pela Lei Federal n. 13.204/2015.

Oportuno destacar que as parcerias regulamentadas pelo MROSC não derrogaram as outras modalidades de ajustes firmados entre o Poder Público e entidades representativas do "terceiro setor", as quais continuam coexistindo com seu regramento específico, em harmonia com o sistema dimensionado pelo MROSC.

Entretanto, o MROSC textualmente afasta em seu art. 84, parágrafo único, a aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993 para as parcerias firmadas entre as organizações da sociedade civil e a Administração Pública, estabelecendo que a figura dos convênios, prevista no art. 116 daquele diploma legal, aplica-se apenas para a celebração de ajustes entre entes federados ou pessoas jurídicas a eles vinculadas e para as contratações com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do art. 199, §1º da Constituição Federal.

Com a entrada em vigor do MROSC, possibilitou-se ao administrador público a ampliação de opções legais para formalização das parcerias, no intuito de melhor atender o interesse público, com o estabelecimento de regras voltadas à realidade das entidades do "terceiro setor" sem perder de vista os contornos já traçados pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADI n. 1923-DF.

2. DA RUPTURA DO PARADIGMA DOS CONVÊNIOS PELO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL

A edição do MROSC partiu da premissa de que os ajustes celebrados entre Organizações da Sociedade Civil e a Administração Pública seriam modalidades contratuais genericamente considerados, o que atrairia a competência da União para legislar sobre regras gerais, nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal. A despeito de o legislador federal ter se valido da supracitada competência constitucional para edição do MROSC, os autores Fortini, Cunha e Pires (2017, p. 66-68) já antecipam discussão doutrinária sobre a legitimidade da União em disciplinar regras gerais5 *in casu*:

> Ora, se os convênios e contratos são figuras distintas, tal como afirma o PL, como sustentar a obrigatoriedade de observância dos ditames da Lei nº 13.019/2014 pela totalidade de entes federados com o fundamento no art. 22, XXVII da Constituição Federal?
>
> A redação do artigo 22, XXVII da Constituição Federal e clara ao determinar que cabe à União edital 'normas gerais de *licitação e contratação*, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios' (*grifo nosso*).
>
> Na medida em que se reconhece a identidade dos convênios não faz sentido apoiar a criação de normas gerais no dispositivo constitucional que nada menciona a esse respeito.
>
> [...]
>
> Logo, parece-nos faltar respaldo constitucional à pretensão da esfera federal de transpor aos demais entes federados as regras que, no seu sentir, deveriam conduzir a celebração, gestão e fiscalização de vínculos desse jaez.
>
> Importa recordar que boa parte dos dispositivos da Lei nº 13.019/2014 são inspirados em outras regras federais, com destaque para os Decretos nº 3.100/03, 6.170/07 e a Portaria Interministerial 507/11. Em certa medida, o legislador quer impor aos demais entes cumprir o que a União já vem realizando.
>
> Há que se deixar claro que não se desconsidera a necessidade de condicionar a celebração das 'parcerias' entre Poder Público e as entidades privadas sem fins lucrativos a observância de normas. Logo, não se defende a escolha injustificada de entidades, a pre-

5 No mesmo sentido, Oliveira (2015, p. 348): "Não vislumbramos, todavia, em análise preliminar, autorização constitucional para a União elaborar normas gerais sobre parcerias entre as Administrações Públicas Direta e Indireta, com entidades privadas sem fins lucrativos. Isso porque as referidas parcerias são instrumentalizadas por convênios (termo de colaboração ou termo de fomento) e não por contratos propriamente ditos."

> cariedade do vínculo ou a ausência de fiscalização, em especial porque a própria Constituição já fornece material suficiente para que se refutem ajustes assim. O que discute é se a União pode dizer como tais aspectos serão observados pelos demais entes.

Historicamente, as avenças firmadas entre a Administração Pública e as entidades privadas sem fins lucrativos para consecução de objetivos voltados à execução descentralizada de serviços públicos de relevância social sempre se desenvolveram sob a modalidade de institutos que guardavam natureza jurídica de convênios ou mesmo com a utilização dessa nomenclatura para designação dos ajustes firmados para realização de objetivos de interesse comum, de mútua colaboração.

Ocorre que, a partir da publicação do MROSC, por expressa disposição do art. 84 da Lei Federal n. 13.019/2014, com a redação conferida pela Lei Federal n. 13.204/2015, restou disciplinado que as parcerias celebradas com espeque nesse diploma normativo não mais se submetem à Lei Federal n. 8.666/1993, permanecendo regidos pelo art. 116 desse último diploma apenas os convênios celebrados entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculados e os convênios decorrentes da contratualização dos serviços de saúde, consistentes em complementações dos serviços do Sistema Único de Saúde.

E dentro desse entendimento, o art. 84-A do MROSC determina expressamente que a partir da vigência da Lei Federal n. 13.019/2014[6], a saber, 23 de janeiro de 2016 para União e Estados e Distrito Federal, e 23 de janeiro de 2017 para os Municípios, somente serão celebrados convênios nas hipóteses fáticas descritas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 84, ou seja, avenças celebradas entre entes federados ou pessoas jurídicas a ele vinculados e nos casos de contratualização dos serviços de saúde.

6 Nesse sentido, o art. 83 do MROSC, na redação conferida pela Lei Federal n. 13.204/2015, confirma a substituição dos convênios pelos instrumentos jurídicos do termo de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação, tipificados na Lei Federal nº 13.019/2014, o que evidencia que o instituto dos convênios passa a ser adotado para hipóteses fático-jurídicas muito específicas, *in verbis*:

"Art. 83. As parcerias existentes no momento da entrada em vigor desta Lei permanecerão regidas pela legislação vigente ao tempo de sua celebração, sem prejuízo da aplicação subsidiária desta Lei, naquilo em que for cabível, desde que em benefício do alcance do objeto da parceria.

§ 1o As parcerias de que trata o caput poderão ser prorrogadas de ofício, no caso de atraso na liberação de recursos por parte da administração pública, por período equivalente ao atraso. (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

§ 2o As parcerias firmadas por prazo indeterminado antes da data de entrada em vigor desta Lei, ou prorrogáveis por período superior ao inicialmente estabelecido, no prazo de até um ano após a data da entrada em vigor desta Lei, serão, alternativamente: (Redação dada pela Lei nº 13.204, de 2015)

I - substituídas pelos instrumentos previstos nos arts. 16 ou 17, conforme o caso; (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

II - objeto de rescisão unilateral pela administração pública. (Incluído pela Lei nº 13.204, de 2015)

A substituição da nomenclatura de convênios para os ajustes firmados com as entidades privadas sem fins lucrativos com o Poder Público para a realização de atividades pertinentes ao "terceiro setor" vem exposta por Mânica (2017, p. 109-110) como sendo o fenômeno da superação do *paradigma dos convênios,* segundo o qual:

> Desde a promulgação da Constituição de 1988, ocorreram intensas inovações normativas na disciplina das relações do Estado com o terceiro setor. De um ambiente institucional restrito aos Convênios, cuja disciplina legal cingia-se a um único dispositivo da Lei nº 8.666/93, passou-se a um cenário em que convivem nada menos do que seis modelos de ajustes com o terceiro setor, disciplinados por lei própria. Atualmente, além dos próprios Convênios, o universo das parcerias com o terceiro setor é formado pelos Contratos de Gestão (Lei nº 9.637/98), pelos Termos de Parceria (Lei nº 9.790/99) e pelos recém-instituídos Termos de Colaboração, Termos de Fomento e Acordos de Cooperação (Lei nº 13.019/2014). Esse processo de multiplicação e de especialização das parcerias sociais trouxe consigo importantes transformações no que tange à natureza dos vínculos e ao objeto das avenças. Tais mudanças ainda se encontram em fase de assimilação pela doutrina jurídica brasileira, que ainda não consolidou uma teoria que supere o que se pode denominar de *paradigma dos Convênios.*
>
> Tal paradigma pode ser sintetizado pela percepção de que todas as parcerias com o terceiro setor possuem características próprias de um determinado modelo de ajuste – o Convênio. Os convênios com o terceiro setor ganharam forma no Brasil em meados do século passado, quando o Estado não possuía qualquer dever de garantia dos direitos sociais. Tratavam os convênios, portanto, de meros instrumentos de incentivo estatal descompromissado a iniciativas sociais julgadas relevantes. Desde então foram cristalizadas na doutrina as características dos Convênios, como a ausência de vinculação contratual, a identidade das partes envolvidas e a precariedade do vínculo.
>
> Este estudo parte da premissa de que a Lei nº 13.019/2014 traz base normativa para a superação do paradigma do Convênios como fonte interpretativa dos diversos modelos de parceria com o terceiro setor.

Com a entrada do MROSC em vigor, busca-se parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade civil de forma republicana, com a edição de normas objetivas que exigem, em regra, desde um processo seletivo da entidade parceria a uma prestação de contas diferenciada, voltada com a perspectiva e realidade das Organizações da Sociedade Civil.

3. DOS SUJEITOS PARTICIPANTES, DAS FORMAS DE PARCERIAS PROPOSTAS NO MARCO REGULATÓRIO DAS ORGANIZAÇÕES DA SOCIEDADE CIVIL E DAS EXCEÇÕES À APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL Nº 13.019/2014

A Lei Federal n. 13.019/2014 traz em seu art. 2º definições indispensáveis à compreensão e interpretação quanto ao alcance do MROSC, em especial estabelecendo quais os sujeitos signatários e as formas de parceria propostas.

De um lado da formalização de uma parceria identificada pelo MROSC tem-se a Administração Pública, compreendida no art. 2º, II da Lei Federal n. 13.019/2014, na redação proposta pela Lei Federal n. 13.2014/2015, como sendo a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público, e suas subsidiárias, alcançadas pelo disposto no § 9º do art. 37 da Constituição Federal.

Por sua vez, a definição de Organização da Sociedade Civil encontra-se no art. 2º, I com a redação conferida pela Lei Federal nº 13.204/2015, assim identificada:

a) entidade privada sem fins lucrativos que não distribua entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplique integralmente na consecução do respectivo objeto social, de forma imediata ou por meio da constituição de fundo patrimonial ou fundo de reserva;

b) as sociedades cooperativas previstas na Lei n. 9.867/1999, (i) as integradas por pessoas em situação de risco ou vulnerabilidade pessoal ou social, (ii) as alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e de geração de trabalho e renda, (iii) as voltadas para fomento, educação e capacitação de trabalhadores rurais ou capacitação de agentes de assistência técnica e extensão rural, e (iv) as capacitadas para execução de atividades ou de projetos de interesse público e de cunho social; e

c) as organizações religiosas que se dediquem a atividades ou a projetos de interesse público e de cunho social distintas das destinadas a fins exclusivamente religiosos.

Trata-se de uma definição denotativa, no sentido de corresponder a uma designação abrangente para as diferentes formas jurídicas de entidades referidas no texto legal, reconhecendo, assim, a autonomia das organizações da sociedade civil.

Igualmente, a definição de organização da sociedade civil não se equipara a uma certificação tal como ocorre no caso das organizações sociais e das organizações da sociedade civil de interesse público. Segundo Moro (2016, p. 27):

> Uma Organização da Sociedade Civil para fins da Lei nº 13.019/14 será uma associação ou fundação porque estas são as espécies de pessoas jurídicas que por excelência não distribuem entre seus associados, conselheiros, diretores, empregados, doadores ou terceiros eventuais resultados, sobras, excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, isenções de qualquer natureza, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e os aplicam integralmente na consecução do respectivo objeto social.
>
> A Organização da Sociedade Civil não é uma nova espécie de pessoa jurídica. As associações e fundações continuam sendo as espécies de pessoas jurídicas de direito privado sem finalidade lucrativa.

Para fins de compreensão do MROSC e da formalização das parcerias disciplinadas pela supracitada legislação federal, as certificações concedidas pelo Estado deixam de ser exigidas como condição para celebração dos termos de fomento, termos de colaboração e acordos de cooperação, salvo no caso de exigência expressa da política pública específica, constante de legislação especial, conforme veiculado pelo art. 9º, §5º do Decreto Federal n. 8.726/2016 que regulamenta o MROSC no âmbito da Administração Pública Federal.

Prosseguindo, dentro da concepção proposta pelo MROSC, as parcerias são definidas no inciso III do art. 2º, na redação conferida pela Lei Federal n. 13.204/2015, como sendo o conjunto de direitos, responsabilidades e obrigações decorrentes de relação jurídica estabelecida formalmente entre a administração pública e organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividade ou de projeto expressos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação.

De imediato, tem-se que as parcerias identificadas no parágrafo anterior não se confundem com os termos de parceria celebrados entre a Administração Pública e entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP's, os quais permanecem regidos pela Lei Federal n. 9.790/1999. Tampouco as modalidades de parcerias previstas no MROSC têm a pretensão de revogar ou substituir a celebração dos contratos de gestão celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos qualificadas como Organizações Sociais – OS's, que permanecem com sua regulação disposta na Lei Federal n. 9.637/1998.

Ou seja, atualmente, coexistem no ordenamento jurídico brasileiro os convênios firmados com entidades sem fins lucrativos para as hipóteses de contratualização dos serviços de saúde, em complementação aos serviços únicos de saúde (art. 199, §1º da Constituição Federal); os contratos de gestão firmados com OS's; os termos de parceria celebrados com OSCIP's; os contratos com dis-

pensa de licitação (fundamentada no art. 24, XIII da Lei Federal n. 8.666/1993) entre instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica com as denominadas Fundações de Apoio com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes; além dos recentes termos de fomento, termo de colaboração e acordo de cooperação previstos no MROSC.

A definição de parceria envolve a compreensão de conjugação de deveres por ambas as partes (regime de mútua cooperação), contidos num instrumento formal (termo de fomento, termo de colaboração ou acordo de cooperação), mediante o desenvolvimento de ações tipificadas por meio de projetos ou atividades, objetivando um resultado predeterminado (consecução de finalidades de interesse público e recíproco) que pode beneficiar as próprias partes signatárias ou terceiros.

De acordo com a sistemática do inciso VII do art. 2º da Lei Federal n. 13.019/2014, com a redação fornecida pela Lei Federal n. 13.204/2015, define-se termo de colaboração como sendo o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pela Administração Pública que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Por sua vez, a definição de termo de fomento vem disciplinada no inciso VIII do art. 2º do referido diploma legal, que também teve sua redação alterada pela Lei Federal n. 13.204/2015, sendo compreendido como o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco propostas pelas OSC's, envolvendo transferência de recursos financeiros.

O acordo de cooperação, por expressa disposição legal, prevista no inciso VIII-A do art. 2º do MROSC, acrescido pela Lei Federal n. 13.204/2015, compreende o instrumento por meio do qual são formalizadas as parcerias estabelecidas pela Administração Pública com Organizações da Sociedade Civil para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, que não envolvam a transferência de recursos financeiros, não importando à quem se atribui a autoria da proposta a ser desenvolvida, se do ente público ou se da entidade privada sem fins lucrativos.

Note-se que entre os critérios distintivos dos instrumentos jurídicos termo de fomento e termo de colaboração, destinados a formalizar as parcerias do MROSC encontra-se a parte que propõe a parceria. Segundo Muraro (2017, p. 49), a escolha representa uma inovação para o ordenamento jurídico pátrio, porquanto historicamente os critérios definidores dos instrumentos jurídicos ora

consideravam a natureza jurídica das partes (no caso da distinção entre contratos privados e administrativos), ora consideravam o tipo de negócio a ser praticado (doação, compra e venda, entre outros) ou mesmo o interesse das partes envolvido na relação jurídica (para fins de definição se convênio ou contrato).

Desse modo, tem-se que o termo de colaboração deve ser adotado pela Administração Pública para consecução de planos de trabalho de sua iniciativa, para celebração de parcerias com Organizações da Sociedade Civil que envolvam a transferência de recursos financeiros. Em contrapartida, o termo de fomento deverá ser adotado pela Administração Pública para consecução de planos de trabalho propostos por Organizações da Sociedade Civil que envolvam a transferência de recursos financeiros.

Quando da regulamentação do MROSC para a Administração Pública Federal, o Decreto Federal n. 8.726/2016, em seu art. 2º, §§ 1º e 2º, ressaltou que o termo de fomento será adotado quando houver transferência de recursos financeiros e para a consecução de planos de trabalhos cuja concepção seja das Organizações da Sociedade Civil, com o objetivo de incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações, atraindo para as políticas públicas tecnologias sociais inovadoras, fomentando projetos nas mais diversas áreas e ampliando o alcance das ações desenvolvidas por parte das OSC's. Por outro lado, o termo de colaboração será utilizado para a consecução de planos de trabalho cuja concepção seja da Administração Pública Federal, com o objetivo de executar projetos ou atividades parametrizadas pela administração pública, em que haja também transferência de recursos financeiros.

Importante registrar que os vocábulos atividade ou projeto, *in casu*, não são sinônimos tampouco adotados com a pretensão de utilização indiscriminada.

De acordo com o art. 2º, III-A do MROSC, acrescentado pela Lei Federal n. 13.2014/2015, atividade é definida como o conjunto de operações que se realizam de modo contínuo ou permanente, das quais resulta um produto ou serviço necessário à satisfação de interesses compartilhados pela Administração Pública e pela Organização da Sociedade Civil.

Por sua vez, a definição de projeto encontra-se identificada no art. 2º, III-B do MROSC, na redação proposta e acrescida pela Lei Federal n. 13.2014/2015, como sendo o conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela Administração Pública e pelas Organização da Sociedade Civil.

Segundo Mânica (2017, p. 119) uma ação assume a forma de projeto, quando envolve um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou aperfeiçoamento da ação de governo. De modo diverso, uma ação assumiria a forma de atividade quando envolver um conjunto de operações que se realizam de modo necessário à manutenção da ação de governo (trazendo consigo a ideia de continuidade ou permanência).

Uma vez identificados rapidamente os sujeitos participantes e as formas de parcerias propostas no MROSC, resta esclarecer quais as exceções fático-jurídicas à aplicação da Lei Federal n. 13.019/2014, as quais encontram-se apresentadas *numerus clausus* no art. 3º.

Como é cediço, referido dispositivo (art. 3º) foi alvo de alterações de texto e novas inclusões de redação pela Medida Provisória n. 684/2015, convertida posteriormente na Lei Federal n. 13.204/2015.

Assim é que, quando da publicação original da Lei Federal n. 13.019/2014, as exceções ao regime das parcerias não haviam sido tão detalhadas, sendo expressas em apenas 03 (três) incisos no art. 3º[7], de modo que já se ouviam vozes na doutrina especializada na área do direito à saúde que apregoavam a impossibilidade de se vincular a contratualização de serviços na área da saúde às entidades da iniciativa privada (previstos no art. 199, §1º da Constituição Federal) com a natureza típica de fomento ou colaboração disciplinada no MROSC.

Com as alterações propostas pela Lei Federal n. 13.204/2015, a redação atual do art. 3º da Lei Federal n. 13.019/2014, dispõe que:

> Art. 3º Não se aplicam as exigências desta Lei:
>
> I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com esta Lei;
>
> II (revogado);
>
> III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
>
> IV - aos convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal;
>
> V - aos termos de compromisso cultural referidos no § 1º do art. 9º da Lei nº 13.018, de 22 de julho de 2014;
>
> VI - aos termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999;

7 Art. 3º. Não se aplicam as exigências desta Lei:
I - às transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições dos tratados, acordos e convenções internacionais específicas conflitarem com esta Lei, quando os recursos envolvidos forem integralmente oriundos de fonte externa de financiamento;
II - às transferências voluntárias regidas por lei específica, naquilo em que houver disposição expressa em contrário;
III - aos contratos de gestão celebrados com organizações sociais, na forma estabelecida pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998.

> VII - às transferências referidas no art. 2º da Lei nº 10.845, de 5 de março de 2004, e nos arts. 5º e 22 da Lei nº 11.947, de 16 de junho de 2009;
>
> VIII - (vetado);
>
> IX - aos pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por:
>
> a) membros de Poder ou do Ministério Público;
>
> b) dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública;
>
> c) pessoas jurídicas de direito público interno;
>
> d) pessoas jurídicas integrantes da administração pública;
>
> X - às parcerias entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

Dentro do campo da hermenêutica jurídica, as exceções devem ser interpretadas restritivamente, não podendo ser ampliado o teor da restrição pela via interpretativa[8], ou seja, excluem-se do campo de incidência da Lei Federal n. 13.019/2014 as situações fático-jurídicas expressamente referidas no art. 3º do diploma legal.

Partindo-se dessa premissa, por expressa previsão legal, excluem-se do regime das parcerias da Lei Federal n. 13.019/2014 as transferências de recursos homologadas pelo Congresso Nacional ou autorizadas pelo Senado Federal naquilo em que as disposições específicas dos tratados, acordos e convenções internacionais conflitarem com o MROSC.

Também são excepcionadas em relação ao regime proposto na Lei Federal n. 13.019/2014 as relações jurídicas referentes ao setorial saúde quando envolverem convênios e contratos celebrados com entidades filantrópicas e sem fins lucrativos nos termos do § 1º do art. 199 da Constituição Federal, sendo que o dispositivo constitucional citado diz respeito aos serviços de complementaridade dos serviços privados à rede pública do Sistema Único de Saúde (art. 3º, IV, MROSC).

Todavia, importante registrar que, a nosso sentir, as exceções apresentadas na Lei Federal n. 13.019/2014, com as alterações e acréscimos realizados pela Lei Federal n. 13.204/2015, não permitem concluir que todo e qualquer ajuste firmado na área setorial da saúde estaria excluído do regime do MROSC. A exclusão seria, portanto, parcial.

Também devem ser compreendidas dentro das exceções previstas no art. 3º da Lei Federal n. 13.019/2014, diante do que dispõem os incisos III e VI do refe-

8 Nesse sentido Oliveira (2003): Embora deva prevalecer a interpretação lógica e teleológica da norma, não é de todo incorreto dizer que cabe uma interpretação restritiva das exceções à regra geral, bem como das normas que estabeleçam benefícios particulares, por exemplo.

rido artigo, os contratos de gestão celebrados com organizações sociais, desde que cumpridos os requisitos da Lei Federal n. 9.637/1998; e, ainda, os termos de parceria celebrados com organizações da sociedade civil de interesse público, desde que cumpridos os requisitos previstos na Lei n. 9.790/1999, a qual dispõe sobre a qualificação de pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público.

Note-se que isso não significa que as Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não possam celebrar termos de fomento, termos de colaboração ou acordos de cooperação nos termos do MROSC. A exceção acima identificada equivale dizer que se o administrador público optar por pactuar um contrato de gestão ou um termo de parceria, o plexo normativo do MROSC não será aplicado.

Importante destacar também não estarem submetidos ao regramento do MROSC as transferências referidas no art. 2º da Lei n. 10.845/2004 (que trata da Educação Especial), no art. 5º (que versa sobre o Programa de Alimentação Escolar) e no art. 22 (que diz respeito ao Programa Dinheiro Direto na Escola) da Lei n. 11.947/2009.

Igualmente, os pagamentos realizados a título de anuidades, contribuições ou taxas associativas em favor de organismos internacionais ou entidades que sejam obrigatoriamente constituídas por membros de Poder ou do Ministério Público; dirigentes de órgão ou de entidade da administração pública; pessoas jurídicas de direito público interno; e, pessoas jurídicas integrantes da administração pública não se submetem ao disposto na Lei Federal n. 13.019/2014.

Prosseguindo, a Lei Federal n. 13.204/2015 incluiu na Lei Federal n. 13.019/2014 mais uma exceção ao determinar não estarem regidas pelas regras norteadoras do MROSC, qual sejam, as parcerias firmadas entre a administração pública e os serviços sociais autônomos.

Por fim, embora não se trate propriamente de uma exceção, faz-se necessário mencionar que o art. 40, do MROSC, expressamente veda que se escolha como objeto de parceria ação que envolva ou inclua, direta ou indiretamente, delegação das funções de regulação, de fiscalização, de exercício do poder de polícia ou de outras atividades exclusivas de Estado.

4. O CHAMAMENTO PÚBLICO

Com o advento da Lei Federal n. 13.019/2014, tem-se o chamamento público, o qual pode ser apresentado como uma das maiores e mais importantes inovações introduzidas com o Marco Regulatório da Organização da Sociedade Civil porquanto, como enfatizado em outra oportunidade, inúmeros fatores sociopolíticos enfatizaram a urgência na adoção de critérios específicos, públicos, objetivos e impessoais para seleção da organização da sociedade civil.

A despeito da digna função atribuída às entidades do "terceiro setor" com relação à realização de serviços sociais de relevância pública, atuando de forma paralela com o Estado, aquelas foram alvo e utilizadas, ao longo dos anos, para subverter a correta e adequada aplicação de recursos públicos na execução de atividades descentralizadas do Estado. Isso porque, ante a inexistência de regramento legal disciplinando o procedimento prévio com relação à escolha da organização da sociedade civil para fins de recebimento de recurso público ou outra forma de auxílio público, uma vez que as parcerias eram regulamentadas pelo art. 116, da Lei Federal n. 8.666/1993, esse ato decorria única e exclusivamente do exercício de juízo discricionário da Administração Pública, sendo que algumas escolhas não estavam fundamentadas no interesse público, mas de favoritismo às entidades filantrópicas mais próximas do agente político com poder de decisão, entremeada, portanto, numa cultura de clientelismo e da política de balcão.

Nesse sentido, é o escólio de Oliveira (2017, p. 302; 306):

> [...] É que, historicamente, as transferências de recursos às ditas entidade filantrópicas sempre se davam em uma dimensão *quase arbitrária,* tamanha a margem de discricionariedade de administradores públicos por ocasião da "escolha" daquelas que seriam contempladas pela atividade de fomento público, na contraface daquelas que, num mundo com recursos escasso e limitados, simplesmente não o seriam.
>
> É nesse ponto, sobretudo, que a Lei Federal nº13.019/14 é tradutora de importantes avanços normativos, na medida em que busca parametrizar a transferência de recursos públicos às organizações da sociedade civil que se devotam à realização de atividades ou projetos sociais de interesse público, imprimindo um tratamento mais republicano ás verbas públicas eu lhe são repassadas, exigência esta que mais avulta em importância quando se em presente um cenário de parcas disponibilidades públicas financeiras.
>
> [...]
>
> Tem-se em tal terreno, com efeito, um apreciável avanço em matéria de celebração de ajustes cooperativos com o Terceiro Setor. A imposição de uma disciplina legal mais rígida, sistematizada, abrangente detalhista contribui para afastas uma já arraigada cultura de favorecimento às entidades filantrópicas topograficamente mais próximas dos agentes e decisores políticos, entremeada em cultura de clientelismo e de política de balcão que, longe de qualquer aspereza no que aqui se afirma, compõe, a todos os lados, o histórico repertorio de atuação das Administrações Públicas -nacional e subnacionais- brasileiras.
>
> No ponto, portanto, o Marco Regulatório das Organizações da So-

> ciedade Civil (MROSC) contempla avanço digno de reconhecimento e dos mais elevados elogios. A despeito de se vislumbrar aqui a verdadeira aplicação da fórmula dos pequenos passos, n sentido de que as mudanças de entendimento e de comportamento de administradores públicos vai levar ainda algum tempo para superar resistências já impregnadas na ideologia e no *modus operandi*, volta-se o MROSC para um novo alvo: tornar mais republicanas, ao cabo e ao resto, as relações de parceria travadas pela Administração com as entidades do Terceiro Setor.

A primeira normativa a prever um procedimento prévio de escolha de entidades do "terceiro setor" foi o diploma que dispõe sobre a qualificação de Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público que se atribui àquelas, mais especificamente o Decreto Federal n. 3.100/1999, instrumento normativo responsável por regulamentar a Lei n. 9.790/1999. O procedimento de escolha da OSCIP fora delineado no art. 23, do Decreto Federal n. 3.100/1999, o qual estabeleceu a faculdade de realização de concurso de projetos como precedente à formalização do termo de parceria para fins de constituição de vínculo de cooperação quanto ao fomento e execução de atividades de interesse público com essas entidades.

Oportuno destacar que o E. TCU[9] pronunciou-se, em diversas oportunidades, que seria uma faculdade a realização de concurso de projetos, inserindo,

9 Nesse sentido, *in verbis*:
80. Por fim, cabe assinalar a existência de previsão, no Decreto n.º 3.100/99, de escolha de Oscip por meio da publicação de edital de concursos de projetos. A previsão é uma faculdade conferida à Administração e não infirma a conclusão acerca da inaplicabilidade da Lei n.º 8.666/93 para a escolha de Oscip para a celebração de Termo de Parceria. Ao contrário, o Decreto, de forma muito correta, estabeleceu um método objetivo de seleção de Oscip para a firmatura de Termo de Parceria. Lamento somente que esse método impessoal só se aplique aos casos em que a Administração eleger, com base em critérios de conveniência e oportunidade. Assim, penso que se possa determinar, como sugere o Ministro Ubiratan Aguiar, em lugar de apenas recomendar, como fiz constar de minha proposta original, ao Ministério do Planejamento e à Casa Civil da Presidência da República que examinem a possibilidade de incluir no Decreto dispositivo que determine a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art.23 em toda e qualquer situação. [...] 9.4 determinar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e à Casa Civil da Presidência da República que avaliem a inclusão em normativo próprio de dispositivo que obrigue a aplicação do critério de seleção de Oscip previsto no art. 23 do Decreto nº 3.100/99 em toda e qualquer situação; (Acórdão n. 1.777/2005, Órgão Julgador Plenário, Julgado em 09/11/2005).
11. Portanto, a utilização do concurso de projetos é uma faculdade conferida ao administrador como forma de seleção da entidade com a qual será celebrado o Termo de Parceria. [...]
12. Verifica-se, assim, que embora esta Corte de Contas entenda ser mais consentâneo com o interesse público a utilização de concurso de projetos como forma de seleção de Oscips para a celebração de Termo de Parceria com ente público, a obrigatoriedade desse procedimento ainda depende de eventual regulamentação da matéria por parte dos entes governamentais apontados no dispositivo acima transcrito. Entendo, contudo, caber a prolação de recomendação no sentido de que o órgão observe as disposições do art. 23 do Decreto 3.100/1999 no caso de vir futuramente celebrar Termo de Parceria com alguma entidade qualificada como Oscip. (TCU Acordão n. 875/2007, 2ª Câmara, Julgado em 24/04/2007).

contudo, recomendações de alteração do texto legal, para fins de conferir maior clareza ao processo de escolha da entidade cooperada, em observância ao artigo 37 da Constituição Federal.

Atendendo a recomendação firmada pela Corte de Contas, por meio do Decreto Federal n. 7.568/2011 conferiu-se nova redação ao art. 23, hipótese em que a faculdade de realização de concurso de projetos para celebração de termo de parceria com OSCIP transformou-se em obrigatoriedade, *in verbis*:

> Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, deverá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultoria, cooperação técnica e assessoria.
>
> § 1º. Deverá ser dada publicidade ao concurso de projetos, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria, bem como no Portal dos Convênios a que se refere o art. 13 do Decreto no 6.170, de 25 de julho de 2007.
>
> § 2º. O titular do órgão estatal responsável pelo Termo de Parceria poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no caput nas seguintes situações:
>
> I - nos casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de Termo de Parceria pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento;
>
> II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou
>
> III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do Termo de Parceria já seja realizado adequadamente com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.
>
> § 3º. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

Inclusive, o regramento federal disciplinador das normas relativas à transferência de recursos da União mediante convênio e instrumentos congêneres (Decreto Federal n. 6.170/2007), também teve seu art. 4º alterado pelo Decreto Federal n. 7.568/2011, instituindo a regra geral de realização de seleção prévia das entidades privadas sem fins lucrativos quando da formalização de parceria, *in verbis*:

> Art. 4º. A celebração de convênio ou contrato de repasse com entidades privadas sem fins lucrativos será precedida de chamamento público a ser realizado pelo órgão ou entidade concedente, visando à seleção de projetos ou entidades que tornem mais eficaz o objeto do ajuste.
>
> § 1º. Deverá ser dada publicidade ao chamamento público, inclusive ao seu resultado, especialmente por intermédio da divulgação na primeira página do sítio oficial do órgão ou entidade concedente, bem como no Portal dos Convênios.
>
> § 2º. O Ministro de Estado ou o dirigente máximo da entidade da administração pública federal poderá, mediante decisão fundamentada, excepcionar a exigência prevista no caput nas seguintes situações:
>
> I - os casos de emergência ou calamidade pública, quando caracterizada situação que demande a realização ou manutenção de convênio ou contrato de repasse pelo prazo máximo de cento e oitenta dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação da vigência do instrumento;
>
> II - para a realização de programas de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer sua segurança; ou
>
> III - nos casos em que o projeto, atividade ou serviço objeto do convênio ou contrato de repasse já seja realizado adequadamente mediante parceria com a mesma entidade há pelo menos cinco anos e cujas respectivas prestações de contas tenham sido devidamente aprovadas.

Não se pode deixar de enfatizar que, como assinalado anteriormente, o Decreto Federal n. 7.568/2011 foi o instrumento normativo responsável pela instituição do Grupo de Trabalho, de composição paritária, entre representantes da Administração Pública Federal e das entidades sem fins lucrativos e com atuação nacional, cuja finalidade era avaliar, rever e propor aperfeiçoamentos na legislação federal que rege as parceiras ente a Administração Pública e as organizações da sociedade civil (arts. 5º e 6º), que culminou com a edição do projeto de lei pertinente ao Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil (Projeto de Lei n. 649/2011).

Oportuno destacar que no ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI n. 1.923/DF, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores e pelo Partido Democrático Trabalhista, cujo objeto era a declaração de inconstitucionalidade de toda a Lei n. 9.637/1998 e do inciso XXIV do art. 24 da Lei n. 8.666/1993, com a redação dada pela Lei n. 9.648/1998.

O Ministro Luiz Fux, relator da referida ADI e prolator do voto condutor, ressaltou que, por se cuidar de uma parceria entre o Poder Público e a Organização Social, cujo objeto é a conjugação de esforço para o atingimento de um objetivo comum (realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia), portanto, não havendo contraprestações, seria inaplicável o art. 37, XXI, da CF, que exige a realização de um procedimento licitatório para formalização de um contrato administrativo. Todavia, ante o fato de não haver disponibilidade financeira por parte do Poder Público para fins de formalização de parceria com todas as OS's, recomendou-se, em nome dos primados consagrado no *caput* do art. 37, da CF, que a escolha da entidade fosse precedida de um procedimento público.[10]

Constata-se, dessa forma, que a adoção do procedimento de chamamento público como regra geral para fins de formalização de parceira entre a Administração Pública e as organizações da sociedade civil decorre de um movimento jurídico preocupado com a própria eficiência na aplicação dos recursos públicos, garantindo-se a transparência e o respeito aos princípios da publicidade, da legalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficiência.

O chamamento público no MROSC vem definido no art. 2º, XII como sendo o

---

10 O julgado ficou com a seguinte ementa, *in verbis*:
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TERCEIRO SETOR. MARCO LEGAL DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS. LEI Nº 9.637/98 E NOVA REDAÇÃO, CONFERIDA PELA LEI Nº 9.648/98, AO ART. 24, XXIV, DA LEI Nº 8.666/93. [...] IMPOSSIBILIDADE DE EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO PARA OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS COM TERCEIROS. OBSERVÂNCIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA (CF, ART. 37, CAPUT). [...]
[...]
11. A previsão de competência discricionária no art. 2º, II, da Lei nº 9.637/98 no que pertine à qualificação tem de ser interpretada sob o influxo da principiologia constitucional, em especial dos princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). É de se ter por vedada, assim, qualquer forma de arbitrariedade, de modo que o indeferimento do requerimento de qualificação, além de pautado pela publicidade, transparência e motivação, deve observar critérios objetivos fixados em ato regulamentar expedido em obediência ao art. 20 da Lei nº 9.637/98, concretizando de forma homogênea as diretrizes contidas nos inc. I a III do dispositivo.
12. A figura do contrato de gestão configura hipótese de convênio, por consubstanciar a conjugação de esforços com plena harmonia entre as posições subjetivas, que buscam um negócio verdadeiramente associativo, e não comutativo, para o atingimento de um objetivo comum aos interessados: a realização de serviços de saúde, educação, cultura, desporto e lazer, meio ambiente e ciência e tecnologia, razão pela qual se encontram fora do âmbito de incidência do art. 37, XXI, da CF.
13. Diante, porém, de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, no qual o contrato de gestão firmado com uma entidade privada termina por excluir, por consequência, a mesma pretensão veiculada pelos demais particulares em idêntica situação, todos almejando a posição subjetiva de parceiro privado, impõe-se que o Poder Público conduza a celebração do contrato de gestão por um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, por força da incidência direta dos princípios constitucionais da impessoalidade, da publicidade e da eficiência na Administração Pública (CF, art. 37, caput). [...]. (STF, Órgão Julgador Plenário, Rel. Min. Luiz Fux, DJe n. 254, Divulgado em 16.12.2015 e Publicado em 17.12.2015).

procedimento destinado a selecionar OSC para firmar parceria, por meio de termo de colaboração ou de fomento, no qual se garanta a observância dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Embora a normativa do MROSC tenha expressamente afastado a aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993, nos termos do art. 84, fato é que conceitualmente falando a definição de chamamento público se mostra muito vinculada às bases e objetivos de um certame licitatório (OLIVEIRA, 2017, p. 307).

Trata-se, portanto, de um procedimento que tem dupla finalidade, quais sejam, (**a**) assegurar que todas as OSC's interessadas em celebrar parceria com o Poder Público participem do processo de escolha, com a prevalência dos princípios da isonomia, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos; e (**b**) selecionar a entidade que, no caso concreto, demonstra maior aptidão para execução de um interesse social, evitando-se que a escolha se dê com base em interesses pessoais e preferências políticas e ideológicas.

Não se pode deixar de mencionar que a realização de chamamento público demanda a coexistência de 03 (três) pressupostos lógicos, quais sejam, (**a**) pressuposto lógico, identificado pela existência de pluralidade de OSC's que tenham por objetivo a promoção de atividades e finalidades de interesse público e social, (**b**) pressuposto jurídico, já que, por não ser um fim em si mesmo, aquele deve se constituir no meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover (atender ao interesse público), e (**c**) pressuposto fático, que é a existência de mais de uma OSC potencialmente interessada em firmar parceria com Administração Pública, associando-se ao fato de que a Administração se encontre impossibilitada de celebrar termo de fomento ou termo de colaboração com todas as organizações.

Assim, o chamamento público terá lugar nas situações em que existir mais de uma OSC potencialmente interessada em firmar parceria com Administração, e esta última se encontra impossibilitada de celebrar termo de fomento ou de colaboração com todas, conjugada com possibilidade de competição, a fim de que a escolha administrativa recaia sobre proposta mais vantajosa (aquela que melhor atende ao interesse público e, em última instância, coletividade).

E dentro desse aspecto, nos termos do art. 8º, do Decreto Federal n. 8.726/2016, diploma regulamentador do MROSC em âmbito da Administração Pública Federal, o chamamento público poderá selecionar mais de uma proposta, desde que haja previsão nesse sentido no instrumento editalício.

Aliás, assim é a disposição do art. 24, *caput*, da Lei Federal n. 13.019/2014, com redação conferida pela Lei Federal n. 13.204/2015:

> Art. 24. Exceto nas hipóteses previstas nesta Lei, a celebração de termo de colaboração ou de fomento será precedida de chamamento público voltado a selecionar organizações da sociedade civil que tornem mais eficaz a execução do objeto.

Oportuno destacar que o procedimento dessa seleção prévia vem descrito nos arts. 23 a 28, da Lei n. 13.019/2014.

Todavia, a regra da obrigatoriedade de chamamento público não tem caráter absoluto, até porque o art. 37, XXI, da CF, conferiu ao legislador infraconstitucional a possibilidade de disciplinar as hipóteses de formalização direta de parceria com OSC.

Seguindo referida sistemática, a Lei n. 13.019/2014 dispõe sobre o assunto, regulamentando os institutos do chamamento dispensado, dispensável e inexigibilidade, nos termos dos arts. 29, 30 e 31, respectivamente, os quais estabelecem requisitos específicos que, corretamente atendidos pela Administração Pública, autorizam a celebração de termo de fomento e de colaboração, devendo-se estar atento que o objeto do presente artigo se limita à análise da hipótese contida no art. 30, VI do MROSC.

5. DA DISPENSA DE CHAMAMENTO PÚBLICO COM FUNDAMENTO NO INCISO VI DO ART. 30 DA LEI N. 13.019/2014

Prefacialmente, cumpre destacar que a dispensa contempla hipóteses em que o chamamento público seria possível; entretanto, razões de tomo justificam que se deixe de efetuá-la em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida.

Esse é o elemento que diferencia a dispensa de chamamento público das hipóteses de inexigibilidade e de chamamento público dispensado, já que na inexigibilidade há inviabilidade de competição dada a singularidade da natureza do objeto da parceira ou pelo fato de as metas qualitativas (natureza das prestações exigidas) ou quantitativas (volume das prestações exigidas) somente serem passíveis de cumprimento por uma OSC específica, ao passo que no chamamento público dispensado o legislador deixou expressamente consignado que não haverá chamamento, inexistindo, portanto, margem de discricionariedade de opção.

O art. 30, da Lei n. 13.019/2014, enumera as hipóteses de dispensa de chamamento público, *in verbis*:

> Art. 30. A administração pública poderá dispensar a realização do chamamento público:
>
> I - no caso de urgência decorrente de paralisação ou iminência de paralisação de atividades de relevante interesse público, pelo prazo de até cento e oitenta dias;

> II - nos casos de guerra, calamidade pública, grave perturbação da ordem pública ou ameaça à paz social;
>
> III - quando se tratar da realização de programa de proteção a pessoas ameaçadas ou em situação que possa comprometer a sua segurança;
>
> IV - (vetado);
>
> V - (vetado);
>
> VI - no caso de atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

Faz-se mister ressaltar que o referido dispositivo teve sua redação alterada pela Lei n. 13.204/2015, cuidando-se de Emenda n. 07 à Medida Provisória n. 658/2014, sob a fundamentação de que a Lei n. 13.019/2014 deveria ser aprimorada "*no sentido de assegurar a não interrupção e a prestação de serviços importantes e essenciais para a população, como os são aqueles das áreas de saúde, assistência social e educação*", os quais, dada a sua natureza continuada, "*não podem sofrer descontinuidade*".

Na forma do disposto no inciso VI do art. 30 da Lei n. 13.019/2014, a Administração Pública poderá dispensar a realização de chamamento público no caso de atividade voltada ou vinculada a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política.

A primeira observação a ser feita é a de que a presente hipótese deve ser interpretada restritivamente, somente sendo passíveis de alteração mediante atuação legislativa.

O segundo ponto a ser enfatizado é que o ente público deve ser dotado de competência para executar a atividade voltada ou vinculada à saúde, assistência e trabalho.

A título exemplificativo, cita-se a Lei n. 8.742/1993, diploma legal que dispõe sobre a organização da Assistência Social, que em seu art. 5º, I, informa que a organização da assistência social tem como diretriz a descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e comando único das ações em cada esfera do governo. Mais adiante, em seu art. 11, estabelece que as ações das três esferas de governo dar-se-ão de forma articulada, ficando à esfera federal a coordenação e a edição de normas gerais, ao passo que as atribuições de coordenação e execução dos programas afetas aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

Com a descentralização dos serviços de assistência social – transferência da gerência, da execução de ações e da prestação de serviços para instâncias de

gestão e decisão mais próximas dos usuários e beneficiários –, quando da identificação da competência dos entes da Federação, a Lei n. 8.742/1993 deixou expressamente consignado que, com relação à prestação de serviços assistenciais, assim entendidas as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações, voltadas para as necessidades básicas, observem os objetivos, princípios e diretrizes estabelecidos na LOAS (art. 23), sua execução estaria a encargo dos Municípios (art. 15, V), sendo que essa dar-se-ia pelo Estado-membro quando os custos ou ausência de demanda municipal justificassem uma rede regional de serviços, desconcentrada, no âmbito do respectivo Estado (art. 13, V).

Assim, tem-se que a União não é dotada de competência para prestar serviços socioassistenciais, ao passo que ao Estado cabe à execução de forma regionalizada, razão pela qual o primeiro não é dotado de competência para formalização de termo de colaboração, e o segundo poderá formalizar a parceria para descentralização da execução regionalizada da atividade socioassistencial.

A terceira observação refere-se ao fato de que, para fins de formalização de termo de fomento, jamais será possível recorrer-se ao retro dispositivo legal para justificar a não realização de chamamento público. Isso porque, nos termos do art. 2º, § 1º, do Decreto Federal n. 8.726/2016, o referido instrumento somente poderá ter como objeto um projeto (conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto destinado à satisfação de interesses compartilhados pela administração pública e pela organização da sociedade civil), ou seja, seu objetivo será "*incentivar projetos desenvolvidos ou criados por essas organizações*".

Dessa forma, considerando que o art. 30, VI, da Lei n. 13.019/2014, excepcionou do chamamento tão-somente as atividades voltadas ou vinculadas a serviços de educação, saúde e assistência social, desde que executadas por organizações da sociedade civil previamente credenciadas pelo órgão gestor da respectiva política, bem como a regra constante no art. 2º, §2º, do Decreto Federal n. 8.726/2016, conclui-se que a dispensa disciplinada no dispositivo legal em análise somente será na hipótese de celebração de termo de colaboração, por ser esse o único instrumento que, em havendo transferência de recurso, poderá ter como objeto da parceria a execução de uma atividade parametrizada pela administração pública.

O credenciamento previsto no inciso VI do art. 30 da Lei n. 13.019/2014 se distancia do sentido conferido pela doutrina e jurisprudência, que o definem como hipótese de inexigibilidade de licitação, ocorrendo quando a Administração pretende contratar, de forma igualitária, todos os interessados que atendam às condições previamente estabelecidas para a satisfatória prestação do serviço de que necessita o Poder Público. Na verdade, o referido instituto se aproxima mais do sentido de cadastramento, constante no art. 34, da Lei n. 8.666/1993.

Conforme enfatizado anteriormente, grande parte das parcerias formalizadas com entidades do "terceiro setor" está afeta à execução de atividade voltada/vinculada à saúde, à educação e à assistência social. Assim, indaga-se: em havendo organizações da sociedade civil previamente credenciadas, a Administração Pública poderá dispensar o chamamento público?

Tourinho (2016) entende que o chamamento público caso somente poderá ser dispensado com fundamento no art. 30, VI, da Lei n. 13.019/2014, quando a Administração Pública dispuser de recursos suficientes para formalizar parceria com todas as organizações de sociedade civil previamente credenciadas naquela atividade e que possuam interesse em formalizar determinada parceria.

A douta mestre apresenta como raciocínio de defesa de sua tese a decisão proferida pela Corte Suprema quando da análise de constitucionalidade da Lei Federal n. 9.637/1998 (ADI 1.923/DF), onde ficou assentado que a celebração de contrato de gestão com a organização social, em face de um cenário de escassez de bens, recursos e servidores públicos, deverá ser precedido de um procedimento público impessoal e pautado por critérios objetivos, em razão da incidência direta dos primados consagrados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, mais especificamente os da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Ressalta que, muito embora a referida decisão colegiada verse sobre contratos de gestão firmados com organizações sociais, a *ratio decidendi* extraída daquela (impossibilidade de a Administração Pública, por motivo de escassez de bens e recursos públicos, formalizar parceria com todas as entidades privadas interessadas, motivo pela qual a seleção da parceira privada deve ser realizada a partir de procedimento público impessoal, pautado em critérios objetivos) aplica-se a todos os ajustes negociais de natureza similar, a exemplo do que acontece com o termo de colaboração, instituído pela Lei n. 13.019/2014.

Por fim, a ilustre doutrinadora destaca que essa conclusão é reforçada pelo regramento constante no art. 32, da Lei n. 13.019/2014, o qual exige justificativa em caso de ausência do chamamento público, tanto na hipótese de dispensa como em situação de inexigibilidade.

Não restam dúvidas de que a redação do inciso VI do art. 30 do MROSC já vem sendo alvo de preocupação, tendo sido suscitado por Clair de Oliveira (2016, p. 146) o seguinte:

> A hipótese de dispensa contida no inciso VI nos preocupa bastante, pois a lei define que basta estar credenciado para que o chamamento seja dispensado. O que isso significa? Poderemos entender que o credenciamento já definiu os critérios de seleção da parceria e por esse motivo o chamamento poderá ser dispensado? Em outras palavras, o processo de credenciamento é que teve toda a publicidade necessária para que os interessados se habilitem? Certamente o regulamento tratará dessa questão, mas o administrador deverá ter muito cuidado com as regras, para que não se caracterize favoritismo.

Muito embora a dispensa contempla hipóteses em que o chamamento público seria possível, sendo que, por razões de tomo, o ordenamento jurídico assegurou a sua não realização em nome de outros interesses públicos que merecem acolhida, havendo, portanto, um juízo de conveniência e oportunidade por parte da Administração Pública quando do seu exercício, não restam dúvidas de que o administrador deverá motivar o ato de dispensa de chamamento, conforme preceitua o art. 32, da Lei n. 13.019/2014.

Não restam dúvidas de que os princípios formais atribuem uma carga argumentativa em favor de outros primados, fornecendo razões para a obediência de outras normas. Dessa forma, quando diante de um caso concreto, ao efetuar a ponderação dos primados, o aplicador do direito, no caso em apreço o administrador público, deverá apurar peso dos princípios incidentes e concretizar o primado com maior peso. Nas precisas palavras de Martins (2010, p. 39-40; 44):

> Na ponderação, é fundamental saber se o princípio incidente deve ser considerado autonomamente, vale dizer, com peso abstrato (P1), ou deve ser considerado juntamente com o peso de um ou mais princípios formais (P1 + PF1 + PF2 + PFn). [...] os princípios formais [...] se dividem em duas classes, os princípios formais fundamentais e os princípios formais especiais.
>
> Os princípios formais fundamentais garantem a competência normativa ou, mais precisamente, a *discricionariedade* – entendida como a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito, tendo em vista a melhor forma de realizar o interesse público – e a liberdade – entendida como a possibilidade de escolher entre duas ou mais alternativas igualmente admitidas pelo Direito, tendo em vista a realização dos próprios interesses. [...]
>
> Em resumo: os *princípios formais fundamentais* garantem o exercício da competência normativa pelos centros normativos dotados ou de *discricionariedade* ou de *liberdade*. Eles estabelecem que as *ponderações* efetuadas devem ser mantidas. Há, portanto, cinco princípios formais fundamentais: o princípio garantidor da discricionariedade do constituinte originário, do constituinte derivado, do legislador, do ad¬ministrador e da liberdade do particular.

Dessa forma, a Administração Pública deverá colacionar as razões de fato que a nortearam na aplicação do regramento constante no art. 30, VI, da Lei n. 13.019/2014, demonstrando que o objeto da parceria será a execução de uma atividade vinculada ou voltada à assistência social, saúde e educação, cuja OSC encontra-se previamente credenciada junto ao órgão gestor da política pública, e a descontinuidade da oferta pela entidade apresentará dano mais gravoso à

integridade do beneficiário do serviço, inclusive recomendando-se a emissão de parecer técnico fundamentado nesse sentido. Isso porque, nas precisas palavras de Martins (2016):

> [...] a discricionariedade não admite a arbitrariedade: deve o agente buscar, sempre, a melhor forma de realizar o interesse público. Tanto a liberdade como a discricionariedade pressupõem a prévia interpretação: se na interpretação, o sistema normativo exige uma certa solução, inexiste escolha volitiva e, pois, discricionariedade ou liberdade.

Diante do explanado, conclui-se inexistirem dúvidas de que, se a escolha do administrador se deu dentro dos parâmetros de razoabilidade, nenhuma ilegalidade haverá por força do princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa, isto é, o princípio formal que dá primazia à ponderação administrativa garante a discricionariedade da Administração. Todavia, caso a referida atividade pode ser executada por qualquer das OSC's credenciadas de forma eficiente e célere, sem comprometimento de sua prestação, deve a Administração Pública primar pela realização do chamamento público.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei n. 13.019/2014 teve por finalidade imediata a construção de um marco regulatório dos ajustes celebrados entre a administração pública e organizações da sociedade civil, tendo-se o chamamento público como uma das maiores e mais importantes inovações introduzidas com o Marco Regulatório da Organização da Sociedade Civil porquanto inúmeros fatores sociopolíticos enfatizaram a urgência na adoção de critérios específicos, públicos, objetivos e impessoais para seleção da organização da sociedade civil.

Não restam dúvidas de que a impossibilidade de a Administração Pública, por motivo de escassez de bens e recursos públicos, formalizar parceria com todas as entidades privadas interessadas, exige que a seleção da parceira privada seja realizada a partir de procedimento público impessoal, pautado em critérios objetivos, recomendando-se a realização de chamamento público.

Por esse motivo, quando do exercício do direito consagrado no art. 30, VI, da Lei n. 13.019/2014, a Administração Pública deverá colacionar as razões de fato que a nortearam na aplicação do referido regramento legal, demonstrando que o objeto da parceria será a execução de uma atividade vinculada ou voltada à assistência social, saúde e educação, cuja OSC parceira está previamente credenciada junto ao órgão gestor da política pública e que a descontinuidade da oferta pela entidade apresentará dano mais gravoso à integridade do beneficiário do serviço, inclusive recomendando-se a emissão de parecer técnico fundamentado nesse sentido.

7. CONCLUSÃO: PROPOSIÇÃO

Conclui-se o presente trabalho apresentando como proposição a necessidade de ser, em regra, realizado o chamamento público quando da celebração de parceria com organização da sociedade civil, devendo o gestor, devidamente amparado por parecer técnico identificador de possível dano à integridade do destinatário do serviço da área de saúde, assistência social e educação, apresentar os motivos fáticos no caso de opção pela dispensa do processo seletivo com fundamento no art. 30, VI, da Lei n. 13.019/2014.

REFERÊNCIAS

FORTINI, Cristiana; CUNHA, Luana Magalhães de Araújo; PIRES, Priscila Gianetti Campos. O Regime Jurídico das Parcerias Voluntárias com as Organizações da Sociedade Civil: inovações da Lei nº 13.019/2014. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 59-85.

LOPES, Laís de Figueiredo. Novo regime jurídico da Lei nº 13.019/2014 e do Decreto Federal nº 8.726/2016: Construção, aproximações e diferenças das novas relações de fomento e de colaboração com o Estado com Organizações da Sociedade Civil. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 27-57.

MÂNICA, Fernando Borges. Objeto e natureza das parcerias sociais: limites para a execução privada de tarefas estatais e o novo Direito do Terceiro Setor. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 109-133.

_____, Fernando Borges. Revendo os convênios com o terceiro setor: o que mudou a partir da Lei nº 13.019/14. **Revista de Direito do Terceiro Setor**, Belo Horizonte, ano 11, n. 21, p. 131-145, jan./jun. 2017.

MANGUEIRA, Carlos Otaviano de Medeiros. Chamamento Público. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 143-165.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Abuso de direito e a Constitucionalização do Direito Privado**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Ricardo Marcondes. Acesso à informação nas parcerias voluntárias. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 263-298.

_____, Ricardo Marcondes. **Teoria dos princípios formais**. Direito do Estado, Bahia, 16 abr. 2016. Disponível em: < http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/ricardo-marcondes-martins/teoria-dos-principios-formais>. Acesso em: 20 jun. 2018.

MODESTO, Paulo. As organizações sociais no Brasil após a decisão do Supremo Tribunal Federal na ação direta de inconstitucionalidade 1.923, de 2015. In: FUX, Luiz; MODESTO, PAULO; MARTINS, Humberto F. **Organizações Sociais após a decisão do STF na ADI 1923/2015***.* Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____, Paulo. Parcerias Público-Sociais em Transformação. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 13-23.

MORO, Rosangela Wolff. **Regime Jurídico das Parcerias das Organizações da Sociedade Civil e a Administração Pública**: Lei nº 13.019/14. São Paulo: Matrix, 2016.

MURARO, Leopoldo Gomes. Termo de Colaboração e Termo de Fomento. In: MENDES, Michelle Diniz (Coord.). **Marco Regulatório das Organizações da Sociedade Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 45-86.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Administração pública, concessões e terceiro setor***.* 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

Oliveira, Rafael Arruda. O chamamento público na Lei Federal nº 13.019/14: procedimento legal, avanços e retrocessos. In: MOTTA, Fabrício; MÂNICA, Fernando Borges; OLIVEIRA, Rafael Arruda (Coords.). **Parcerias com o terceiro setor**: As inovações da Lei nº 13.019/14. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 299-321.

TOURINHO, Rita. **O Chamamento Público e os Ajustes Diretos Firmados com Organizações de Sociedade Civil**: A Interpretação Sistemática da Lei n. 13.019/14. Direito do Estado, Bahia, 16 abr. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/rita-tourinho/o-chamamento-publico-e-os-ajustes-diretos-firmados-com-organizacoes-de-sociedade-civil-a-interpretacao-sistematica-da-lei-n-1301914>. Acesso em: 30 jun. 2018.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a administração pública***:* Uma análise crítica. Atualizado conforme a lei das OSC – Organizações da Sociedade Civil (lei 13.019/2014) e a decisão do STF na ADIn 1.923 sobre a Lei 9.637/98. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BENS PÚBLICOS E CEDÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS – A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO ACRE COM A ALIENAÇÃO DE IMÓVEIS DOMINICAIS, SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO.

Daniela Marques Correia de Carvalho [1]

RESUMO

Este artigo foi desenvolvido a partir de um caso concreto enfrentado pela Procuradoria do Estado do Acre relacionado à consulta formalizada por órgão público estadual referente à possibilidade legal do ente público alienar, com encargo, em favor de ente municipal, bem dominial de seu acervo patrimonial, ainda passível de regularização imobiliária em seu nome.

Palavras-Chave: Direito Administrativo. Imóveis Públicos. Bens Dominicais. Ausência de Registro Imobiliário. Alienação Gratuita com Encargo. Cedência de Direitos Possessórios. Regime de Aleinação Instituído pela Lei Federal N.º 8.666/93. A Posse e seu Valor Econômico.

1. INTRODUÇÃO

Considerando as particularidades da atuação dos advogados públicos e a temática do XLIV Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal, "Advocacia Pública – consensualidade e desenvolvimento", que se realizará no período de 19 a 21 de setembro de 2018 no Estado da Bahia, o presente artigo científico tem por finalidade apresentar o fundamento legal e os resultados positivos obtidos pelo Estado do Acre com a cessão de direitos possessórios de imóveis estaduais dominicais, sem registro imobiliário, ao Município de Rio Branco, com o encargo de implantação de escritórios regionais da prefeitura municipal, objetivando manter nesses imóveis desocupados regular destinação de uso de interesse público, evitando que fiquem entregues à ociosidade, suscetíveis a invasões e à dilapidação que acarretariam infringência ao dever de conservação do patrimônio público previsto no artigo 23[2], inciso I, da Constituição Federal.

A questão é abordada com a intenção de compartilhar e difundir novas ideias e possibilidades para a melhor destinação de uso do acervo patrimonial público sem utilização, notadamente após a crise econômica que atingiu o Brasil nos úl-

1 Procuradora do Estado do Acre. Lotada na Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, graduada Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Presidente Prudente, mantida pela Instituição Toledo de Ensino, especialista em direito processual civil pela Universidade Candido Mendes. E-mail: danielamcc76@gmail.com.

2 Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público.

timos anos, com significativa redução de investimentos nas áreas de atuação da administração pública, com reflexos diretos na conservação dos bens públicos.

No âmbito do Estado do Acre, a crise econômica, agravada pela redução dos repasses mantidos pelo governo federal para desenvolvimento das políticas públicas implantadas no estado, tem levado vários órgãos estaduais a solicitar a abertura de procedimento administrativo tendo por objetivo a devolução e desafetação de imóveis que anteriormente sediavam repartições públicas e que, por essa razão, estavam classificados como bens de uso especial, fato esse preocupante e desafiador para os procuradores de estado que atuam nas especializadas do patrimônio imobiliário, notadamente quando esses bens não são imediatamente afetados à outra destinação de uso por falta de órgãos e entidades públicas interessadas na sua utilização.

Ademais, não pode haver conformação de qualquer agente público quanto ao tema da ociosidade dos bens públicos e as reiteradas matérias jornalísticas[3] veiculadas na mídia nacional, relacionadas à inadequada fiscalização quanto ao uso e destinação desse acervo patrimonial, servem de alerta para intensificar o debate da questão no âmbito da advocacia pública, com o propósito de que sejam estabelecidas diretrizes para seu melhor aproveitamento.

O histórico precedente que levou à conclusão pela cedência de direitos possessórios - com dispensa de procedimento licitatório – como hipótese de alienação entre entes públicos, fundamentada na necessidade de assegurar adequada destinação de uso desse acervo patrimonial estadual, refere-se aos casos concretos submetidos à emissão de parecer em Procedimentos Administrativos[4] autuados no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Acre, por sua procuradoria especializada, Procuradoria do Patrimônio Imobiliário, servindo de referência para o presente artigo o procedimento autuado após recebimento de ofício encaminhado pela Secretaria de Estado de Segurança Pública, o qual noticiava a disponibilização para novo uso de cinco imóveis anteriormente utilizados como postos policiais.

Recebida a solicitação administrativa, verificou-se que Estado do Acre não detinha o domínio pleno[5] desses imóveis, uma vez ausente o registro imo-

3 https://www.metropoles.com/brasil/predio-que-desabou-nao-estava-na-programacao-de-vendas-da-uniao; https://www.dm.com.br/opiniao/2017/12/os-predios-publicos-abandonados.html; https://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/orgaos-publicos-se-mobilizam-para-fiscalizar-situacao-de-predios-abandonados-em-maceio.ghtml; http://www.agazeta.net/cotidiano/15161-predios-publicos-continuam-abandonados-na-capital todos os acessos em 28.05.2018.

4 Parecer PGE/PPI nº 08/2016, lançado no Procedimento PGE/AC n.º 2005.02.1387. Parecer n.º 18/2017, lançado no Procedimento PGE/AC n.º 2017.02.000764.

5 Art. 1245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.
§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel. A propriedade somente é transferida mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis (da Lei federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)

biliário em seu nome perante o cartório imobiliário competente, no entanto, exercia o ente público de forma mansa, pacífica e ininterrupta a posse *ad usucapionem*[6] sobre esses bens, caracterizada como a posse que se prolonga por determinado lapso de tempo estabelecido na lei, deferindo a seu titular a aquisição do domínio.

Os imóveis que anteriormente sediavam esses postos policiais estão situados em zonas urbanas de importante destaque em bairros da periferia e, uma vez desocupados pela Secretaria de Segurança Pública, passaram a ser qualificados como bens dominicais, no entanto, diante da falta de órgãos públicos interessados não puderam ser destinados a novas unidades gestoras no âmbito estadual.

A condição de estarem ainda submetidos a procedimento de regularização imobiliária dificulta a captação de recursos federais junto aos Ministérios da República para custear as despesas com reformas desses prédios públicos, visando instalação de novas sedes da administração e mesmo a execução de políticas públicas, se elencadas as exigências para celebração de convênios, sempre condicionada à prévia apresentação de título de domínio do imóvel, isso porque, segundo preceitua o artigo 1.245, da Lei federal n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil, 2002), a propriedade somente é transferida mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

Não obstante a necessidade de prévia declaração da aquisição da propriedade via usucapião extraordinário[7] em favor do Estado do Acre, vigora em favor do próprio entre federado a previsão do artigo 35, do Decreto-Lei n.º 3.365/41, a qual estabelece que os s bens expropriados, uma vez incorporados à Fazenda Pública, não podem ser objeto de reivindicação, ainda que fundada em nulidade do processo de desapropriação. Qualquer ação, julgada procedente, resolver-se-á em perdas e danos.

Nesse contexto, é plausível e inconteste de dúvidas a possiblidade de regularização imobiliária desse acervo patrimonial em nome do Estado do Acre, seja pela via usucapião extraordinário ou mesmo pela configuração do apossamento administrativo (expropriação indireta), sem possibilidade de reversão desses bens ao patrimônio de particulares reivindicantes.

Ocorre que, como dito, a regularização imobiliária desse acervo patrimonial está condicionada à prévia conclusão de complexo procedimento de regularização das áreas públicas estaduais localizadas no Município de Rio Branco, iniciado pelo Instituto de Terras do Acre – ITERACRE, autarquia criada pela Lei estadual n.º 1.373, de 02 de março de 2001, por ser o responsável pela polí-

6 É, em suma, aquela capaz de gerar o direito de propriedade.

7 O Código Civil de 2002 reduziu o prazo do usucapião extraordinário para 15 anos (art. 1.238, caput), prevendo, ainda, a possibilidade de aplicação do prazo de 10 (dez anos) nos casos em que o possuidor tenha estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

tica agrária do Estado, competindo-lhe executar e promover a regularização, ordenação e reordenação fundiária rural, a utilização das terras públicas e devolutas, cadastramento rural e a mediação de conflitos pela posse da terra, conforme verificaremos de forma detalhada no capítulo seguinte, no entanto, não é pertinente ao ente público deixar esses bens ociosos até a regular aquisição do domínio pleno, quando então passará à condição de proprietário, visto que atualmente apenas ostenta a condição de possuidor de boa fé.

Sendo desafiador o relatório fático submetido à consulta, sobreveio a questão: Como viabilizar a utilização desses bens públicos, ainda passíveis de regularização imobiliária, de maneira que não ficassem entregues à ociosidade diante da própria falta de recursos financeiros para custear as despesas com sua vigilância, impedindo invasões e a depredação do próprio patrimônio público?

Nesse ponto, cumpre também destacar que o Estado do Acre, mesmo com as recomendações e projetos minutados no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado, não dispõe de um normativo geral que especifica os requisitos objetivos que autorizariam a conferência de uso de seu patrimônio ocioso para desenvolvimento de parcerias com particulares, notadamente entidades sem fins lucrativos, com vistas à execução de projetos sociais para o bem da coletividade, legislação autorizativa essa que muito contribuiria para o melhor aproveitamento desse acervo disponível, resguardando-se, dessa forma, a impessoalidade, até que esses bens pudessem ser novamente afetados pelo ente público, passando à condição de bens de uso especial.

Não restava alternativa senão obter uma solução legal, eficaz e proativa que assegurasse uma nova destinação de interesse público a esses bens, mesmo diante da escassez de recursos públicos.

Após inúmeras reuniões e articulações da procuradoria do patrimônio imobiliário para viabilizar parcerias com entidades públicas, sempre tendo como vetor o interesse público, sobreveio tratativa com o Município de Rio Branco que, por sua vez, manifestou interesse na utilização desse acervo patrimonial para implantação de escritórios regionais, com recursos municipais próprios, objetivando promover as atividades sociais necessárias à resolução e mediação de conflitos para o bem da comunidade na qual os respectivos imóveis estão inseridos. Vale lembrar que anteriormente esses imóveis sediavam postos policiais estrategicamente localizados nos bairros da periferia e, por essa razão, não se mostrava conveniente a sua alienação onerosa, naquela oportunidade, em procedimento licitatório.

Para tanto, pleiteou a municipalidade a alienação gratuita dos bens imóveis que compõem esse acervo patrimonial, ainda passível de regularização imobiliária, para plena execução do projeto e início das obras, tendo como fundamento a assertiva de que a medida é de interesse público e está incluída nas competências do ente municipal, na medida em que os bens públicos são atribuídos

ao Estado para fins de sua proteção e para fruição democrática e adequada de sua utilidade.

Com razão, adverte Marçal Justen Filho[8] ao aludir a uma espécie de *função social dos bens públicos*, similar àquela que se reconhece relativamente ao patrimônio privado, "não se pode admitir a ociosidade de bens públicos, mesmo dominicais", cumpre ao Estado "aplicar todos os seus recursos móveis e imóveis para promover o desenvolvimento, incentivar as atividades econômicas e assegurar a obtenção de recursos para implantar e desenvolver um amplo conjunto de atividades necessárias ao bem-estar da comunidade".

Verificadas as disposições da Lei federal n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública, não se extrai do artigo 17, que regulamente as alienações do patrimônio público, permissivo legal específico em relação à cedência de direitos possessórios, daí porque o presente artigo indica as bases legais que legitimam, em tese, a alienação gratuita dos bens públicos nessa condição possessória, apontando peculiaridades da legislação estadual, para se concluir que a alienação autorizada pela norma geral não se refere apenas ao direito real de propriedade, mas também ao direito pessoal que decorre do exercício da posse.

Com a finalidade de facilitar a conclusão do presente estudo, o regime legal instituído para a alienação de bens públicos, tanto pelo ordenamento quanto pela doutrina, será apresentado de forma sucinta e introdutória.

2. DESAFIOS DO ESTADO DO ACRE COM A QUESTÃO DA REGULARIZÇÃO IMOBILIÁRIA DE SEU ACERVO PATRIMONIAL IMOBILIÁRIO

Para se compreender a razão pela qual o Estado do Acre ainda detém em seu acervo patrimonial bens imóveis submetidos à regularização imobiliária no Município de Rio Branco, inicialmente é necessário o adequado conhecimento da própria formação histórica da cidade de Rio Branco e seu reflexo no processo de titulação das áreas públicas e privadas aí localizadas, cuja origem remonta à chegada do seringalista Neutel Newton Maia[9], subindo o Rio Acre com seus trabalhadores para fundar um seringal no território ocupado pelos índios Apurinã, naquela época, localizado dentro do território boliviano.

Em 28 de dezembro de 1882, eles ancoraram seus barcos nas margens do Rio Acre, aos pés de uma gameleira. No local foi implantado um seringal à margem direita do Rio Acre com o nome *Volta da Empreza*, onde hoje se denomina

8 *JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo: 9ª edição.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1104.

9 Neutel Newton Maia nasceu no dia 24 de dezembro de 1860, na cidade de Áreas – Ceará. Único filho homem do casal Francisco Alves Maia e Constança Ferreira Maia e irmão de Maria da Conceição e Ana, assim como grande parte dos nordestinos foi vítima da grande seca de 1877-1878.

Segundo Distrito. À margem esquerda do Rio posteriormente foi instalado outro seringal, com o nome de *Empreza*.

Segundo consta dos levantamentos realizados pelo Instituto de Terras do Acre - ITERACRE, compilados pelo Procurador Jurídico Francisco Costa do Nascimento[10]:

> "O seringal Empresa foi fundado por Neutel Newton Maia em 1882, dentro de território boliviano. Em 1895 Neutel Maia requereu ao Governo do Estado do Amazonas o título definitivo da área desse seringal, tendo aquele Estado lhe outorgado o título definitivo de uma área com 1.868 hectares, em 28 de agosto de 1895. Desde essa época até por volta de 1912, o Estado do Amazonas expediu vários títulos definitivos.
>
> Em 13 de novembro de 1903, o seringalista vende o Seringal Empresa para João Rodrigues Parente. Quatro dias depois, em 17 de novembro de 1903, o Acre é incorporado ao Brasil pelo Tratado de Petrópolis, o qual em seu art.2º diz que:
>
> 'Artigo II. A transferência de territorios resultante da delimitação descripta no artigo precedente compreende todos os direitos que lhes são inherentes e a responsabilidade derivada da obrigação de manter e respeitar os direitos reais adquiridos por nacionaes e estrangeiros segundo os princípios do direito civil.'
>
> Em 18 de agosto de 1942, Joaquim Janu Parente e sua mulher Cecília de Campos Parentes, Isaura Parente de Melo e seu marido José Francisco de Melo e Maria Juvenil de Barros venderam três quartas parte do seringal Empresa (80.000 hectares[11]) ao Território Federal do Acre, registrado sob o nº 2548, às fls. 187 do Livro 2-H- 2, do 1º Cartório de Registro de Imóveis da Comarca de Rio Branco.
>
> Naquela época não havia estradas de rodagem nem as "colônias", apenas varadouros e colocações de seringas. De posse e domínio do Seringal Empresa, o Governador do Território Federal do Acre estabeleceu diversas colônias[12] agrícolas: Colônia São Francisco, Apolônio Sales, Custódio Freire, Achiles Peret, Barro Vermelho, Alberto Torres, dentre outras. Eram núcleos de produção e povoamento,

10 Processo ITERACRE/n.º 4498/2013.

11 O título definitivo dado pelo Governo do Estado do Amazonas em 1895 referente ao seringal Empresa era de 1.868 ha, em 1942, ou seja, cinquenta e três anos depois, três partes desse seringal já era de 80.000,00 ha. É que o seringalista não tinha noção de hectare de terra, mas de estradas de seringa. Ele "abria" um seringal com dez, vinte, cinquenta estradas de seringas, depois ia abrindo outras e acrescentando às já existentes, com isso o seringal aumentava de dimensões. Quando ele vendia o seringal, vendia estradas de seringas, e assim estava e ainda está registrado em todos os cartórios do Acre e do Sul do Amazonas.

12 Estradas de rodagem foram abertas à mão, com uso de terçados, machados e picaretas e denominadas Colônias, nas suas margens eram entregues os lotes rurais, geralmente mediam 12,5ha. algumas exceções eram feitas, como a área doada para o Mestre Irineu, que foi calculada recentemente pelos técnicos do ITERACRE em aproximadamente 600,00ha.

> para tanto o Governo do Território Federal distribuiu vários lotes, a título gratuito para as pessoas que quisessem se dedicar a atividade agropastoril.
>
> Essas pessoas recebiam também um Título Provisório, o qual em uma de suas cláusulas dizia que após a demarcação do lote seria providenciada a expedição do Título Definitivo.
>
> Uma das pessoas beneficiadas com uma doação de terra foi o Senhor Raimundo Irineu Serra, que recebeu do Governador do Território Federal uma área extensa de terra denominada "Colação Espalhado", a qual ia desde a bifurcação das Estradas Aquichiles Peret com a Custódio Freire, pela margem esquerda do Igarapé São Francisco até a BR 364, atual trecho denominado "Via Verde", tendo recebido o título provisória dessa área.
>
> (...)
>
> Com a morte do senhor Raimundo Irineu Serra em 1971, foi providenciado o inventário, cabendo à viúva meeira as terras compreendidas entre a margem esquerda do igarapé São Francisco e a Estrada Custódio Freire, e a outra parte, na margem direita dessa estrada, ficou com sua única herdeira Marta Serra Braga.
>
> No início da Década de 1980, o INCRA demarcou as terras que eram de Raimundo Irineu Serra, denominando-a de Gleba Custódio Freire. As terras da viúva, senhora Peregrina Gomes Serra e de mais 17 posseiros que viviam dentro de sua área foram regularizadas através de títulos definitivos expedidos pelo INCRA.
>
> Já a área da senhora Marta Serra Braga, lote 102-B, da Gleba Custódio Freire medindo cerca de 70 hectares não foi regularizado em razão de divergência entre ela e 05 posseiros que existiam nesse lote."

Sucede-se que o Território Federal do Acre foi elevado à categoria de Estado através da Lei nº 4.070, de 15 de junho de 1962 e conforme previsão de seu art. 9º, § 3º, todos os bens móveis e imóveis, encargos e rendimentos, inclusive os de natureza fiscal, direitos e obrigações relativos aos serviços mantidos pela União no Território, passaram ao patrimônio do novo Estado, sem indenização na data da promulgação de sua Constituição.

Daí o que ocorreu foi que o Território Federal nunca demarcou nem o polígono do *Seringal Empresa* (nome com o qual se popularizou) e muito menos os lotes doados. Como não tinha estrutura para resolver o problema das regularizações fundiárias, o Estado do Acre, recém-criado, somente em 16 de agosto de 1972 assinou o primeiro ato que tornou possível a regularização dessas terras, então na gestão do Governador Francisco Wanderley Dantas, que compreende o Convênio assinado entre o Governo do Estado do Acre e a Coordenadoria Regional do INCRA na Amazônia Ocidental – CR.14/AC, cujo termo, em sua cláusula

segunda, item II, dava ao INCRA a prerrogativa de demarcar e titular as áreas dos Núcleos Coloniais Agrícolas do Estado.

Depois desse convênio, vários outros se sucederam, sendo que o último expirou em 1989, posto que a Lei estadual n.º 40, de 10 de novembro de 1965 - que dispunha sobre a "doação à Prefeitura Municipal de Rio Branco de terras pertencentes ao Estado", compreendendo uma parcela de terras do Seringal Empresa -, não fora recepcionada pela Constituição Estadual promulgada naquele ano. Referida lei estadual previa, inclusive, que na transferência seriam respeitados os limites e posse já existentes.

Em resumo, existe uma grande quantidade de áreas urbanas dentro do "Seringal Empresa" que pertencem ao patrimônio do Estado do Acre, além de registros de posses que devem ser preservados diante desse contexto histórico, fato esse que deu início aos trabalhos de levantamento procedidos no âmbito do ITERACRE que viabilizarão, ao final, a regular abertura de matrícula imobiliária perante o cartório imobiliário competente, conforme recomendar os registros de ocupação de cada bem público, uma vez que também existem outras áreas públicas estaduais localizadas no município de Rio Branco submetidas a procedimento de regularização fundiária e imobiliária em decorrência de diversos atos desapropriatórios históricos expedidos pelo Município de Rio Branco e Estado do Acre, com o intuito de regularizar diversos bairros da capital.

3. REGIME ESPECIAL DE ALIENAÇÃO INSTITUÍDO PELA LEI FEDERAL N.º 8.666/93 E O NORMATIVO CONSTITUCIONAL DO ESTADO DO ACRE

Segundo a classificação difundida pela Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (que instituiu o Código Civil), em seu artigo 99, os bens públicos estão enquadrados em três categorias, que são os bens *de uso comum do povo*, sendo esses de utilização concorrente de toda a comunidade (praças, ruas, etc.); os bens de *uso especial,* de utilização para cumprimento das funções públicas (repartições estatais, serviços públicos, etc.) e os bens *dominicais,* de utilização pelo Estado para fins econômicos, tal como o faria um particular, a exemplo, os imóveis públicos desocupados.

No capítulo III[13] dedicado aos bens públicos, o Código Civil estabelece o regramento especial dos bens públicos, classificando-os em três categorias: os de uso comum do povo; os de uso especial e os dominiais.

13 Art. 99. São bens públicos:
I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;
II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;
III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.
Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Verifica-se do regramento infraconstitucional que os bens públicos são em princípio inalienáveis, porquanto afetados pelo uso público conforme dispõe o Código Civil, entretanto, compete à lei enumerar as hipóteses e condições para sua alienação (alienabilidade condicionada), ou seja, os bens públicos estão subordinados a regime jurídico de direito público, havendo em relação a esses certa limitação à incidência dos institutos e das normas de direito privado, o que não nos leva a concluir, entretanto, que existe um regime jurídico único para todos os bens públicos, o qual varia de acordo com a própria destinação do bem.

Nesse particular aspecto, a inalienabilidade absoluta atinge apenas os bens classificados como de uso comum (ruas, praças, pontes, etc.) e os de uso especial (escola, posto de saúde, etc.), ficando fora dessa seara os bens considerados dominicais, que são aqueles não afetados à finalidade pública específica, podendo ser objeto de alienação dentro de critérios estipulados por lei, situação essa dos bens estaduais objeto do presente artigo.

Em sede de Direito Administrativo também é imperioso considerar que a alienação de um bem de domínio público em favor de outro ente da Administração, em princípio, é possível, desde que se verifiquem os requisitos necessários à sua consecução, tais como: autorização legislativa, atendimento a interesse público previamente reconhecido por disposição legal, submissão ao processo licitatório ou demonstração de hipótese de licitação dispensada, e avaliação.

A matéria é disciplinada no artigo 17[14], da Lei nº. 8.666/93.

Ainda segundo conceituação do artigo 6º, inciso IV, da própria Lei n.º 8.666/93, a alienação é "toda transferência de domínio de bens a terceiro", ocorre que, tal como incluída no sistema legal instituído pela Lei das Licitações, a alienação é compreendida como gênero do qual são espécies a venda, a doação, a permuta, a legitimação na posse etc. Qualquer dessas formas de alienação pode ser utilizada pela Administração, desde que satisfaça as exigências administrativas para o contrato alienador e atenda aos requisitos do instituto específico.

Nessa toda, a conclusão do administrativista Marçal Justen Filho[15] que, ao

14 Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada a existência de interesse público, devidamente justificados, será precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas:
I - quando imóveis, dependera de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:
(...)"

15 "Deve reputar-se que as regras acerca de alienações abrangem amplamente outras modalidades de relacionamento entre Administração e particulares, versando sobre bens e potestades públicas. A Lei alude, na al. f, do inc. I, à concessão de direito real de uso de bens imóveis. Há expressa referência à permissão e à locação de bens imóveis. Rigorosamente, essas figuras não se enquadram no conceito de "alienação", mas estão abrangidas nas regras correspondentes eis que envolvem transferência pela Administração da posse e de faculdades de uso e

alargar a abrangência da regra prevista no artigo 17, da Lei nº 8.666/93, para outras hipóteses que envolvam a transferência de posse e de faculdades de uso e fruição quanto a bens públicos, preceitua que as regras de alienações abrangem amplamente outras modelidades de relacionamento entre Administração e particulares, versando sobre bens e potestades públicas.

Sendo assim, a primeira questão evidenciada é que o termo *alienação*, como empregado pela lei das licitações, especifica não apenas a transferência do domínio pleno dos bens públicos, mas também engloba algumas hipóteses de conferência de uso e a própria legitimação da posse.

O renomado doutrinador Hely Lopes Meirelles[16] leciona que:

> "(...) a *administração Pública pode fazer doação de bens móveis ou imóveis desafetados do uso público, e comumente o faz para incentivar construções particulares de interesse coletivo. Essas doações podem ser com ou sem encargos e em qualquer caso dependem de lei autorizadora, que estabeleça as condições para sua efetivação, de prévia avaliação do bem a ser doado e de licitação".*

No regime legal estadual, a Constituição do Estado do Acre[17] prescreve em seu artigo 9º que qualquer alienação, doação, cessão ou aforamento de bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado, deve ser precedida de autorização legislativa específica para tal mister.

Ainda neste tópico referente ao regime legal de alienação dos bens públicos, impõe observar que, em princípio, a alienação de bem público deve se dar por meio de procedimento licitatório, mediante prévia avaliação da coisa a ser alienada, sendo necessária a promulgação de lei autorizadora para tanto. Assim reza o artigo 37[18], inciso XXI, da Lei Fundamental.

Observa-se que, em que pese ser possível a alienação de imóveis públicos

fruição quanto a bens públicos. As locações e as permissões de uso, tanto quanto as concessões de uso, são disciplinadas pelas regras desta Seção. Os interesses em jogo são similares e há uma equivalência quanto ao tipo de relacionamento entre a Administração e os particulares." (*JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 14ª edição.* São Paulo: Editora Dialética, 2002, p. 175)

16 LOPES MEIRELLES, HELLY. *Direito Administrativo Brasileiro: 35ª edição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009, p. 544.

17 "Art. 9º. Incluem-se entre os bens do Estado:
I - as terras devolutas não pertencentes à União; e
II - os rios que tenham nascentes e foz em terras estaduais.
§ 1º Os bens móveis e imóveis pertencentes ao Estado não poderão ser doados, permutados, cedidos, aforados ou alienados, senão em virtude de lei específica.
§ 2º Dependerá também de lei especial a aquisição de bens imóveis, salvo as doações não onerosas e a dação em pagamento.

18 "XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica econômica indispensável à garantia do cumprimento das obrigações."

mediante atendimento dos requisitos supracitados, a licitação só é dispensada nos casos previstos nos incisos do artigo 17, da Lei nº. 8.666/93.

Por conseguinte, a licitação dispensada é aquela que a própria lei declarou como tal (art. 17, I, e II). Com relação a imóveis: nos casos de dação em pagamento; investidura; venda ou doação a outro órgão público ou entidade da administração pública; alienação, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso, locação ou permissão de uso de habitações de interesse social.

Em resumo, a alienação de bens da Administração Pública subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, ficando esta, no caso em questão dispensada por força de Lei, uma vez que a alienação beneficiará entidade da administração pública, no caso, o Município de Rio Branco.

4. A ALEIANÇÃO DE IMÓVEIS DOMINICAIS, SEM REGISTRO IMOBILIÁRIO. CEDÊNCIA DE DIREITOS POSSESSÓRIOS

À luz do princípio da legalidade inserto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, é correto afirmar o administrador público só poderá agir segundo o que é previsto e autorizado por lei.

Ao tratar o artigo 17, inciso I, alínea *b*, da lei das licitações, sobre a alienação gratuita de bens imóveis entre órgãos ou entidade da administração, utilizou o legislador o termo *doação.* Conforme preceitua o artigo 538, do Código Civil vigente: "considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outro".

Sendo assim, sabe-se que o nosso direito protege não somente a posse correspondente ao direito de propriedade como também a posse como figura autônoma e independente da existência de um título, porque a situação de fato aparenta ser uma situação de direito. É, assim, uma situação de fato protegida pelo legislador[19].

19 "Se alguém, assim, instala-se em um imóvel e nele se mantém, mansa e pacificamente, por mais de ano e dia, cria uma situação possessória, que lhe proporciona direito e proteção. Tal direito é chamado *jus possessionis ou posse formal*, derivado de uma posse autônoma, independentemente de qualquer título. É tão somente o direito fundado no fato da posse *(possideo quod possideo*) que é protegido contra terceiros até mesmo o proprietário. O possuidor só perderá o imóvel para este, futuramente, nas vias ordinárias. Enquanto isso, aquela situação será mantida. E será sempre mantida contra terceiros que não possuam nenhum título nem melhor posse. Já o direito à posse, conferido ao portador de título devidamente transcrito, bem como ao titular de outros direitos reais, é denominador *jus possidendi* ou *posse causal.* Nesses exemplos, a posse não tem qualquer autonomia, constituindo-se em conteúdo do direito real. Tanto no caso de *jus possidendi* (posse causal, titulada) como no do *jus possessionis* (posse autônoma ou formal, sem título) é assegurado o direito à proteção dessa situação contra atos de violência, para garantia da paz social. Como se pode verificar, a posse distingue-se da propriedade, mas o possuidor encontra-se em uma situação de fato, aparentando ser o proprietário. Se realmente o é, como normalmente acontece, resulta daí, como consta da lição de ASCENSÃO retrotranscrita, "a coincidência da titularidade e do exercício,

Na sistemática do Código Civil de 2002, a posse considera-se juridicamente adquirida toda vez que for possível à pessoa exercer em seu nome qualquer um dos poderes inerentes à propriedade.

Constata-se que a aquisição da posse pode se efetivar por qualquer dos modos de aquisição em geral, como explicitado anteriormente, seja pela apreensão, o constituto possessório e qualquer outro ato ou negócio jurídico, a título gratuito ou oneroso, *inter vivos* ou *causa mortis*.

Prosseguindo, os meios de aquisição da posse podem ser classificados como originários ou derivados. No primeiro caso, não há relação de causalidade entre a pessoa atual e anterior. Adquire-se a posse por modo originário, segundo Orlando Gomes[20], quando não há consentimento do possuidor precedente.

Por outro lado, diz-se que a posse é derivada quando há anuência do anterior possuidor, como na tradição precedida de negócio jurídico.

Ainda de acordo com o doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, a posse pode ser adquirida "por qualquer ato jurídico, também o será por tradição, que pressupõe um acordo de vontades, um negócio jurídico de alienação, quer a titulo gratuito como na doação, quer a titulo oneroso, como na compra e venda".

Verifica-se, portanto, que a posse pode ser transferida, a título gratuito ou oneroso e, no caso em análise, a posse será transmitida pela tradição[21], que se manifesta por um ato de entrega da coisa e produzirá os efeitos legais, como inclusive ampara o artigo 1.207, do Código Civil de 2002, pelo qual *"o sucessor universal continua de direito a posse do seu antecessor; e ao sucessor singular é facultado unir sua posse à do antecessor, para todos os efeitos legais".*

Com efeito, a posse, conquanto imaterial em sua conceituação, é um fato juridicamente relevante que cria um direito, sinal exterior da propriedade, e, portanto, um bem jurídico, como tal suscetível de proteção. Daí porque a posse possui valor econômico, como todo e qualquer bem, tanto que, atento para a realidade brasileira, o Superior Tribunal de Justiça consolidou sua jurisprudência na Súmula 84: É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro

Também em caso de desapropriação a posse é indenizável, pois esta atinge bens e direitos, mobiliários e imobiliários, corpóreos e incorpóreos, desde que sejam passíveis de apossamento e comercialidade, tenham valor econômico ou patrimonial e interessem à consecução dos fins do Estado.

---

sem que tenha sido necessário proceder à verificação dos seus títulos." (ROBERTO GONÇALVES, CARLOS. *Direito Civil Brasileiro, volume 5, Direito das Coisas: 7ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012)

20 GOMES, ORLANDO. *Direitos Reais: 19ª edição atualizada por Luiz Edson Fachin*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

21 Nesse caso a tradição é *simbólica* pois representada por ato que traduz a alienação, como a entrega das chaves do apartamento ou do veículo vendidos.

O direito e valor econômico da posse ficam devidamente corroborados pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "Tem direito à indenização não só o titular do domínio do bem expropriado, mas também, o que tenha sobre ele direito real limitado bem como direito de posse" (STF, RE 70.338, Rel. Antônio Nader).

Assim, proclama-se: "A posse constituiu direito autônomo e deve expressar aproveitamento dos bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela[22]".

Dito isso e sendo a posse inserta ou destacável do direito de propriedade, integra aqueles bens passíveis de expropriação, por atender, assim como atendem, ao domínio e/ou à propriedade, aos seguintes pressupostos: a) comercialidade; b) valor econômico; c) interesse à consecução da política estatal.

Do ponto de vista dos bens públicos, Floriano de Azevedo Marques Neto[23] pondera:

> "Fato é que não se sustenta mais, nos dias de hoje, a tese de uma extracomercialidade absoluta dos bens públicos. Lembremos o quanto dito no capítulo inicial: bens públicos são, antes de tudo, bem na acepção aqui adotada, objetos aos quais se pode atribui valor econômico. Mesmo quando estiver qualificado a um uso público e, em função disso, for inalienável' (artigo 100, CCB), o bem público pode ser objeto de direitos reais ou obrigacionais que não interditem u obstem o uso para o qual o bem está consagrado. Certo de estar, porém que estes direitos reais ou contratuais estarão constituídos nos moldes do direito público, o que leva alguns autores a falarem em direitos reais administrativos ou em um "*comércio jurídico de direito público*".

Certamente a posse vale menos que a propriedade, mas nem por isso deixa de ter valor comercial.

Em apartada síntese, a posse, em face de seu inequívoco conteúdo econômico, é passível de ser alienada, razão pela qual a ausência do domínio pleno perante o registro imobiliário competente não é empecilho para a alienação de imóvel público que, nesta hipótese, poderá ser formalizada por Instrumento Público (artigo 108, Código Civil/2002), ou seja, mediante lavratura de Escritura Pública de Cessão de Direitos Possessórios, a qual obrigatoriamente fica sujeita ao registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos (artigo 1.241, Código Civil/2002), para valer em face de terceiros (artigo 288, Código Civil/2002).

Percorrido esse caminho legal, não restam dúvidas de que o Outorgado Cessionário (adquirente) estará legitimado a pleitear a declaração da aquisição da propriedade do imóvel, somando-se as posses, conforme a circunstâncias fáti-

22 Enunciado 492 da V Jornada de Direito Civil, do Conselho da Justiça Federal.

23 AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

cas do seu exercício, que, ao final, viabilizará a constituição de título hábil para o registro pleno.

Não por outra razão, o próprio Código Civil, em artigo destacado, estabeleceu que o bens dominicais constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, *como objeto de direito pessoal, ou real*.

Por tudo isso, buscando a melhor interpretação[24] ao texto legal, é de se reconhecer que o termo *doação*, como empregado pelo legislador (artigo 17, I, *b*, lei das licitações), deve ser considerado em sentido amplo, com autoriza o artigo 4º[25], da Lei de Introdução à Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657, de 04 de setembro de 1942), e compreende não apenas a alienação gratuita do direito real de propriedade, mas também do direito pessoal (cessão dos direitos possessórios[26]) que decorre do exercício da posse, mesmo porque, toda lei visa uma finalidade social, portanto, o aplicador deve sempre primar por harmonizar os interesses sociais, de forma a priorizar o útil, o necessário e o equilíbrio de interesses, todos os três considerados bens sociais.

Ademais, ao reconhecer o valor econômico da posse, autorizando a própria legitimação da posse sobre áreas públicas, verifica-se que nas inúmeras alterações legislativas que seguiram para inclusão de novos permissivos legais no referido artigo 17, preferiu o legislador empregar o termo "alienação gratuita" em detrimento do termo "doação", já implicitamente reconhecendo a inadequação desse termo.

Dessa forma, é evidente que a cedência de direitos possessórios também é espécie da qual a alienação é gênero e, portanto, subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de concorrência, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa.

5. ALIENAÇÃO COM ENCARGO EM ANO ELEITORAL

A cedência de diretos possessórios ora em comento também não encontra óbice na previsão do artigo 73, § 10, da Lei n.º 9.504/1997, que estabelece que no ano em que se realizar eleição, fica proibida a distribuição gratuita de bens, valores ou benefícios por parte da Administração Pública, exceto nos casos de calami-

24 Interpretação é o processo de definição do sentido e alcance das normas jurídicas, tendo em vista a integração do sistema com a harmoniosa aplicação da fonte a um determinado caso concreto.

25 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

26 A cedência de direitos possessórios deve ser compreendida enquanto acordo de vontade, um negócio jurídico de alienação, quer a título gratuito, como na doação, quer a título oneroso, como na compra e venda, portanto, não se confunde com os instrumentos de conferência do uso do bem, segundo os bens públicos podem ser utilizados, dentre outros, por intermédio dos institutos da autorização, permissão, concessão ou cessão de uso, onde há apenas a transferência da posse.

dade pública, de estado de emergência ou de programas sociais autorizados em lei e já em execução orçamentária no exercício anterior, casos em que o Ministério Público poderá promover o acompanhamento de sua execução financeira e administrativa.

De se ver que a única forma de distribuição gratuita de bens que se entende possível - para não incidir na conduta vedada - seria a alienação gratuita com encargo (modal), caso em que subsiste uma obrigação a ser cumprida pela entidade beneficiária, como de fato existe a contrapartida de implantação dos escritórios regionais da prefeitura municipal, em perfeita simetria com a previsão do já destacado §4º[27], do artigo 17, da Lei das Licitações[28].

Com acerto aponta a doutrina de Justen Filho[29]:

> "Uma hipótese peculiar, objeto de tratamento específico no §4º, é a doação com encargo. A opção por essa alternativa dependerá da relevância do encargo para consecução dos interesses coletivos e supraindividuais. Em determinadas hipóteses, a doação com encargo apresentará regime jurídico próprio, inclusive com a obrigatoriedade de licitação.
>
> Assim, por exemplo, poderá ser do interesse estatal a construção de um certo edifício em determinada área. Poderá surgir como solução a doação de imóvel com encargo para o donatário promover a edificação. Essa é uma hipótese em que a doação deverá ser antecedida de licitação, sob pena de infringência do princípio da isonomia. Em outras hipóteses, porém, o encargo assumirá relevância de outra natureza. A doação poderá ter em vista a situação do donatário ou sua atividade de interesse social. Nesse caso, não caberá licitação. Assim, por exemplo, uma entidade assistencial poderá receber doação de bens gravada com determinados encargos. A situação se subsumiria à alínea "a" do inc. II, mesmo existindo o encargo." (2010: 242)

---

27 § 4º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

28 **ACÓRDÃO Nº 21250**
CONSULTA ELEITORAL – DOAÇÃO DE IMÓVEL URBANO E OUTROS BENS DO MUNICÍPIO PARA A UNIÃO – ANO ELEITORAL – FINALIDADE DE INSTALAÇÃO DE ÓRGÃO PÚBLICO FEDERAL – POSSIBILIDADE – INTERPRETAÇÃO RESTRITITVA DO ART. 73, INCISO VI E § 10 DA LEI 9.504/97 – CONSULTA CONHECIDA E RESPONDIDA.
Por se tratar de norma limitadora de direitos, a sua interpretação, quanto ao resultado, deve ser necessariamente restritiva. Diante da literalidade do texto legal, nada impede que o Município doe bem imóvel em favor da União.
Não há ilicitude na doação de imóvel do Município à União, uma vez que não tem objetivo de satisfazer interesse privados ou beneficiar eleitores, a fim de obter vantagem política, mesmo se a doação ocorrer após o início do período eleitoral.

29 JUSTEN FILHO, MARÇAL. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 14ª edição.* São Paulo: Editora Dialética, 2010.

Assim, a Lei das Licitações trata a alienação gratuita com encargo como negócio aparentemente oneroso. No mesmo sentido o precedente do TRE/SP (Acórdão nº 164756, no Recurso Eleitoral nº 29718, proferido em 11 de novembro de 2008), em que se analisou a configuração da conduta vedada descrita no §10, do artigo 73, da Lei das Eleições, em face da permissão de uso de bem público. Aduziu o Juiz-Relator que

> "[...] malgrado a permissão de uso, "in casu", ser graciosa, há ônus para a permissionária, pois além a exigência de preencher determinados requisitos temporais, determinam a reversão do imóvel ao Município, acarretam também a perda de todas as benfeitorias, sem direito à indenização [...]. Acresça-se que a permissionária obtém o bem a título precário, não se podendo, por tais motivos, caracterizar-se como simples distribuição gratuita de bens como determina o Art. 73, §10, da Lei 9.504/97."

Por derradeiro, segundo doutrina de João Felipe Villa do Miu[30] "a transferência gratuita de bens, valores ou benefícios de uma pessoa jurídica de direito público a outra — ambas integrantes da "Administração Pública" — não tem o condão, *de per si*, de repercutir sobre o equilíbrio das eleições. Para tanto, seria necessário que a pessoa administrativa receptora, agora sim em translúcida violação do artigo 73, § 10, da LE, repassasse os bens a cidadãos, de modo a influenciar a formação de sua vontade eleitoral".

6. CONCLUSÃO

Posto isso, verifica-se que no âmbito do Estado do Acre a ausência de registro imobiliário de bem imóvel dominical pertencente ao Estado do Acre não constitui óbice para a sua alienação, razão pela qual, a transferência patrimonial pode se efetivar pela via da cedência de direitos possessórios, uma vez que a posse, em face de seu inequívoco conteúdo econômico, é passível de ser alienada e integra aqueles bens passíveis de expropriação, por atender, assim como atendem, ao domínio e/ou à propriedade, aos seguintes pressupostos: a) comercialidade; b) valor econômico; c) interesse à consecução da política estatal.

Quanto à previsão legal do artigo 17, inciso I, alínea *b*, da Lei das Licitações, o termo doação deve ser interpretado em sentido amplo para autorizar a alienação gratuita tanto do direito real de propriedade quanto do direito pessoal (cessão dos direitos possessórios) que decorre do exercício da posse e, por tal razão, subordina-se a um conjunto de exigências que devem ser atendidas cumulativamente, como a existência de interesse público devidamente justificado, avaliação prévia, autorização legislativa e licitação na modalidade de con-

30 MIU, João Felipe Villa do. Aplicabilidade do art.73, § 10, da Lei nº 9.504/1997 às transferências feitas a pessoas jurídicas de direito público e privado sem fins lucrativos. Breves considerações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1897, 10 set. 2008 . Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11706>. Acesso em: 10 jan. 2014.

corrência, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa, como ocorre para o caso em estudo, tratando-se de transferência entre entes da Administração Pública. Preenchidos esses requisitos legais, o ato de transferência se consumará com a competente lavratura de escritura pública de cessão de direitos possessórios, a qual obrigatoriamente fica sujeita ao registro no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Guardada a relevância da parceria entre o Estado do Acre e o Município de Rio Branco, que se reveste de evidente interesse público porque também evitará que os bens públicos fiquem entregues à ociosidade, entende-se por justa, legítima, necessária e eficiente a cedência de direitos possessórios de imóveis dominicais para implantação de escritórios regionais, com a finalidade de promover as atividades sociais necessárias à resolução e mediação de conflitos para o bem da coletividade ou mesmo para outras destinações de relevante interesse público.

Em rempo, a cedência de direitos possessórios ora em comento, por se tratar de hipótese de alienação gratuita com encargo, não encontra óbice na previsão do artigo 73, § 10, da Lei n.º 9.504/1997, e pode ser procedida em ano eleitoral.

Por fim, essas conclusões também podem ser adotadas pelas demais procuradorias - à exceção, evidentemente, de expressa vedação legal porventura existente no âmbito do respectivo ente federado, circunstância essa a ser analisada no caso concreto -, como possibilidade legal de resolução de problema, haja vista que a alienação de bens dominiais, esgotadas as possibilidades de sua conservação e manutenção pelo ente público, é medida legal e eficiente que deve ser recomendada ao Chefe do Poder Executivo, com o intuito de impedir a ociosidade do patrimônio público imobiliário, com encargo que atenda aos interesses da coletividade.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO MARQUES NETO, FLORIANO. *Bens públicos: função social e exploração econômica: o regime jurídico das utilidades públicas*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

ROBERTO GONÇALVES, CARLOS. *Direito Civil Brasileiro, volume 5, Direito das Coisas: 7ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GOMES, ORLANDO. *Direitos Reais: 19ª edição atualizada por Luiz Edson Fachin*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

DINIZ, MARIA HELENA. C*urso de Direito Civil Brasileiro, volume 4, Direito das Coisas: 27ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GASPARINE, DIÓGENS. *Direito Administrativo: 13ª edição*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

LOPES MEIRELLES, HELLY. *Direito Administrativo Brasileiro: 35ª edição*. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos: 14ª edição. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, MARÇAL. Curso de Direito Administrativo: 9ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NIEBUHR, JOEL DE MENEZES. *Dispensa e inexigibilidade de licitação pública*: 3ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2011. (Coleção Fórum Menezes Niebuhr).

FUNTAC, Fundação de Tecnologia do Estado do Acre, Governo do Estado do Acre. *Atlas do Estado do Acre*. Rio Branco: FUNTAC, 2008.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. *Direito Administrativo*: 26. Ed., São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO MOTTA, CARLOS PINTO. *Eficácia nas Licitações e Contratos*: 12ª edição. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE) E O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO

Cláudio Cairo Gonçalves [1]

RESUMO

Este artigo analisa a situação atual dos programas de *compliance* (ou integridade) e o papel da advocacia de Estado, trazendo reflexão sobre o seu caráter emergente, com indicativos de que o tema tem bastante substância para determinar um protagonismo institucional para a advocacia de Estado, do discurso para a efetividade.

1. INTRODUÇÃO

As reflexões jurídicas em torno dos programas de *compliance* (ou integridade) e o papel da advocacia de Estado, na proporção e na dimensão que detêm, ainda não floresceram entre os Procuradores de Estado, em face da atualidade, originalidade e complexidade em que estão inseridas. A atualidade advém da presente e crescente democratização do acesso às informações sobre o atual e experimentado combate multisetorial do sistema de justiça brasileiro contra corrupção e das suas consequências institucionais, econômicas, sociais e culturais advindas. A originalidade está relacionada com a possibilidade de potencialização (ainda maior) do papel da advocacia pública no cenário nacional das procuraturas constitucionais (PGEs, MP e Defensoria Pública). A complexidade provém dos contextos social, político, institucional e multifuncional, que circundam o tema da corrupção e suas consequências.

Conforme NICHOLS e ROBERTSON [2], atualmente é impossível entender o mundo sem falar em corrupção (como decadência moral ou funcional), podendo ser caracterizada como declínio social; como lógica de troca; como desvirtuadora do comportamento humano; como sistema de medição de percepções; como sombra política (conceituação de ULRICH ALEMANN). Ou seja, corrupção como fenômeno multivalente, com várias acepções.

Sobre a situação evidenciada no Brasil atual, relacionada à corrupção, LARA REZENDE[3] questiona, mesmo com a complacência com pequenas transgressões, como se conseguiu chegar a este nível de desonestidade institucionalizada (?). Cita estudos em microeconomia de GARY BECKER, da Universidade de Chicago,

---

1 Mestre em Direito Econômico (UFBa), Doutorando em Direito do Estado (USP), Procurador do Estado da Bahia e Advogado. E-mail: cgoncalves70@hotmail.com.

2 NICHOLS, Philip M.; ROBERTSON, Diana C.. *Thinking about Bribery*. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 2017.

3 REZENDE, André Lara. *Corrupção e capital cívico*. Valor Econômico. Rio de Janeiro-BR, 31/07/2015.

sobre o processo de tomada de decisões, em que afirma que todo comportamento humano pode ser entendido como avaliação de custo benefício. Para o autor, o grau de desonestidade depende da lembrança das leis e códigos de ética existentes, depende daquilo que é percebido como flagrantemente desonesto e do grau de tolerância da comunidade em relação àquela desonestidade. Para LARA REZENDE, mais do que um cálculo de custo benefício, os valores da comunidade restringem os indivíduos, o que corrobora a afirmação da existência de um capital cívico, como estoque de crenças e valores que estimulam a cooperação entre pessoas. Pode-se registrar, portanto, que diminuir a impunidade, diminui a desonestidade, não pelo fato da sanção (custo/benefício), mas pela sensação de confiança, de cooperação, aumento da autoestima e pertencimento à comunidade, com o aumento do capital cívico de um país.

Por isto, surgiu a idéia de promover uma abordagem sobre a questão e oferecer uma (tentativa de) apreciação direta e tecnicamente organizada dos programas de *compliance* (ou integridade) e o papel da advocacia de Estado[4].

Da idéia à ação, eis que se apresenta uma reflexão sobre o caráter emergente dos programas de *compliance* a o papel da advocacia de Estado, com indicativos de que o tema tem bastante substância para determinar um protagonismo institucional para a advocacia de Estado, do discurso para a efetividade.

2. MAXIMIZAÇÃO DOS RESULTADOS ECONÔMICOS E A NECESSIDADE DE SUA COMPATIBILIZAÇÃO COM CULTURA ÉTICA NAS EMPRESAS

Segundo PETER DRUCKER[5], a expressão "negócios éticos" se transformou naquilo que ontem era reconhecido como "responsabilidade social", devendo se considerar uma organização ética efetiva aquela que define o comportamento correto como aquele que otimiza cada parte dos benefícios e que faz relações serem harmoniosas, construtivas, em que todos se beneficiam mutuamente.

Esta situação se revela como uma tendência em razão de condutas comissivas ou omissivas específicas em que se tornaram públicas estratégias fraudulentas para ingresso, consolidação ou dominação concorrencial em mercados relevantes (Ex.: Caso Volkswagen nos EUA em 2014; Caso HSBC nos EUA em 2012), e do evento sistêmico no setor financeiro americano, por falta de regulação das

4 Isto, por ocasião da recente (e excelente) oportunidade de desenvolver estudos sobre a questão, na condição de Doutorando, no âmbito das competências do Departamento de Direito do Estado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, em que o Prof. Dr. Gustavo Justino de Oliveira, ladeado pelo Professor colaborador Dr. André Castro Carvalho, ministrou a disciplina *Corrupção na Administração Pública: Um Enfoque em Governança, Risco e Compliance* (GRC), em que foram feitas discussões do mais alto nível, com acesso a vasta, profunda e atualizada literatura, nacional e estrangeira, de caráter jurídico, econômico e empresarial, contando com a honrosa presença e participação ativa nos debates de experimentados executivos e profissionais brasileiros, ocupantes de relevantes posições decisórias em algumas das maiores empresas nacionais e importantes instituições do sistema de justiça brasileiro.

5 DRUCKER, Peter F..*What is "business ethics"?.* Seattle-EUA: The Mckinsey Quarterly, 1981.

instituições e responsabilidade dos atores envolvidos, que redundou na maior crise econômica recente da história mundial (Crise Financeira Global de 2008).

Na acepção de CHRISTOPHER HODGES [6], esta tendência deixa para traz os modelos de maximização dos lucros, ocupados apenas com os direcionamentos dos acionistas majoritários das empresas, em que os processos decisórios são suportados por valores egoísticos, arrogantes e gananciosos, valores estes que são instigados pelas fraquezas das escolas de formação empresarial através do foco em resultados e ignorância ética, em completo deslocamento dos valores da sociedade com a prática de algumas empresas.

Disto decorre a necessidade de criar meios de proteção das organizações, dos mercados, da concorrência, dos empregados, dos consumidores e da sociedade em geral, através de mecanismos internos e externos de regulação do comportamento empresarial, nitidamente caracterizados pela cultura do *compliance* e controle. De acordo com HODGES, o ideal é que princípios éticos devem ser elaborados, realizados e aplicados por todos os indivíduos no grupo e expressos em ações da organização e, citando Mayer, entende que uma empresa confiável combina responsabilidade com poder e nega poder sem responsabilidade, fazendo surgir a noção de moral corporativa que impregna a corporação com um grau de moralidade que excede a dos indivíduos.

Outro mecanismo eficaz é produzir declarações públicas sobre a posição oficial da organização sobre a ética aplicável em suas atividades e como é claramente relevante seguir e agir dentro de padrões éticos, podendo-se elencar princípios ou valores que devem nortear a organização: integridade, objetividade, competência, justiça, confidencialidade, profissionalismo e diligência. Ainda segundo HODGES, pesquisas sobre operadores individuais e firmas mostram que o sucesso provém do foco no cliente, envolvimento com perguntas sobre quais inovações, produtos e serviços os clientes precisam e valorizam e que a satisfação desta demanda e ganho dela decorrente justificam sua reputação por fazer desta forma.

Estes sistemas de proteção ou programas de integridade, dizem respeito à necessidade de evitar desvios de indivíduos e organizações, especialmente quanto à prática da corrupção.

3. GOVERNANÇA CORPORATIVA (PRIVADA E PÚBLICA) TAMBÉM COMO TENDÊNCIA

A partir da análise sobre a possibilidade de compatibilização entre lucro e ética, HODGES e STEINHOLTZ [7] afirmam que ganhar *dinheiro e fazer a coisa certa*

6 HODGES, Christopher. *Business values: culture, commitment, trust and ethics (capítulo 21). In: Law and Corporate Behaviour: Integrating Theories of Regulation, Enforcement, Compliance and Ethics*. Oxford-RU: Hart Publishing, 2015.

7 HODGES, C, STEINHOLTZ, Ruth. *Ethical Business Practice and Regulation: A Behavioural and Values -Based Approach to Compliance and Enforcement*. Oxford-UK: Hart Publishing, 2017, p. 113-132.

não são incompatíveis, do contrário o capitalismo ocidental estará condenado. Este pensamento reconhece a necessidade de maximização dos resultados, todavia, promove a necessidade de sua compatibilização com cultura ética nas empresas.

HODGES e STEINHOLTZ destacam como exemplo, após a crise mundial de 2008, a adoção da *UK Companies Act* no Reino Unido, instrumento utilizado na tentativa de restauração da confiança dos mercados no país, considerado o centro financeiro europeu, onde os relatórios existentes enfatizavam não só a necessidade de mais regulação, mas a importância da cultura de negócios éticos. Todavia, estudos empíricos recentes, segundo HODGES e STEINHOLTZ, ainda indicam que expressivo número de executivos *seniors* de grandes empresas, em que pese reconhecerem a cultura da ética como importante para os negócios, não têm foco na cultura ética como contribuinte do sucesso das empresas. Ou seja, segundo estes estudos uma cultura ética não é indispensável numa companhia que visa performance econômica altamente sustentável.

Por outro lado, quanto à "governança corporativa", trazida com estudos, em diversos documentos de organismos internacionais (ex.: OCDE, G30) e em atos normativos específicos (*UK Companies Act*), inicialmente vinculada à necessidade de criação de padrões globais de estruturação empresarial para permitir sua inserção no mercado de capitais, auxiliando investidores, institucionais ou individuais, a avaliar e melhorar o enquadramento jurídico, regulamentar e institucional das empresas, passou a ser vista como instrumento de melhoria da cultura ética nas empresas. Governança corporativa também enfocada como mecanismo de garantia dos direitos dos acionistas e colaboradores, desenvolvida com base no desempenho econômico da empresa, na defesa da integridade dos mercados, na distribuição dos incentivos que cria e na promoção de mercados transparentes e funcionais.

Segundo os *Princípios* da OCDE considera-se a necessidade de *enquadramento efetivo da governança corporativa nos marcos regulatórios de cada país*. A governança corporativa deve ser apoiada pela regulamentação do mercado de ações, além de *proteger e facilitar o exercício dos direitos dos acionistas e garantir o tratamento paritário dos mesmos, incluindo os minoritários e estrangeiros, trabalhadores e demais colaboradores*.

Em outro sentido, as reflexões de SILVEIRA (2002 e 2004)[8] indicam a necessidade de contínuo estudo (inclusive estatístico e econométrico) do co-re-

8 SILVEIRA, Alexandre di Miceli da. *Governança corporativa, desempenho e valor da empresa no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Administração), 2002. Disponível em: http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-04122002102056/pt-br.php . p. 49-64, acesso em 20/03/2018.

_____. *Governança corporativa e estrutura de propriedade: determinantes e relação com o desempenho das empresas no Brasil.* Tese (Doutorado em Administração), 2004. Disponível em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-23012005200501/pt-br.php . p. 31-83, acesso em 20/03/2018.

lacionamento entre governança corporativa, diminuição dos custos de agência, maximização dos resultados de interesse dos acionistas, preço das ações e desempenho econômico das empresas.

SILVEIRA também se ocupa do problema de agência, que surge, como o desvirtuamento da ação do executivo em detrimento das orientações do acionista, pois aquele passa a agir de acordo com seu interesse pessoal, a partir da separação entre propriedade e controle da empresa, elencando o *contrato de agência* e o *contrato de dívida* como formas de minimizar os "custos de agência" (2002). Analisando os dados de empresas brasileiras, tem-se como variável significativa nos estudos de SILVEIRA (2002) a distinção do diretor executivo e do presidente do Conselho de Administração, como o melhor resultado para os preços das ações. A variação entre tamanho dos Conselhos de Administração e desempenho econômico da empresa também foi significativa, devendo ser levada em conta um tamanho intermediário do órgão colegiado. Foi significativa também, de acordo com estes estudos, a variável de independência do Conselho de Administração como significativa para o desempenho da empresa. De acordo com SILVEIRA, não houve grandes variações em relação a desempenho da empresa e governança corporativa (2002).

As análises de SILVEIRA, em relação às empresas brasileiras, se complementam com o trabalho de 2004, no sentido de que a posse do direito de voto concentrada em mãos de poucos acionistas tende a trazer menor governança corporativa, enquanto que empresas maiores apresentam melhor governança corporativa. Por outro lado, pelos seus estudos econométricos, não houve implicação direta entre governança corporativa e desempenho empresarial, podendo-se afirmar que o aumento dos investimentos variam em razão da análise de viabilidade econômica dos empreendimentos e do grau de confiança nos mercados, sem comprovação empírica que vinculem governança corporativa com desempenho corporativo.

No âmbito da governança corporativa pública, tem-se também a necessidade de promover a verificação da sua aplicabilidade na administração pública. De logo, entende-se como plenamente aplicável, justamente porque permite seja utilizada como ferramenta para desenvolver a integração e a efetivação das funções estatais, apoiada em novas leituras dos princípios constitucionais, assim como também, a partir de ferramental de outras ciências, tais como a administração, economia, contabilidade (gerencial) e psicologia, amparados pelo fenômeno da globalização.

Neste caso, no âmbito público, o problema de agência, pode ser visto como o desvirtuamento dos agentes políticos e servidores públicos em detrimento das orientações do serviço e das normas jurídicas vigentes, tal como restou demonstrado num dos maiores e mais complexos exemplos brasileiros e mundiais de combate à corrupção, que ficou conhecido como a Operação Lavajato.

No presente estágio do "processo civilizatório brasileiro", por oportuno e relevante, a atuação no âmbito jurisdicional sobre o enfretamento da corrupção está provocando mudanças muito intensas, tal como se observa nos seguintes *leading cases*: AP-STF nº470 (Caso do "Mensalão"); "Operação Lava Jato" (Atuação de Forças Tarefas do MPF e PF para investigação de fatos e processamento de ações penais e medidas cautelares perante o STF e Justiça Federal do Paraná no caso do "Petrolão"); INQs-STF nº 3980, 4325, 4326, 4327 (apuram formação e atuação de organizações criminosas no caso do "Petrolão" a partir de partidos políticos); ADI-STF nº5526 (discute a necessidade de submeter ao Congresso Nacional, em 24 horas, sanções como prisão preventiva e medidas cautelares, quando aplicadas contra parlamentares); INQs-STF nºs 4430 e 4437 (apuram o pagamento de vantagens para aprovação de Medidas Provisórias e tratam da atuação de parlamentares no processo legislativo).

As noções de governança corporativa, bastante avançadas em termos de mecanismos para desenvolvimento e proteção dos mercados de capitais e de seus investidores, parecem indicar um caminho, ainda que tímido e inicial, para a introdução de mecanismos de combate a corrupção e fraudes corporativas, junto com programas de integridade, cujo objetivo, genericamente, é *promover a adoção de medidas e ações institucionais destinadas a sua prevenção, detecção, punição e remediação*, visto que a maioria dos estudos sobre governança corporativa não possuem escopo de anticorrupção. Apesar disto, no Brasil atos normativos infra legais começam a mencionar a necessidade de programas de integridade anticorrupção, como o Decreto Federal n.9.203, de 22.11.2017.

A face anticorrupção da governança corporativa já consta na agenda, mas parece que ainda não está no topo das prioridades dos executivos e dos atuais agentes políticos, devendo haver maior esforço, normativo e regulatório estatais, para emplacar de vez a feição da cultura ética nos negócios, garantindo a existência de valores credíveis, consistentes e éticos, funcionalizando os mercados de acordo com esta ótica, na medida em que universalizem comportamentos, ações e tratamentos equânimes para acionistas, investidores, colaboradores, empregados, consumidores, administrações públicas, servidores, agentes políticos e a sociedade em geral, todos como parte essencial do processo produtivo capitalista e do "processo civilizatório brasileiro", atuais.

4. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE) E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

O termo *compliance* deriva do termo da língua inglesa "*comply*", e tem como conteúdo genérico a expressão *agir em conformidade* [9]. De acordo com o contexto em que se analisa a prática da conduta, a expressão *agir em conformidade* pode se dar em relação a normas morais ou jurídicas. A expressão *agir em conformi-*

9 Adotaremos a expressão "integridade" em compasso com nosso vernáculo.

dade está relacionada com as convenções sociais, costumes e normas jurídicas reguladoras de condutas humanas, que muitas vezes vêm relacionadas em códigos de conduta (implícitos ou explícitos, escritos ou não).

Considerando o caráter institucional, compreende um *conjunto pré-fixado de comportamentos internos para fazer observar e cumprir as normas morais ou jurídicas.* Este *conjunto pré-fixado de comportamentos internos* constitui um *Programa de compliance (ou integridade) como forma de prevenir, detectar e tratar qualquer desvio ou inconformidade que possa ocorrer* no exercício da atividade da entidade (pública ou privada).

Diante de tantos escândalos de corrupção (nacionais e estrangeiros), conforme aqui já mencionado, os programas de *compliance* adquiriram uma posição estratégica nas organizações.

A fonte destas rotinas de *compliance* está fincada no século XX, proveniente de diversos instrumentos normativos em diversos países ou da comunidade internacional, devendo ser citados os seguintes:

a) *FCPA - Foreign Corrupt Practices Act* (1977) - Lei Estadunidense Anti-Corrupção, que cria sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional;
b) *Convenção Interamericana contra a Corrupção* (1996) da Organização dos Estados Americanos (OEA) (incorporada no Brasil pelo Decreto 4.410/2002)
c) *Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais* (1995) da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (incorporada no Brasil pelo Decreto nº 3.678/2000);
d) *USA Patriot Act* (2001) - Lei Estadunidense Anti-Terrorismo, que autoriza adoção de medidas de quebra de sigilos telemáticos;
e) Lei Federal 10.467/2002 – Lei Brasileira que cria crimes de corrupção ativa em transação comercial internacional (art. 337-B) e tráfico de influência em transação comercial internacional (art. 337-C), e o conceito legal de funcionário público estrangeiro (art. 337-D);
f) *UK Bribery Act* (2011) – Lei britânica de combate e prevenção à corrupção;

Os programas de *compliance* (ou integridade) vêm sendo considerados os instrumentos mais importantes para *prevenir, detectar e tratar desvios éticos ou jurídicos*, repousando suas bases motivacionais fundantes especialmente na necessidade de auto regulação das instituições, tendo como objeto a definição normativa transparente e prévia sobre comportamentos institucionais internos permitidos, tolerados e vedados, no sentido de prevenir a prática do desvio de conduta (preventiva), facilitar a apuração da responsabilidade subjetiva (repressiva).

Quanto à evolução do *compliance* no Brasil, tem-se que destacar, historicamente, os seguintes atos normativos:

a) Lei de Improbidade Administrativa (Lei Federal nº8.429/92), que previu com sanções civis e administrativas dirigidas ao gestor público quanto a atos de improbidade;
b) Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei nº9.613/1998 aletrada pela Lei nº12.683/2013), que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos na própria lei;
c) Lei da *Ficha Fimpa* (Lei Complementar nº 135/10), que amplia os casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato;
d) Lei nº12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências, prevê a a possibilidade do CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo.
e) Lei nº 12.846/2013, que criou a Lei Anticorrupção Brasileira que regula a responsabilidade civil e administrativa das pessoas jurídicas por atos lesivos à administração pública nacional ou estrangeira;
f) A Lei nº13.303/2016, que dispôs sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (Lei das Estatais), a par da iniciativa de regulamentar o §1º ao art. 173 da constituição Federal, reforçou e conferiu novos conteúdos de controle das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias no Brasil e no exterior;

Por sua vez, o Decreto Federal n.8.420/2015, voltado para regulamentar a Lei Anti-corrupção (Lei nº12.846/2013), possui aspectos procedimentais, processuais e materiais para aplicação das sanções, de prevenção e de remediação dos atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira que atentem contra o patrimônio público.

A prevenção, de acordo com o Decreto Federal n.8.420/2015, se dá pela previsão da existência prévia dos *Programas de Integridade, consistente, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de*

conduta, políticas e diretrizes, no âmbito de uma pessoa jurídica, com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública [10].

Novamente, os parâmetros traçados pelo Decreto Federal n.8.420/2015, são aqueles que, posteriormente foram trazidos para as Leis do DF (6.112, de 02/02/2018) e do RJ (7.753, de 17/10/2017)[11], tais como, em síntese: *comprometimento da alta direção da pessoa jurídica; padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a toda a organização e estendidos a terceiros; treinamentos periódicos; análise periódica de riscos e monitoramento constante do Programa de Integridade; integridade contábil e controles internos; procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos em processos licitatórios e na execução de contratos administrativos; independência, estrutura e autoridade do centro responsável pela aplicação do Programa de Integridade; Ouvidoria fortalecida; ações de repressão e incentivos; procedimentos de atuação para prevenir, interromper e remediar irregularidades; levantamento de informações e supervisão de terceiros; integridade nos processos de M&A*.

5. OS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE) E SUA EFETIVIDADE

Em relação à efetividade dos programas de *compliance* (ou integridade), considera-se que há uma preocupação com sua melhoria, podendo ser fixados os seguintes planos:

I. Plano da existência (implantação - muitos desafios corporativos, entendimento dos valores e da cultura local, regional e global, alocação de recursos e treinamento de pessoal);
II. Plano da validade (regulação – concepção, e reconhecimento pelos destinatários, de mecanismos normativos de prevenção, detecção, correção e sanção de atos impróprios);
III. Plano da eficácia (resultados – concepção, e reconhecimento pelos destinatários, de mecanismos operacionais de prevenção, detecção, correção e sanção de atos impróprios);

10 Retomando alguns aspectos que trouxeram dúvidas no Decreto Federal n.8.420/2015, considera-se a possibilidade de aplicação cumulativa das sanções dos art. 86 a 88 da Lei 8.666/1993, prevista no art. 40, IV do regulamento, sem correspondência com o quanto previsto nos arts. 6º e 15 da Lei no12.846/2013, visto que o Processo Administrativo de Responsabilização – PAR volta-se para a aplicação de sanções administrativas específicas da lei. Tem-se também que verificar a regularidade jurídica (legalidade) da previsão do seu art. 37, III, que confere a natureza de título executivo extrajudicial do instrumento do acordo de leniência.

11 Tem-se que destacar a inovação e a originalidade trazidas com as Leis do DF (6.112, de 02/02/2018) e do RJ (7.753, de 17/10/2017), que passaram a exigir a existência de programas de *compliance* (ou integridade) nas empresas que contratam com o poder público estadual, mas a análise dos aspectos mais relevantes aqui ficaria prejudicada, pelo que será deixada para próximas incursões no tema.

IV. Plano da efetividade (mudança de cultura – introdução, consolidação e garantia de mudanças de comportamento corporativo para realização de negócios éticos).

HUI CHEN, técnica do *U.S. Department of Justice* em 2015, escreveu um artigo com EUGENE SOLTES, relatando a experiência da avaliação da efetividade dos programas de *compliance* (ou integridade)[12], a partir da verificação de que as firmas tinham sistemas normativos internos sobre políticas e procedimentos e que contavam com muitos controles dos sistemas, especialmente financeiros, mas não haviam evidências de que as empresas haviam testado estas políticas e nem quantas violações haviam experimentado.

HUI CHEN criou uma lista de questionamentos para avaliação da efetividade dos programas de *compliance* (ou integridade), podendo ser resumidos nos seguintes assuntos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros [13].

Anda sobre a questão da efetividade dos programas de *compliance*, percebe-se que as definições de efetividade para avaliação dos Programas de Compliance do *U.S. Department of Justice* influenciaram fortemente as normas que tratam do tema, passando a ser discutidos, implementados, avaliados e monitorados, a partir dos seguintes aspectos: *alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros*.

12 SOLTES, Eugene; CHEN, Hui. *Why compliance programs fail – and how to fix them*. Harvard Business Review, march/april 2018.

13 A partir dos assuntos, são estes os questionamentos de HUI CHEN: *ALTA CÚPULA E NÍVEL GERENCIAL: No último ano e meio de gestão como os líderes seniores, através de suas palavras e ações, tem encorajado ou desencorajado tipos de más condutas? Que tipos de informações tem o Conselho de Administração e Gerência Sênior examinado em seu exercício de supervisão? AUTONOMIA E RECURSOS: Qual tem sido a taxa de rotatividade do pessoal relevante de conformidade e controle? Tem havido específicas transações ou negócios que estavam parados, modificados ou mais estreitamente examinados como resultado de preocupações de conformidade? TREINAMENTO E COMUNICAÇÕES: Como a empresa avalia se seus funcionários sabem quando procurar conselho e se eles estariam dispostos a fazê-lo? Como a empresa mediu a eficácia da formação dos empregados? RELATÓRIOS CONFIDENCIAIS E INVESTIGAÇÃO: Como a empresa recolheu, analisou e utilizou informações de seus mecanismos de geração de relatórios? Até onde vão as conclusões investigativas? INCENTIVOS E MEDIDAS DISCIPLINARES: Quais os registros da empresa (por exemplo: número e tipos de ações disciplinares) relacionados com estes tipos de conduta? As ações disciplinares e incentivos foram suficiente bastante e consistentemente aplicados em toda a organização? MELHORIA CONTÍNUA, TESTES PERIÓDICOS E AVALIAÇÃO: A empresa tem programa de conformidade revisados e auditados, incluindo testes de controles relevantes, coleta e análise de dados de conformidade e entrevistas de funcionários e terceiros? Que tipos de auditoria relevantes, conclusões e remediações em progresso foram relatados para a gestão de forma regular? GERENCIAMENTO DE TERCEIROS: Como a empresa tem monitorado questão com terceiros? Como a empresa tem incentivado conformidade e comportamento ético por parte de terceiros?*

Estes aspectos norteiam as constatações de SCHRAMM[14], as orientações contidas nas diretrizes definidas pelo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pelo Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União no Brasil (2015 e 2017) e ainda as diretrizes da ABNT (2016 e 2018).

Por sua vez, o *Evaluation of Corporate Compliance Programs*[15] já se constitui em atualização do estudo elaborado por HUI CHEN (Seu programa de Compliance é eficaz?- DOJ – 2015[16]), na medida em que define os *"filip factors"*, voltados para verificar a efetividade de um programa de compliance pré-existente e os esforços de remediação de atos equivocados.

No Brasil, a Portaria nº 426/2016, que *dispõe sobre a instituição da Política de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão* (DOU de 03/01/2017, nº 2, Seção 1, pág. 105), reflete sua influência na elaboração do *Manual de Gestão de Integridade, Riscos e Controles Internos da Gestão* (2017), trazendo definições importantes para guiar a implantação de Programas de Integridade em órgãos públicos.

Chamam a atenção as contribuições do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, que no *Programa de Integridade - Diretrizes para Empresas Privadas* (2015) efetivou sugestão para que os programas sejam repousados em cinco pilares: *Comprometimento e apoio da alta direção*; *Instância responsável pelo Programa de Integridade; Análise de perfil e riscos*; *Estruturação das regras e instrumentos*; *Estratégias de monitoramento contínuo*. No *Manual para Implementação de Programas de Integridade* (2017) do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, tem-se a preocupação de promover uma cultura de integridade no serviço público, onde também se evidenciam quatro eixos de atuação: *comprometimento e apoio da alta direção*; *instância responsável*; *análise de riscos*; *monitoramento contínuo.*

6. TRATAMENTO NORMATIVO CONSTITUCIONAL ATUAL DA ADVOCACIA DE ESTADO

Como já se disse[17], a partir da definição dos elementos conformadores do Estado Democrático de Direito, faz-se mister considerar que o Texto Magno dispensou tratamento constitucional extremamente relevante para a Advocacia Pública, constituindo-se em inovadora disciplina normativa que, apesar de ainda carecer de aperfeiçoamento, é, inquestionavelmente, fruto do avanço institu-

14 SCHRAMM, Fernanda Santos. *O compliance como instrumento de combate à corrupção no âmbito das contratações públicas*. Florianópolis: Dissertação. Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito. 2018.

15 EUA. *Evaluation of Corporate Compliance Programs*. *Department of Justice*. Criminal Division Fraud Section.

16 *Ib idem.*

17 GONÇALVES, Cláudio Cairo. *Qual autonomia para as Procuradorias-Gerais dos Estados? – Contributo para o fortalecimento do seu papel institucional e constitucional*. *In*: Revista Fórum Administrativo, Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 13, n. 146, abr. 2013.

cional experimentado com a nova ordem jurídica inaugurada no Brasil a partir de 1988[18].

Inicialmente, para efeito de distinção dos perfis do tratamento constitucional da Advocacia, é oportuno trazer aqui a classificação do inesquecível DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO[19], no sentido de que os ministérios advocatícios se dividem em *(1) advocacia privada, como sua manifestação genérica à qual cabe a defesa de todos os tipos de interesses, salvo os reservados privativamente às suas manifestações estatais, e (2) a advocacia pública, aqui empregada em sentido pleno, subdividida em três manifestações específicas.*

As três espécies funcionais de Advocacia Pública, criadas todas pela Carta Política, segundo o saudoso professor de direito administrativo, *caracterizam diferentes ministérios públicos da advocacia, distinguidas, bem como as suas res-*

---

18 Texto originalmente promulgado:
Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
§ 1º A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
§ 2º O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.
§ 3º Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.
Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, observado o disposto no art. 135.
Este é o texto constitucional em vigência atualmente:
Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.
§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.
§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.
§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.
Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

19 *A Responsabilidade do Advogado de Estado*, Exposição apresentada em 31 de outubro de 2007, no auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Consulta em http://abrap.org.br/2011/images/stories/doc/res.pdf - 31-01-2012.

pectivas carreiras, consoante a especial tutela de interesses a que se dirigem: ***primo****, a advocacia da sociedade, cujas funções se voltam à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conformando o Ministério Público, expressão empregada agora em seu sentido estrito;* ***secundo****, a advocacia das entidades públicas, cujas funções se especializam na defesa dos interesses públicos primários e secundários cometidos aos diversos entes estatais, políticos ou administrativos, constituindo, por isso, os diversos ramos da Advocacia de Estado, e,* ***tertio****, a advocacia dos hipossuficientes, cujas funções se dirigem à defesa dos interesses dos necessitados, constituindo a assim denominada Defensoria Pública.*

7. O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NA EFETIVAÇÃO DOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE (OU INTEGRIDADE)

Tratando especificamente da *Advocacia de Estado*, na acepção de MOREIRA NETO, diversos são os papéis a serem desempenhados pelo Advogado Público que exerce as funções de *representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas,* considerando os princípios que norteiam a atuação funcional e profissional dos Procuradores do Estado, que representam imperativos orientadores no cumprimento das Constituições Federal e Estadual, das respectivas Leis Orgânicas das Procuradorias Gerais do Estado e respeito às demais leis, com o objetivo de preservar e ampliar a credibilidade e respeitabilidade conquistadas pelas instituições.

Neste sentido, os papéis a serem desempenhados pelo Advogado de Estado podem definidos a partir de critérios internos e externos. São critérios internos aqueles vinculados à implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) em suas próprias unidades. São critérios externos aqueles relacionados ao fomento, apoio e suporte às de implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) nas demais unidades da administração pública correspondente.

7.1 O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NO ÂMBITO INTERNO

Sobre a implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) em suas próprias unidades, tais atividades visam assegurar aos Procuradores do Estado a preservação de sua imagem e reputação, estimular condutas profissionais irrepreensíveis, sob o ponto de vista da honradez, honestidade, transparência, retidão e boa-fé, atributos ínsitos ao cargo de Advogado do Estado, mais do que simplesmente (o que não é pouco!) implantar padrões éticos de conduta através de um Código de Ética Profissional dos Procuradores do Estado, assim como também princípios de lisura e probidade; decoro inerente ao exercício da função pública; reputação pessoal e profissional ilibadas; e, redução de litigiosidade, sempre que possível, devem se voltar também para a execução de um verdadeiro programa de *compliance* (ou integridade) que verse sobre os

seguintes pontos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros.

Neste particular, a maioria das procuraturas estaduais ainda vive uma espécie de "cegueira deliberada", sem Código Interno de Conduta, sem disciplina sobre exercício da advocacia privada ou conflito de interesses, sem acompanhamento sobre o exercício efetivo da dedicação exclusiva, sem discutir a questão da carga de trabalho da dedicação exclusiva e diferença remuneratória, como se estas questões pudessem ser resolvidas e enfrentadas de forma subliminar ou sub-reptícia.

As Procuradorias Estaduais precisam fazer os seus "deveres de casa", passando a tratar o tema do *compliance* interno com transparência e objetividade.

Sobre a implantação dos Programas de *Compliance* (ou Integridade), é possível a existência dos sistemas de integridade nas Procuradorias Gerais dos Estados, como *Códigos de Conduta,* cumprindo, basicamente duas funções: a) descrever o regramento das situações de riscos que podem ocorrer na instituição; b) informar a todas as pessoas as condutas obrigatórias, preferenciais e facultadas em face do programa.

É importante observar que há um debate sobre a legitimidade destes códigos e a sua incorporação pelo ordenamento jurídico, havendo dois modelos recorrentes: a) o primeiro, consiste na participação, no processo de elaboração, dos grupos interessados e destinatários das normas de autoregulação, concebendo-se maior legitimidade democrática; b) o segundo modelo, diz respeito a um direcionamento pela administração pública, em determinados momentos da elaboração das normas, podendo estabelecer as diretrizes previamente ou, posteriormente, comprovando o grau de qualidade da autoregulação.

Aliás, o tema da *autoregulação* vem ganhando relevância, ao passo que ordenamentos jurídicos passam a tratar com mais atenção a estruturação interna das organizações, em busca de uma responsabilização/sancionamento cada vez mais efetiva, atentando para a individualização das condutas e consequentes sanções.

Deste modo, os programas de *compliance* (ou Integridade) têm as seguintes finalidades: 1) prevenção da prática do desvio de conduta (preventiva); 2) facilitação da apuração da autoria delitiva no âmbito administrativo, com a individualização de desvios de condutas nas instituições (repressiva).

Os programas de *compliance (ou integridade)* passam a cumprir função estratégica de vigilância no âmbito da instituição, como uma dinâmica característica da "sociedade de risco", com a transferência de parte da responsabilidade pela fiscalização e controle de eventuais desvios na condução de suas atividades próprias empresas ou a terceiros.

Em relação aos treinamentos internos para o *compliance* nas Procuradorias Estaduais, pode-se trazer a análise de ANDRÉ CASTRO CARVALHO[20], que enfoca a importância dos treinamentos corporativos, para que os colaboradores possam ter condições efetivas de *ler, assimilar e aplicar o conteúdo descrito no programa de integridade*. Primeiramente, o treinamento deve ser visto como *estratégia de longo prazo de uma empresa para a criação, consolidação, adaptação ou mudança de uma cultura de compliance*. Para o autor, o treinamento corporativo em *compliance não se confunde com uma aula*, tampouco *com palestra, seminário ou workshop*, mais se aproximando de capacitação para o *compliance*, para quem o treinamento tem como objetivos certificar ciência ao programa; isentar responsabilidades; proteger a empresa de risco reputacional; e, mitigar riscos de violação. O autor sugere várias técnicas para desenvolver os treinamentos, tais como a *hierarquia das necessidades de Maslow*, a *"Caixa de Betari"*, "*Keep It Simple And Short", "Show, Don't Tell", "Tell, Explain, Describe".* Quanto às qualidades do *Treinador Corporativo,* elenca as técnicas de *6 C's* (confiança, controle, consideração, comunicação, conexão, compromisso). Elenca também *Técnicas para Escutar a audiência; Modelo de Comunicação 5Ps (Pause, Pose, Propose, Postpone, Park); Tipos Adequados de Perguntas; modos de treinamentos corporativos (modo hierárquico, modo cooperativo e modo autônomo); Técnicas para preparação e desenvolvimento da sessão; Técnicas para lidar com perfis difíceis; e, Metodologia de Avaliação dos Treinamentos.*

Outro aspecto relevante dos programas de Integridade nas instituições públicas é a atuação do *Compliance Officer* na sua estrutura de funcionamento. Esta importância se dá tanto em relação ao aprimoramento das atividades de prevenção, detecção e remediação de condutas equivocadas, quanto em relação aos riscos de reputação e à responsabilização da entidade ou do próprio *Compliance Officer* pela ausência de atuação conforme as regras do *compliance*, muitas vezes em "cegueira deliberada".

Deve-se citar também a questão do *whistleblowing*, em que determinados órgãos passam a ter muito mais do que simples *Ouvidorias*, mas conter verdadeiros *canais de denúncia.* CARVALHO e ALVIM[21], justificando o estrangeirismo em razão da práxis corporativa que normalmente não traduz literalmente os termos utilizados, empregam as expressões *whistleblowing* e *whistlsblower* como *delação* e *delator*, considerando como reflexo do exercício do direito de liberdade de expressão, a possibilidade de relatar qualquer ilícito em razão dos princípios da integridade e da transparência. A seguir, enfocam as características do denunciante, considerando que os acionistas são aqueles que estão mais propensos a denunciar, podendo ser incluídos os auditores externos que,

20 CARVALHO, André Castro, Treinamentos Corporativos. Texto não publicado.

21 CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *Linha ética: denúncia, denunciante e canal de denúncias* – Trabalho não publicado.

apensar de menos propensos, passam a ser mais visíveis para as autoridades regulatórias em face da legislação contábil mais recente. Quanto aos motivos que levam a pessoa a ser denunciante, destacando aspectos culturais, elencam fatores psicológicos, éticos, estruturais e até elementos de retaliação ou tipos de ilícitos, como elementos que determinam a adoção do canal de denúncias. Após, consideram que os princípios norteadores do exercício do direito de relatar qualquer ilícito são os da integridade e da transparência.

Em estudo mais recente, e aparentemente em caráter evolutivo do trabalho anterior, CARVALHO e ALVIM [22] promovem o conceito de denúncia e de canais de denúncia, fazendo uma abordagem ampla, a partir de aspectos jurídicos, de gestão, contábeis, de auditoria e práticos. Assim, a partir do conceito da Transparência Internacional, para quem a *denúncia é o relato interno das condutas observadas*, asseveram que *a denúncia é o relato voluntário de uma transgressão a um ente externo*. Para diferenciar de outros contextos, empregam a expressão *whistlsblower* como denunciante de boa-fé. Para os autores, a denúncia deve possuir quatro elementos: (1) a denúncia deve ser expressão de "algo", como ação ou inação inapropriada (passada, presente ou futura); (2) a denúncia deve ser de boa-fé (não há participação do denunciante no ato) e razoável (credível, lógica); (3) é necessário fazer a distinção entre reportante e aquele que leva a informação; (4) é preciso que haja capacidade do reportado de tratar a informação. Os autores também aludem ao que pode ser considerado como denúncia razoável, aquela que contêm respostas sobre: o que(?); quem (?); por que(?); onde (?); quando; como(?); e, quanto(?). Fazem menção ao *tipping off* como a quebra do sigilo quanto à denúncia.

Da mesma forma é preciso tratar o *tipping off* também como a quebra do sigilo quanto à denúncia. DENNIS COX define o *tipping off* como a *ciência ou suspeita de que uma divulgação foi feita* e *é feita uma divulgação susceptível de prejudicar qualquer investigação que possa ser conduzida na sequência da divulgação acima referida* [23].

Também a questão do monitoramento interno das atividades das Procuradorias e de seus membros, para garantir reabilitação e evitar reincidências, deve passar por mudança na abordagem da regulação do *compliance*, analisando o entendimento atual do ambiente regulatório, o entendimento do ambiente interno das instituições, a necessidade de fixação dos objetivos do *compliance* para as altas cúpulas, operações de *compliance* e o mapeamento do futuro das

22 CARVALHO, André Castro; ALVIM, Tiago Cripa. *WHISTLEBLOWING NO AMBIENTE CORPORATIVO – STANDARDS INTERNACIONAIS PARA SUA APLICAÇÃO NO BRASIL*. In: Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento. Org.: PAULA, Maro Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. Belo Horizonte-MG: Editora Fórum, 2018.

23 COX, Dennis. *Handbook of Anti Money Laundering*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, Ltd, 2014., The Us Regulatory Framework, chapter 23.

instituições através do *compliance*, para recomendar a existência de orçamento próprio, linhas éticas (canais de denúncia), entre outras medidas que possam implantar, consolidar, ampliar e fortalecer este irreversível fenômeno.

7.2 O PAPEL DA ADVOCACIA DE ESTADO NO ÂMBITO EXTERNO

Sobre as atividades de fomento, apoio e suporte pelas Procuradorias Estaduais à implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) nas demais unidades da administração pública correspondente, tais atuações visam assegurar que os programas alcancem efetividade e resultados, para além do mero discurso da probidade e do controle de eficiência das políticas públicas, da atuação (retórica pura e dogmática exacerbada) em prol da legalidade e moralidade dos gastos públicos, da atuação (circunspecta) na elaboração de projetos de lei do Estado, da (recalcitrante) defesa do Estado nas ações judiciais, da (insatisfatória) recuperação dos prejuízos causados ao patrimônio público e da cobrança de tributos, os Procuradores do Estado, ao chamarem para si a competência e responsabilidade pela efetiva implantação dos programas de integridade nas demais unidades da administração pública, adotam postura pró-ativa, atual, inédita e de bom senso, para conceber e acompanhar a sua implantação.

Confira-se, a propósito, a atuação da ANAPE, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº5.466/DF, relacionada à Medida Provisória 703/2015, cuja pretensão era alterar a Lei nº12.846/2013, que, apesar de ter perdido eficácia, representa excelente oportunidade verificar o papel da Advocacia de Estado, pela impossibilidade de se prescindir da atuação da Advocacia Pública, *in casu* estadual, nos denominados acordos de leniência, não sendo meramente participação "facultativa". Isto se mostra incompatível com a sistemática jurídica especificada pela Constituição da República, porque não pode ser dado, mormente aos Estados e ao Distrito Federal, celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos e pelos fatos investigados e previstos naquele diploma legal, sem a participação obrigatória dos Procuradores do Estado, uma vez que reservada constitucionalmente a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas. Ademais, sob a ótica prospectiva, o que dizer dos acordos de leniência celebrados sem a participação dos Procuradores do Estado, quando houver a necessidade de implementação dos seus efeitos jurídicos no âmbito administrativo interno e no campo judicial propriamente dito(?).

Vale destacar ainda que, diante da nova estrutura jurídica das empresas estatais no Brasil (Lei 13.303/2016, que *dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias*), amplamente, circulam temas como: o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre a aplicação da Lei de Licitações às empresas estatais; os novos regimes licitatórios para obras e serviços nas empresas públicas ou sociedades de economia

mista; os rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista; e, conceitos, exemplos e situações de conflito de agência.

Tais temas também dizem respeito diretamente às Procuradorias Estaduais, por força da crescente competência que vêm adquirindo, em relação à extensão da representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas, órgão diretamente subordinado ao Governador[24], tanto no exercício da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico pela Procuradoria Geral do Estado, quanto no próprio exercício da representação judicial e extrajudicial.

No Brasil, o *Guia de Implantação de Programa de Integridade nas Empresas Estatais – Orientações para Gestão da Integridade nas Empresas Estatais Federais* (Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU, 2015), trazendo definições importantes para guiar a implantação de Programas de Integridade nas empresas estatais, influenciou muito a elaboração de outros *Manuais de Gestão de Integridade*, apesar de ainda em certo descompasso com a Lei 13.303/2016, bem como em relação a sua respectiva regulamentação (Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016).

Sobre os rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista, convém registrar que mesmo antes da Lei 13.303/2016, de sua respectiva regulamentação (Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016), e do vigente Regulamento de Licitações e Contratos da Petrobras (RLCP), a Petrobrás passou a aplicar sanções mais severas através de sua *Comissão para Análise de Aplicação de Sanções e Elogios* (CAASE), quando, paralelamente, a sociedade brasileira começa a receber as informações sobre condutas ilícitas praticadas na companhia através da Operação Lava Jato.

No plano federal, há relatos de alegação de nulidade de processo administrativo por violação do direito líquido e certo, obtidos em manifestação jurídica de empresa[25], pela impossibilidade do exercício de direito de defesa ante a genérica e imprecisa imputação veiculada em Ofício, também pela nulidade da notificação de empresa para apresentar defesa sem a antecedente produção de elementos de prova por parte da empresa estatal contratante. No mérito, alegou-se a inocorrência de cartel nas contratações da empresa estatal contratante, a

24 *V.g.*, EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 22/2015, à Constituição do Estado da Bahia, que modifica o regime de concessão da vantagem pessoal em razão do exercício de cargo de provimento temporário e revoga o art. 39, o inciso XXVIII do art. 41 e o § 2º do art. 140, todos da Constituição Estadual, e dá outras providências.

25 UTC ENGENHARIA S/A, pessoa jurídica de direito privado, em relação ao Ofício DETM 0743/2014 perante a Comissão para Análise de Aplicação de Sanção – CAASE/Petrobrás.

sua responsabilidade pelos atos investigados, com requerimento de suspensão dos efeitos das medidas acauteladoras impostas, por força da nulidade das medidas acauteladoras, pela ausência de autorização legal para a medida cautelar de "bloqueio da empresa", o perigo reverso da cautelar [26]. Quanto ao conflito de agência, segundo CARVALHO e VENTURIN [27], o maior desafio do novo marco legal das empresas estatais, é regular a governança corporativa e harmonizá-la com os mais diversos tipos de controles exercidos sobre as estatais observância e ponderação dos interesses legítimos envolvidos (Poder Público, cidadãos e acionistas). De acordo com os autores, o conflito de agência ganha novos contornos, a partir da Lei 13.303/2016, de sua respectiva regulamentação, justo porque os aprimoramentos trazidos com o novel diploma legal, cuidam de robustecer a governança corporativa e definir o seu âmbito de discricionariedade gerencial. Não se pode duvidar do papel quando do exercício da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico pela Procuradoria Geral do Estado.

Também tem sido recorrente (e recente) o debate jurídico sobre o alcance, existência e validade dos Acordos de Leniência pelo Ministério Público Federal[28]. Para SEBASTIÃO TOJAL e IGOR TAMASAUSKAS[29], os Acordos de Leniência são considerados novos instrumentos do direito administrativo sancionador, como evolução de uma atuação administrativa participativa, respaldada na consensualidade, entendida esta como *participação ativa dos particulares na Administração Pública*.

---

26 A medida cautelar de "bloqueio da empresa" não se encontra mais prevista na legislação que rege a matéria, em face de sua duvidosa legalidade, na medida em que aplicam-se às empresas estatais as sanções estabelecidas na Lei no12.846, de 2013, exceto aquelas previstas nos incisos II, III e IV do caput do art. 19 da referida Lei (Art. 61 do Decreto nº 8.945, de 27 de dezembro de 2016), ou seja, em razão da prática de atos previstos no art. 5º da Lei no12.846, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público, poderão ajuizar ação com vistas à aplicação das seguintes sanções às pessoas jurídicas infratoras: (...) suspensão ou interdição parcial de suas atividades (II); dissolução compulsória da pessoa jurídica (III); proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos (IV)(Art. 19).

27 CARVALHO, André Castro; VENTURIN Otavio*. Governança corporativa e controle do "Sistema U" sobre a gestão das estatais*. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/governanca-corporativa-e-controle-do-sistema-u-sobre-gestao-das-estatais-02022018, acesso em 04-06-2018.

28 STF - Medida Cautelar em Mandado de Segurança 35.435. Distrito Federal. 2018, TRF 4ª Região - Agravo de Instrumento nº5023972-66.2017.4.04.0000/PR, 2017, Justiça Federal - Seção Judiciária do Paraná - 13ª Vara Federal de Curitiba, Petição nº 5054741-77.2015.4.04.7000/PR (limites dos órgãos de controle quanto aos acordos de leniência, celebrados pelo MPF e CGU)

29 TOJAL, Sebastião Botto de Barros; TAMASAUSKAS, Igor Sant'anna. *A leniência anticorrupção: Primeiras aplicações, suas dificuldades e alguns horizontes paro instituto*. In: Maria Thereza de Assis Moura; Pierpaolo Cruz Bottini. (Org.). Colaboração Premiada. 1ed.São Paulo: Thomson Reuters - Revista dos Tribunais, 2017, v. 1, p. 237-254.

Quando do exercício das respectivas competências para celebrar os Acordos de Leniência pelos órgãos de controle e *accountability*, já se percebe que, a partir dos Acordos de Leniência já firmados no Brasil, como a legislação que trata da matéria (Lei 12.846/2013) ainda é recente, em *ambiente institucional multiagência*, de competências superpostas (CGU, TCU, AGU, MPF, CADE) estão ficando comprometidas as regras e princípios vinculados à segurança jurídica, boa fé e confiança legítima na celebração de Acordos de Leniência.

GUSTAVO JUSTINO DE OLIVEIRA[30], tratando dos problemas da "multiagência" no Brasil, sugere alteração na lei anticorrupção, para introduzir um comitê administrativo envolvendo todos os órgãos de controle e *accountability*, como foro de celebração do Acordo de Leniência, além de sugerir, em casos extremos e específicos, a adoção de medida judicial para obrigar todos os órgãos de controle a sentarem na mesa para assinatura do Acordo de leniência.

Na mesma linha, mas em caráter mais específico, RAFAEL SCHWIND [31], em relação à possibilidade de celebração de acordos, transação e conciliação nas ações de improbidade administrativa, quanto a alguns preceitos da lei de Improbidade (*v.g.*: art. 17, §1º da Lei 8.429/92), defende a necessidade de atualização da interpretação e compatibilização com concepções mais recentes e adequação às alterações do ordenamento jurídico, considerando inaplicáveis, *in absolucto*, a indisponibilidade do interesse público e a concepção da punição como tratamento adequado.

Em caráter complementar, no contexto histórico de 2017, CAIO FARAH RODRIGUEZ [32] traz a questão sobre o choque de legalidade proporcionado ao Brasil com a Operação Lava Jato, chamando a atenção para a importância dos Acordos de Leniência e Delações Premiadas como novas ferramentas para enfrentar a existente corrupção estrutural (modeladora das relações entre Estado e empresas), chamando atenção para o paradigma da Suprema Corte dos EUA (*Brown versus. Board of Education,* 1954*)*, em que se incentivou e determinou a implementação da prática judicial em Cortes Inferiores da chamada *"execução complexa"*, para além da aplicação típica da lei, como direito de desagregar e desestabilizar relações e costumes arraigados, com aplicação em escolas, prisões e hospitais.

Em contraposição, tratando a corrupção, não só como um problema indi-

30 OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *A insegurança jurídica das empresas e os acordos de leniência na legislação anticorrupção brasileira*. Migalhas. ISSN 1983-392X, http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI259553,21048-A+inseguranca+juridica+das+empresas+e+os+acordos+de+leniencia+na,. 29 de maio de 2017, acesso em 10 de junho de 2018.

31 SCHWIND, Rafael Wallbach. *Possibilidade de celebração de acordos, transações e conciliações nas ações de improbidade*. Revista Síntese Direito Administrativo: São Paulo-SP. n. 141, Ano XII, 2017.

32 RODRIGUEZ, Caio Farah. *Lava Jato e o choque de legalidade no país*. Folha de São Paulo: São Paulo-SP. 02 de julho de 2017.

vidual, mas como problema de ação coletiva, CARSON e PRADO [33] elencam o sistema brasileiro de "multiagência" como exemplo para ajudar nas respostas para as reformas da política anticorrupção, reportando-se à multiplicidade institucional pró-ativa e reativa.

Assim, resta claro que a participação externa ativa e direcionada das *procuraturas estaduais* à implementação e efetivação dos programas de *compliance* (ou integridade) é necessária e indispensável, em relação à representação judicial e extrajudicial, a consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas, além da vinculação técnica das empresas estatais correspondentes, o que não implica em defesa de interesse próprio ou corporativo, mas sim do interesse público, para reforço e o aprimoramento das atividades das Procuradoria Estaduais.

8. CONCLUSÕES

Como conclusões, entendendo-se cabíveis duas espécies de encaminhamentos, pode-se registrar e afirmar o seguinte:

1. Sobre a implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) em suas próprias unidades:

    1.1. Os Programas de *compliance* (ou integridade) nas Procuradorias Estaduais devem versar sobre os seguintes pontos: alta cúpula e nível gerencial; autonomia e recursos; políticas e procedimentos; avaliação de riscos; treinamento e comunicações; relatórios confidenciais e investigação; incentivos e medidas disciplinares; melhoria contínua, testes periódicos e avaliação; gerenciamento de terceiros;

    1.2. Os Programas de *compliance* (ou integridade) nas Procuradorias Estaduais devem ser acompanhados de Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado, podendo ser introduzidos por via infralegal, mas com previsão legal expressa da competência interna para sua incursão no mundo jurídico;

    1.3. Os programas de *compliance* (ou Integridade) nas Procuradorias Estaduais devem visar a prevenção da prática do desvio de conduta (preventiva) e a facilitação da apuração da autoria delitiva no âmbito administrativo, com a individualização de desvios de condutas nas instituições (repressiva);

33 CARSON, Lindsey D.; PRADO, Mariana Mota. *Using institutional multiplicity to address corruption as a collective action problem: Lessons from the Brazilian case*. The Quarterly Review of Economics and Finance. Publisher: Elsevier, 2016, http://dx.doi.org/10.1016/j.qref.2016.07.009, acesso em 10/06/2018.

1.4. Os Programas de *compliance* nas Procuradorias Estaduais passam a cumprir função estratégica de vigilância no âmbito da instituição, como uma dinâmica característica da "sociedade de risco", com a transferência de parte da responsabilidade pela fiscalização e controle de eventuais desvios na condução de suas atividades próprias empresas ou a terceiros;

1.5. Os Programas de *compliance* (ou integridade) nas Procuradorias Estaduais devem contemplar treinamentos internos intensos, periódicos e de reavaliação, para que os membros e colaboradores possam ter condições efetivas de *ler, assimilar e aplicar o conteúdo descrito no programa de integridade,* onde seja visto como *estratégia de longo prazo da instituição para a criação, consolidação, adaptação ou mudança de uma cultura de compliance*;

1.6. Os Programas de *compliance* (ou integridade) nas Procuradorias Estaduais devem prover a atuação do *Compliance Officer* na sua estrutura de funcionamento, concebendo-se a estrutura e operacionalidade necessárias ao bom desempenho da função, como forma de aprimoramento das atividades de prevenção, detecção e remediação de condutas equivocadas, quanto em relação aos riscos de reputação e à responsabilização da entidade ou do próprio *Compliance Officer* pela ausência de atuação conforme as regras do *compliance*, muitas vezes em "cegueira deliberada";

1.7. Os Programas de *compliance* (ou integridade) nas Procuradorias Estaduais devem contemplar os *canais de denúncia*, com a possibilidade de qualquer interessado relatar qualquer ilícito em razão dos princípios da integridade, da transparência e sigilo da informação;

1.8. As Procuradorias Estaduais devem ter previsão normativa e capacidade de realizar monitoramento interno das atividades das Procuradorias e de seus membros, para garantir reabilitação e evitar reincidências;

1.9. Os Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado devem descrever o regramento das situações de riscos que podem ocorrer na instituição e informar a todas as pessoas as condutas obrigatórias, preferenciais e facultadas, bem como versar sobre regras e princípios de lisura e probidade; decoro inerente ao exercício da função pública; reputação pessoal e profissional ilibadas; e, redução de litigiosidade, sempre que possível;

1.10. Os Códigos de Ética Profissional dos Procuradores do Estado devem provir de ampla participação, no processo de elaboração, dos grupos interessados e destinatários das normas de autoregulação, concebendo-se maior legitimidade democrática;

1.11. As procuraturas estaduais devem afastar sua própria "cegueira deliberada", discutindo, deliberando e dispondo sobre exercício da advocacia privada ou conflito de interesses, acompanhamento do exercício efetivo da dedicação exclusiva, carga de trabalho da dedicação exclusiva e diferença remuneratória.

2. Sobre as atividades de fomento, apoio e suporte pelas Procuradorias Estaduais à implantação dos programas de *compliance* (ou integridade) nas demais unidades da administração pública correspondente:

2.1. A Advocacia de Estado deve procurar participar ativamente dos procedimentos de celebração dos Acordos de Leniência;

2.2. No exercício da representação judicial e extrajudicial e da consultoria e o assessoramento jurídico do Estado e de suas autarquias e fundações públicas pela Procuradoria Geral do Estado e, diante da vinculação técnica da consultoria e o assessoramento jurídico das empresas estatais pela Procuradoria Geral do Estado, é necessária atuação planejada, preventiva e reativa, sobre conflitos de interesses, conflitos de agência, os novos regimes licitatórios para obras e serviços nas empresas públicas ou sociedades de economia mista, afastamento dos rigores excessivos e ofensas às prerrogativas processuais e direitos materiais, especialmente de pessoas jurídicas de direito privado que contratam com empresas públicas ou sociedades de economia mista;

2.3 As Procuradorias Estaduais devem oferecer modelos jurídicos estaduais de prevenção dos problemas da "multiagência" do âmbito federal, como no caso da sugestão da criação do comitê administrativo envolvendo todos os órgãos de controle e *accountability*, como foro de celebração do Acordo de Leniência.

Deste modo, conformando-se a maioria dos temas aqui versados, as Procuradorias Estaduais obterão protagonismo institucional necessário e indispensável para uma verdadeira contribuição ao combate da corrupção no Brasil.

TRABALHO TÉCNICO: CONTESTAÇÃO NOS AUTOS DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0900174-42.2018.8.24.0023

Célia Iraci da Cunha [1]

RESUMO

Trata-se de contestação apresentada em ação que visa a condenar o Estado de Santa Catarina ao pagamento de valores acordados em Deliberação de Comissão Intergestores Bipartite no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Na elaboração da defesa, verificou-se que as obrigações assumidas pelo Secretário de Estado da Saúde não foram precedidas das providências determinadas pelos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que tratam da assunção de obrigações e criação de despesas de caráter continuado.

Dessa forma, o Estado requereu a declaração incidental de nulidade da Deliberação CIB n. 142/15, ato administrativo normativo que criou a obrigação.

Entende-se, dessa forma, que as obrigações criadas em CIB devem obedecer aos preceitos da LRF, bem como subordinam-se à suficiência orçamentária.

A contestação foi apresentada em 27 de junho de 2018.

No âmbito judicial, houve antecipação dos efeitos da tutela reconhecendo força normativa da Deliberação CIB em comento, da qual foi interposto agravo de instrumento com os mesmos fundamentos.

CONCLUSÃO

Deliberações das Comissões Intergestores Bipartite estão subordinadas às determinações da Lei de Responsabilidade Fiscal para terem validade e criarem obrigações ao Estado.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DA F AZENDA PÚBLICA, COMARCA DA CAPITAL

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 0900174-42.2018.8.24.0023
AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RÉU: ESTADO DE SANTA CATARINA

O **ESTADO DE SANTA CATARINA**, pessoa jurídica de direito público interno, vem, respeitosamente, diante de Vossa Excelência, apresentar defesa na forma de **CONTESTAÇÃO**, nos seguinte termos:

1 Procuradora do Estado de Santa Catarina. OAB/SC Nº 22.774. E-mail: celia@pge.sc.gov.br.

1. SÍNTESE DO PROCESSO

Trata-se de ação civil pública em que o Ministério Público pretende o seguinte:

4 PEDIDOS

Ante todo o exposto, o Ministério Público requer:

a) o recebimento da presente demanda com os documentos que a instruem;

b) a concessão de tutela provisória de urgência em caráter incidental para determinar ao Estado de Santa Catarina:

b.1) que retome imediatamente os repasses devidos aos 18 Municípios catarinenses com Centros de Atenção Psicossocial Microrregionais habilitados, devendo efetuar as transferências mensais até o dia 10 de cada mês, aos Fundos Municipais de Saúde, sob pena de sequestro de verbas públicas do Tesouro do Estado no CNPJ 82.951.310/0001-56, em caso de descumprimento ou atraso, sem prejuízo de multa mensal de 10% do valor não repassado ou atrasado, a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde de cada Município prejudicado, com determinação de comprovação de adimplemento, mensalmente, indicando-se o valor efetivamente transferido a cada Município;

b.2) que reconheça e aplique, no cumprimento do item anterior, o incremento anual de 20% no valor da contrapartida estadual aos Municípios para cofinanciamento dos CAPS, sob pena de sequestro de verbas públicas do Tesouro do Estado no CNPJ 82.951.310/0001-56 em caso de descumprimento ou atraso, sem prejuízo de multa mensal de 10% da diferença não repassada, a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde prejudicado;

b.3) que apresente, no prazo de 30 dias, um plano de pagamento de valores atrasados referentes aos repasses dos meses de maio de 2017 a janeiro de 2018, devendo o pagamento ser efetivado em prazo não superior a 9 meses, período razoável em razão dos 9 meses de atraso, com a obrigação de respeitar o valor da Deliberação n. 142/2015 da CIB conforme o reajuste anual de 20% previsto na referida normativa;

b.4) que informe, em respeito ao princípio da transparência, nestes autos o número de CAPS implantados e em funcionamento em janeiro de 2018, para verificação do valor devido e não pago nessa competência, procedendo à mesma informação em todos os meses subsequentes, para fixaçaõ dos valores das parcelas vincendas em conformidade com a Deliberação n. 142/2015 da CIB;

c) a citação do requerido para, querendo, contestar a presente;

d) a intimação pessoal do MP de todos os atos processuais, na forma dos arts. 246, §2º, e 270, parágrafo único, ambos do CPC, e do

> art. 41, IV, da Lei 8.625/1993;
>
> e) a produção de todas as provas admitidas em Direito;
>
> f) ao final, a procedência dos pedidos para condenar o Estado de Santa Catarina:
>
> f.1) confirmando a tutela provisória de urgência deferida, à obrigação de retomar imediatamente os repasses devidos aos 18 Municípios catarinenses com Centros de Atenção Psicossocial Microrregionais habilitados, devendo o Estado efetuar as transferências mensais até o dia 10 de cada mês, aos Fundos Municipais de Saúde, sob pena de sequestro de verbas públicas do Tesouro do Estado no CNPJ 82.951.310/0001-56, em caso de descumprimento ou atraso, sem prejuízo de multa mensal de 10% do valor não repassado ou atrasado, a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde prejudicado, com determinação de comprovação do adimplemento, mensalmente, indicando-se o valor efetivamente transferido a cada Município;
>
> f.2) ao pagamento dos valores não repassados aos 18 Municípios catarinenses com Centros de Atenção Psicossocial habilitados, desde maio de 2017 até quando se prolongue o inadimplemento do disposto na Deliberação n. 142/2015 da CIB, montante que deve ser atualizado e acrescido de juros de mora pela Contadoria Judicial;
>
> f.3) à obrigação de implementação do reajuste anual de 20% no valor da contrapartida estadual aos Municípios para cofinanciamento dos CAPS, sob pena de sequestro de verbas públicas do Tesouro do Estado no CNPJ 82.951.310/0001-56, em caso de descumprimento ou atraso, sem prejuízo de multa mensal de 10% do valor não repassado ou atrasado, a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde prejudicado;
>
> g) a fixação de multa mensal de 10% do valor não repassado ou atrasado, a ser revertido ao Fundo Municipal de Saúde prejudicado, em caso de descumprimento da medida antecipatória e da sentença final, independentemente das sanções penais por desobediência; e
>
> h) por fim, a isenção de custas, emolumentos e outros encargos, a teor do preconizado no art. 18 da Lei n. 7.347/198 e no art. 91 do CPC.
>
> Dá-se à causa o valor de R$ 2.960.840,00.

Intimado a se manifestar no prazo de cinco dias acerca do pedido de antecipação de tutela, o Estado aduziu, em suma: ilegitimidade ativa do MPE como substituto processual dos municípios, litisconsórcio necessário dos municípios e ausência dos requisitos para a tutela de urgência.

A tutela de urgência foi concedida pelo juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Capital, nos seguintes termos:

> 7. Ante o exposto, presentes os pressupostos legais e com a ressalva já anotada, **DEFIRO EM PARTE** o pedido de tutela provisória de urgência (CPC, art. 300 e Lei nº 7.347/85, art. 12) para **DETERMINAR** ao **Estado de Santa Catarina** que retome os repasses mensais aos municípios catarinenses com Centros de Atenção Psicossocial Microrregionais habilitados, inclusive com a majoração anual de 20%, em conformidade ao ajustado na Deliberação nº 142/CIB/15, **no prazo de até 30 dias –** lapso razoável com vistas ao cumprimento da medida - , sob pena de sequestro do valor correlato dos cofres públicos, mediante comprovação **exclusiva** do Ministério Público, em caso de descumprimento ou atraso, sem prejuízo de multa mensal no valor de **5%** do valor não repassado percentual mais do que suficiente a compelir a atuação estatal, dada a magnitude dos valores envolvidos e o tamanho do débito da Secretaria de Estado da Saúde - , *quantum* que será igualmente revertido ao Fundo Municipal de Saúde prejudicado.
>
> 8. **DETERMINO** que o **Estado de Santa Catarina** comprove, mensalmente e diretamente ao Ministério Público, a efetivação dos repasses, especificando os valores destinados a cada município. Este último, caso necessário, noticiará eventual descumprimento nos autos de forma detalhada, requerendo, em ato contínuo, o que entender de direito.
>
> 9. No mais, **DETERMINO** ao **Estado de Santa Catarina** que elabore e apresente em juízo e ao Ministério Público, **em idêntico prazo de 30 dias**, cronograma para pagamento de todos os valores que já estão em atraso. Neste deverá necessariamente constar em quanto tempo é fática e financeiramente possível adimplir os meses pretéritos, **ficando o Estado judicialmente vinculado aos seus termos**, de forma que seu conteúdo não pode ser desproporcional e irrazoável, mormente frente à essencialidade do direito tutelado.
>
> 10. Por fim, ainda DETERMINO ao Estado de Santa Catarina que informe diretamente ao Ministério Público, também no prazo de 30 dias, o número de CAPS implantados e em funcionamento a partir de janeiro de 2018, para que o Órgão verifique eventuais valores devidos e não pagos nessas competências; tais informações deverão ser igualmente fornecidas nos meses subsequentes, para a mesma finalidade, sob pena de multa diária em caso de descumprimento.
>
> **11. DEIXO** de realizar audiência de conciliação, porque o mérito da causa não admite autocomposição (CPC, art. 334, §4º, II).

Às páginas 1157-8 e documentos nas páginas seguintes, o Estado apresenta fato novo, pelo qual pretende a revogação da tutela de urgência ou, subsidiaria-

mente, sua suspensão, a fim de ser designada audiência de conciliação. A análise foi postergada (decisão de fls. 1235).

O Estado propôs Suspensão de Tutela Antecipada, em que, em relação aos presentes autos, o Primeiro Vice-Presidente do TJ concedeu em parte a liminar para suspender a imposição de multa em caso de descumprimento.

O Estado interpôs, também, agravo de instrumento contra a decisão que deferiu a tutela de urgência, autuado sob o número 4014571-51.2018.8.24.0900, com pedido de efeito suspensivo.

Tal processo é semelhante às ACP's n. 0902192-70.2017.8.24.0023, 0902182-26.2017.8.24.0023, 0900175-27.2018.8.24.0023, 0900179-64.2018.8.24.0023, 0902040-22.2017.8.24.0023 e 0900178-79.2018.8.24.0023, que também tratam de repasses aos municípios.

Conforme ficará amplamente demonstrado, o pedido inicial não merece provimento.

2. PRELIMINARMENTE

2.1 AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. PERDA DE OBJETO DA AÇÃO. A DEMANDA ESTÁ SENDO RESOLVIDA NA PRÓPRIA COMISSÃO INTERGESTORES BIPARTITE. ATA DA 219ª REUNIÃO DE 19 DE ABRIL DE 2018.

A ação civil pública em tela visa a obrigar o Estado a restabelecer repasses, a praticar reajuste anual de 20% e a pagar valores em atrasos referentes à Deliberação n. 142/15 da Comissão Intergestores Bipartite (CIB) de Santa Catarina.

Ocorre que o objeto da ação, ou seja, o bem da vida pretendido, foi negociado em CIB recentemente, em 19 de abril de 2018, conforme ata da 219ª Reunião Ordinária da CIB, documento já em anexo aos autos (p. 1195/1206), em que foi decidido, dentre outros pontos, o seguinte:

- substituição do reajuste de 20%, a partir de janeiro de 2019, para o índice INPC;
- pagamento dos atrasados conforme as futuras disponibilidades orçamentárias do Estado.

> **Em resumo, a proposta ficaria da seguinte maneira: A SES pagará o valor de R$ 73 milhões de reais em 2018 e R$ 73 milhões de reais em 2017, ficando uma dívida da SES para com os municípios de R$ 40 milhões de reais. Ficou pactuada a revogação da Deliberação da CIB que concedeu os 20% de reajuste anual, a partir de janeiro de 2018; pactuado que a partir de janeiro de 2019, o reajuste do cofinanciamento fica pelo INPC.**

Se a ação é fundamentada em deliberação da CIB referente ao tema, nova deliberação que abarca o conteúdo da anterior e lhe dá novo tratamento é fundamento suficiente para a extinção do feito sem resolução de mérito, pois carece a

parte autora de interesse processual. O objeto da ação já foi resolvido por outra deliberação que, embora ainda não elaborada formalmente até a presente data, está sendo entabulada no âmbito da CIB, não subsistindo fundamento para o pleito, de forma que se **requer a resolução do feito sem análise de mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC**.

2.2. ILEGITIMIDADE ATIVA – MINISTÉRIO PÚBLICO NÃO É SUBSTITUTO PROCESSUAL DE MUNICÍPIOS, QUE POSSUEM PROCURADORIAS PRÓPRIAS

A demanda proposta pelo MPSC almeja, em suma, obrigar o Estado a repassar recursos em favor de todos os municípios catarinenses.

Quem verdadeiramente tem interesse e legitimidade para postular as medidas acima indicadas são somente os respectivos municípios.

Sabe-se, ademais, que "*para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade*" (art. 17, do CPC) e que, salvo autorização legal expressa, "*ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio"* (art. 18, do CPC).

No caso dos autos, quem poderia demandar o Estado a repassar recursos em seu favor e a pagar eventual valor atrasado seriam somente os municípios. O MPSC não é substituto processual de município.

Ademais, todos os entes municipais são pessoas jurídicas de direito público, representados por seus prefeitos e procuradores, com capacidade postulatória.

Caso o MP considere os municípios inertes por não demandarem o Estado, deve ele buscar a responsabilização de seus representantes. A eventual omissão do ente municipal não autoriza a substituição processual do MP.

Aliás, vislumbra-se, no presente caso, até mesmo, uma contradição interna entre as áreas de atuação do MP, uma vez que o Estado de Santa Catarina vem trazer, neste juízo, defesa no sentido de que a Lei de Responsabilidade Fiscal não foi respeitada na criação de despesa de caráter continuado consubstanciada na Deliberação n. 142/15, comprometendo o Estado a um aumento de despesa corrente de caráter continuado sem a devida estimativa do impacto orçamentário-financeiro, tampouco declaração do ordenador da despesa de que o aumento teria adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com PPA e LDO, e sem a demonstração da origem dos recursos para seu custeio, tudo na forma dos artigos 16 e 17 da LRF. O art. 15 da LRF dispõe que *"Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17"*.

Ora, como o Ministério Público formula uma pretensão com base em uma obrigação não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público?

Portanto, **o Ministério Público é parte ilegítima para demandar o Estado de Santa Catarina, o que motiva a extinção do feito sem análise de mérito, o que se requer**.

2.2.1. SUCESSIVAMENTE: LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO DOS MUNICÍPIOS

Caso se entenda que o MPSC possui legitimidade ativa no presente feito, o que se admite por eventualidade, certamente deverá o referido órgão promover a inclusão dos entes municipais na lide.

É que a decisão judicial proferida neste feito, de que ora recorre-se, gera evidente repercussão jurídica aos municípios.

Neste sentido, prevê o art. 114, do CPC, que "*o litisconsórcio será necessário por disposição de lei ou quando, pela natureza da relação jurídica controvertida, a eficácia da sentença depender da citação de todos que devam ser litisconsortes.*"

Ademais, eventual sentença seria nula caso a lide não seja integrada pelos entes verdadeiramente interessados. Reza o art. 115, do CPC:

> Art. 115. A sentença de mérito, quando proferida sem a integração do contraditório, será:
>
> I - nula, se a decisão deveria ser uniforme em relação a todos que deveriam ter integrado o processo;

Desta feita, o Estado requer, subsidiariamente, em não sendo extinto o feito sem exame de mérito diante da preliminar anterior, que a parte autora seja instada a promover a citação de todos os municípios, eis que necessário o litisconsórcio ativo.

3. DO MÉRITO

3.1. NULIDADE ABSOLUTA DA DELIBERAÇÃO CIB N. 142/15. VIOLAÇÃO À LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL. REQUERIMENTO DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE NULIDADE DA DELIBERAÇÃO CIB N. 142/15 POR VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 16 E 17 DA LRF

Há uma questão de ordem pública impeditiva do direito alegado na petição inicial. O MP fundamenta sua demanda na força normativa e vinculante das obrigações assumidas na Deliberação CIB n. 142/15. No entanto, tal deliberação foi assumida pelo então Secretário de Estado da Saúde sem o cumprimento das regras previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal aplicáveis para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que implique em aumento de despesa, bem como despesas que tenham caráter continuado.

Esse vício foi detectado pela Gerência de Auditoria de Licitações e Contratos da Secretaria de Estado da Fazenda que realizou um estudo sobre a "dívida" do Estado para com os municípios, que havia sido pleiteada ao Governador pelo COSEMS. Em seu relatório (Informação DIAG n. 0158/2017, p. 1163-1192 dos autos), a Diretoria de Auditoria Geral da Secretaria de Estado da Fazenda discorreu o seguinte:

2.2. LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

A Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF), de 4 de maio de 2000, estabelece que toda criação ou aumento de despesas de caráter continuado deve ser antecedida de estudo sobre sua adequação ao orçamento do respectivo órgão público, conforme transcrito abaixo:

> Art. 16. A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:
>
> I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subseqüentes;
>
> II - declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.
>
> § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:
>
> I - adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;
>
> II - compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.
>
> § 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.
>
> § 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.
>
> § 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:
>
> I - empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;
>
> II - desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.
>
> **Subseção I**
>
> **Da Despesa Obrigatória de Caráter Continuado**
>
> Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

> § 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.
>
> § 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.
>
> § 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.
>
> § 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.
>
> § 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.
>
> § 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.
>
> § 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

Portanto, considerando a cobrança de valores pelas Secretarias Municipais de Saúde, surge a necessidade de verificar se, para as pactuações realizadas por meio das Deliberações da CIB em que houve aumento de despesa continuada, a Lei Complementar nº 101/2000 foi cumprida.

Para tanto, a Secretaria de Estado da Fazenda solicitou ao Secretário de Estado da Saúde, por meio do Ofício SEF/DIAG nº 495, de 5 de outubro de 2017, que encaminhasse o instrumento normativo que autorizou a criação ou aumento de cada despesa de caráter continuado, acompanhado do cálculo da estimativa de impacto orçamentário-financeiro e da manifestação da adequação da medida ao Plano Plurianual e à Lei Orçamentária vigentes à época das respectivas deliberações. (destaques nossos)

Considerando que até o momento não houve resposta da Secretaria de Estado da Saúde, é inviável a conclusão acerca do adequado planejamento da criação ou majoração dos cofinanciamentos pactuados. Cumpre ressaltar, entretanto, ainda que hipoteticamente, **que a SES não poderia ter concedido aumento de despesa continuada sem que se fizesse a estimativa do impacto orçamentário-financeiro, e sem que houvesse declaração do ordenador de despe-**

sas da adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual, com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias vigentes à época da deliberação, conforme preceitua a LRF, art. 16. (destaques nossos)

Tamanha é a importância do necessário planejamento orçamentário e financeiro que a LRF dispõe no seguinte sentido:

> Art. 15. Serão considerados não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.
>
> Portanto, **na hipótese de as despesas com cofinanciamento de programas/estratégia de saúde aos municípios não tenham cumprido os art. 16 e 17 da LRF, as mesmas serão consideradas não autorizadas e irregulares, mesmo que tenham um cunho social importante. Nesse caso, tais despesas não podem ser pagas, ante à inobservância de requisito legal, tornando-se necessárias novas deliberações da CIB a partir de valores que possuam adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária, com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.** (destaques nossos)

Esta PGE solicitou a íntegra do processo administrativo que culminou na edição de Deliberação CIB n. 141/15 e 142/15 e constatou a hipótese aventada pela Auditoria da SEF. Conforme informações em anexo, *"não há um processo administrativo em espécie que culminou na Deliberação n. 141/CIB/15, mas que a elaboração do referido documento iniciou-se com reuniões das câmaras técnicas (atas anexas), que não obtiveram acordo com os critérios apresentados e que o encaminhamento foi levar o assunto para pactuação na 193ª Reunião da Comissão Intergestores Bipartite – CIB (ata anexa) que resultou na Deliberação 141/CIB/2015. Segue anexa também a apresentação da proposta do grupo CoFinanciamento da Atenção Básica."*

Tais documentos também aplicam-se ao presente caso da Deliberação n. 142/15, pois ambas as deliberações foram editadas no mesmo contexto.

Evidencia-se, da documentação ora juntada, proveniente da Secretaria da CIB, consistente em atas e notas de Câmara Técnica de Gestão que precederam a Deliberação n. 142/15, que nenhuma preocupação existia com a viabilidade financeira da proposta ao longo dos anos. Há, apenas, uma anotação, no documento chamado "Proposta grupo CoFinanciamento da Atenção Básica - SES/SC", que prevê o impacto financeiro do CAPS em R$ 1.350.000,00.

Há, também, no item h da Ata da 193ª Reunião ordinária da CIB, que trata do Cofinanciamento dos CAPS – contrapartida estadual, apenas o seguinte: *"A CIB APROVOU o Cofinanciamento Estadual dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) no valor de R$ 1.350.000,00 para 2016. Fica garantido o incremento anual de 20% para o Cofinanciamento Estadual dos Centros de Atenção Psicossocial*

(CAPS). Todo o detalhamento constará desta Deliberação. Fica revogada a Deliberação 53/CIB/2011."

Chama atenção que não há menção alguma a qualquer necessidade ou justificativa para o incremento anual de 20%! Esse índice de reajuste anual foi uma decisão totalmente aleatória e irresponsável.

Não houve, como determina a Lei de Responsabilidade Fiscal, para a criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarretou aumento da despesa, ou seja, a Deliberação n. 142/15, estimativa do impacto financeiro-orçamentário no exercício em que devia entrar em vigor e **nos dois subsequentes, acompanhada das premissas e metodologia de cálculo**; tampouco **declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias**; não se demonstrou a **origem dos recursos para seu custeio, tanto do principal quanto dos reajustes anuais** no elevadíssimo patamar de 20%!; e, por fim, não se comprovou que a despesa criada não afetaria as **metas de resultados fiscais** previstas no anexo referido no §1º do art. 4º da LRF ("§ 1º Integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas, despesas, resultados nominal e primário e montante da dívida pública, para o exercício a que se referirem e para os dois seguintes"), com seus **efeitos financeiros, nos períodos seguintes, sendo compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (com premissas e metodologia de cálculo utilizadas)**.

Não se tem comprovação, sequer, de que a criação da Deliberação n. 142/CIB/15 tenha obedecido ao disposto no §1º do art. 19 da Lei Complementar n. 141/2012, o qual deve ser interpretado em conjunto à Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Administração Pública tem regras de administração muito rigorosas, as quais necessitam sim serem cumpridas, sob pena de se inviabilizar o futuro do Estado (em sentido amplo), pelo endividamento crescente.

Excelência, considerando que as despesas autorizadas pela Deliberação CIB n. 142/15 não atenderam os artigos 16 e 17 da LRF, devem ser consideradas **não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público**, por força do art. 15 da mesma lei, o que ora se requer.

Dessa forma, considerando disposição expressa em lei, é que se requer seja declarada incidentalmente a nulidade da Deliberação CIB n. 142/15, por força da aplicação dos artigos 15; 16 e 17 da Lei Complementar n. 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal).

Em se declarando a nulidade, que o feito seja julgado improcedente, diante da nulidade do ato jurídico invocado como causa de pedir.

3.2. DA AUSÊNCIA DE FORÇA NORMATIVA DAS DELIBERAÇÕES CIB QUE IMPLICAM EM AUMENTO DE DESPESA

Cumpre refutar a tese inicial, de que as Deliberações da Comissão Intergestores Bipartite – CIB já obrigariam a realização do repasse *de per si*.

Ora, sabe-se que o princípio da legalidade (caput do art. 37 da Constituição da República) permite ao administrador público fazer apenas aquilo que a lei autoriza. Deliberações da CIB, que sequer são subscritas pelo Chefe do Poder Executivo Estadual, não podem prever realização de repasses, gerando despesa ao poder público, máxime, sem a devida previsão orçamentária, estudo de impacto financeiro, demonstrativo da origem dos recursos para seu custeio, comprovação de que a despesa criada não afetaria as metas de resultados fiscais, tudo conforme determina a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não há disposição alguma na Lei n. 8.080 que atribua à CIB forma impositiva ou vinculante*. A* atribuição legal da Comissão Intergestora Bipartite é inequívoca:

> Art. 14-A. As Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite são reconhecidas como **foros de negociação e pactuação** entre gestores, quanto aos aspectos operacionais do Sistema Único de Saúde (SUS).
>
> Parágrafo único. A atuação das Comissões Intergestores Bipartite e Tripartite terá por objetivo:
>
> I - decidir sobre os aspectos operacionais, financeiros e administrativos da gestão compartilhada do SUS, em conformidade com a definição da política *consubstanciada em planos de saúde*, aprovados pelos conselhos de saúde;
>
> II - definir diretrizes, de âmbito nacional, regional e intermunicipal, a respeito da organização das redes de ações e serviços de saúde, principalmente no tocante à sua governança institucional e à integração das ações e serviços dos entes federados;
>
> III - fixar diretrizes sobre as regiões de saúde, distrito sanitário, integração de territórios, referência e contrarreferência e demais aspectos vinculados à integração das ações e serviços de saúde entre os entes federados.

Ou seja, não se trata de um órgão decisório ao qual se submeterá o Ente Federado. É o oposto: ele sequer atuará se não houver provocação dos Entes Federados.

Quanto à sujeição das deliberações da Comissão às decisões legislativas daqueles aos quais criaria dispêndio e a realidade financeira de cada um, a justificativa é simples: uma definição da CIB não cria dinheiro. Não é por se ter uma definição nele prevista, que ela deverá se sobrepor aos inúmeros outros compromissos financeiros, devidamente constituídos pelos Poderes competentes, especialmente em um momento de crise.

Ao forçar a aplicabilidade de uma Deliberação CIB, sem que um dos entes tenha condições financeiras para tanto, o Poder Judiciário desnatura essa instituição, que ficará inibida, daqui por diante, de assumir diretrizes, negociações ou quaisquer compromissos, uma vez que se lhe dá um rigidez incompatível com a sua natureza.

O Poder Judiciário, ao se sobrepor às tratativas que Estado e municípios vêm realizando, estaria praticando um ato atentatório a essa instância eminentemente conciliatória, política, maleável e sensível às circunstâncias e às necessidades que o Sistema Único de Saúde apresenta constantemente, as quais modificam-se conforme as características da população, os agravos de saúde proeminentes, e, também, as condições financeiras e fiscais dos entes públicos.

Não é possível que o controle dos atos administrativos realizados pelo Judiciário possa, sem violação ao princípio constitucional da separação dos poderes (art. 2º da Constituição da República), convolar-se em substituição da atividade administrativa pela atividade judiciária.

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA[2] bem enfatiza essa questão:

> Conquanto se afigure como a situação ideal, é impossível ao legislador catalogar todos os atos que a Administração possa realizar ou todas as minúcias que a atividade administrativa exige. Diante disso e dado o objetivo legal de que seja adotada a melhor providência possível para cada caso concreto, a lei confere, bastas vezes, ao administrador público a possibilidade de escolher dentre duas ou mais soluções a ideal para a hipótese com a qual se defronta. Com efeito, é curial que se deve conferir ao administrador público a opção de escolha da adequada providência para cada caso concreto, já que, sob o influxo das mais variegadas necessidades da atividade administrativa, é ele quem terá melhores condições de aferir a medida idônea ao atendimento do escopo legal. Vale dizer que 'só o administrador, em contato com a realidade, está em condições de bem apreciar os motivos ocorrentes de oportunidade e conveniência da prática de certos atos, que seria impossível ao legislador, dispondo na regra jurídica - lei - de maneira geral e abstrata, prover com justiça e acerto. Só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente o que convém e o que não convém ao interesse coletivo'.

Dessa forma, é que não se pode conceder às deliberações CIB uma força normativa semelhante à legal, pois elas representam muito mais uma instância em que se negociam e pactuam planos e diretrizes, os quais são constantemente revistos, a depender das vicissitudes que se apresentam, especialmente as novas necessidades e especificidades na prestação do serviço de saúde, bem como as contingências orçamentárias e redefinição de prioridades.

2 CUNHA, Leonardo José Carneiro. Fazenda Pública em Juízo, 5ª ed. São Paulo: Editora Dialética, 2007.

De se destacar que as Deliberações CIB tampouco são títulos executivos extrajudiciais, de forma que não podem motivar provimentos executórios em face do Estado.

O princípio da legalidade é fundamental à Administração Pública (art. 37, *caput*, da Constituição da República), de forma que sua violação é muito perigosa ao Estado Democrático de Direito. Aliás, o império da lei é uma garantia fundamental.

Não há lei alguma que dê caráter normativos às deliberações das CIBs, e isso basta para que a Administração Pública não possa sobrepor eventuais consensos ali obtidos a disposições efetivamente legais e constitucionais como as previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal, ou sobrepô-los à realidade de escassez, de queda da arrecadação, ou seja, de fatos supervenientes que inviabilizam o cumprimento das promessas feitas pelo então gestor da saúde do Estado.

A ausência de força normativa das Deliberações CIB, portanto, é mais um dos fundamentos para a improcedência dos pedidos iniciais.

3.3. DAS LIMITAÇÕES DO ORÇAMENTO PÚBLICO. PLANO, PLANEJAMENTO E ORÇAMENTO: ELEMENTOS DE UMA POLÍTICA PÚBLICA. NOVAMENTE A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Primeiramente, é pública e notória a grave crise financeira e orçamentária vivenciada pelo Estado desde meados de 2014. Essa circunstância levou a Secretaria de Estado da Saúde a possuir débito não empenhado de R$ 289.927.079,23, até **setembro de 2017.**

A vertiginosa queda de arrecadação fez com que uma série de gastos públicos fossem contingenciados, a fim de evitar o total desequilíbrio das contas públicas.

Com muito esforço, o Estado de Santa Catarina tem conseguido manter os serviços públicos, diferentemente de outros entes da federação, como o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, que nem sequer tem adimplido a remuneração de seus servidores ativos e inativos.

Para piorar ainda mais o quadro, no período de 21 a 28 de maio ocorreu a conhecida paralisação dos caminhoneiros, que gerou desabastecimento e diversos impactos na economia, refletindo fortemente na arrecadação de tributos estaduais. Segundo informações da Secretaria de Estado da Fazenda, em anexo:

Apresentamos os seguintes cenários:

> 1 - IMPACTO NA MOVIMENTAÇÃO DE NOTAS FISCAIS - Apresenta o total de Notas Fiscais eletrônicas que deixaram de ser emitidas, compardas com 2017. A economia catarinense deixou de movimentar em torno de 800.000 (oitocentas mil) Notas Fiscais eletrônicas, que representam as vendas das indústrias e dos atacados;

> 2 - PERDA DE ICMS NO CENÁRIO MAIS PRÓXIMO DA REALIDADE_ EXCETO AS VENDAS DE COMBUSTÍVEIS, QUE ESTÃO SEPARADAS.
>
> A perda é de cerca de R$31.000.000,00, que, acrescida da rubrica COMBUSTÍVEIS, cuja perda será de R$76.000.000,00, teremos uma perda de aproximadamente R$107.000.000,00 (cento e sete milhões de reais);
>
> 3 - PERDA DE ICMS NO PIOR CENÁRIO - apresenta uma conta mais bruta, considerando o mesmo período do ano passado, apontando uma perda estimada, no pior cenário, de R$292.000.000,00 (duzentos e noventa e dois milhões de reais).
>
> **A DIAT trabalha com a estimativa número 2, ou seja, em torno de R$107.000.000,00** (destacamos).
>
> Rogério de Mello Macedo da Silva
> Diretor de Administração Tributária

Ou seja, no final do mês de maio do corrente ano o Estado deixou de arrecadar aproximadamente 107 milhões de reais!

Considerando que o Estado não tem a faculdade de produzir dinheiro, tais valores DEIXAM DE ENTRAR NOS COFRES PÚBLICOS e não há possibilidade de utilizá-los ou comprometê-los.

Conforme a Auditoria Geral da SEF, a diferença, pendente pelo Estado quanto aos CAPS, referente à Deliberação 142/2015 totaliza R$ 510.000,00,00, valor este impossível de estimar um pagamento com o orçamento atual, pois o Estado não teria condições de alocar recursos de tão elevada monta de nenhum outro setor da Administração Pública.

Analisando-se, conjuntamente, a repercussão financeira de todas as ações similares ajuizadas neste juízo pelo MP, o impacto é ainda muito maior.

A Secretaria de Estado já vem sinalizando a incapacidade do Estado de repassar os valores totalmente, a qual já foi anunciada em junho de 2016. Tal situação nunca foi negada ou omitida pelo Estado. Ocorreu que, em junho de 2016, após repassar valores em quantias menores do que as acordadas na Deliberação CIB 142/15 (não conseguindo arcar com o reajuste de 20% ao ano), conforme Ata da 202ª Reunião Ordinária da CIB de 23/06/2016, a Secretaria de Estado da Saúde informou que o orçamento era insuficiente. No entanto, os municípios insurgiram-se, e, possivelmente, foi o que gerou a representação ao Ministério Público que deu origem à presente ação, bem como as outras ações conexas ajuizadas no mesmo foro.

Ademais, não se pode dizer que o Estado esteja sendo omisso em auxiliar os municípos na prestação do serviço da ESF, pois, ao analisar a dívida referente ao programa em comento do cofinanciamento da Estratégia Saúde da Família – ESF, a Auditoria Geral da Secretaria de Estado da Fazenda constatou que **em dez anos o valor do cofinanciamento por parte do Estado para os municí-**

pios passou de sete milhões de reais para 63,15 milhões de reais, ou seja, houve um aumento de 802%, enquanto a inflação, nesse período, cresceu 75%. Ou seja, os municípios vêm sendo bem amparados pelo Estado, que, de fato, não vem tendo condições de arcar com reajustes tão altos nos repasses.

A questão orçamentária não pode ser negligenciada quando se trata de uma política pública. Conforme doutrina de Maria Paula Dallari Bucci (Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2002):

> ***b) O que é política pública para o direito?***
>
> As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*[3]. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social[4] – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas. As políticas são uma evolução em relação à ideia de lei em sentido formal, assim como esta foi uma evolução em relação ao *government by men*, anterior ao constitucionalismo. E é por isso que se entende que o aspecto funcional inovador de qualquer modelo de estruturação do poder política caberá justamente às políticas públicas[5].
>
> "A política, contraposta à noção de princípio, designa 'aquela espécie de padrão de conduta [*standard*] que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil'. Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva"[6].

A mesma autora ainda traz que **a política pública possui uma estrutura financeira formada por plano, planejamento e orçamento**, e que: *"A política é mais ampla que o plano e define-se como o processo de escolha dos meios para a realização dos objetivos do governo, com a participação dos agentes públicos e privados"* (p. 259, obra citada).

Também trata das políticas públicas como *"processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito"* (p. 264, obra citada).

Trazendo a teoria ao caso concreto, têm-se, de fato, com a Deliberação n.

3 Fábio Konder Comparato, Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional, in *Para viver a democracia,* São Paulo, Brasiliense, 1989, p. 102.

4 Bobbio, Matteuci e Pasquino, Dicionário de Política, Brasília, Universidade de Brasília/Linha Gráfica Ed., 1991, v. 2.

5 Comparato, Planejar o desenvolvimento..., in *Para viver a democracia,* cit.

6 Ronald Dworkin, *Taking rights seriously,* apud Fábio Konder Comparato, Juízo de constitucionalidade de políticas públicas.

142/15 um incremento no cofinanciamento dos CAPS, incremento este que, repita-se, não foi precedido dos requisitos dos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Tal incremento, portanto, não cumpriu as formalidades legais e, não apenas isso, NÃO FOI E NÃO É SUSTENTÁVEL FINANCEIRAMENTE. Aliás, a substância das referidas formalidades exigidas pela LRF para a criação ou aumento de despesa, máxime quando de caráter continuado, é preservar a sustentabilidade financeira do erário.

Pode-se dizer que o plano e o planejamento não foram acompanhados pelo orçamento e, pior, o plano e o planejamento não foram bem feitos, tanto que não cumpriram as determinações legais que garantem a sua adequação e viabilidade fiscal.

O orçamento do Estado não pode ser refém de voluntarismos de todos os lados, de governos, caracterizados pela temporariedade e pelo interesse eleitoral, sem um mínimo de controle acerca da viabilidade e sustentabilidade das promessas.

O ordenamento jurídico e as instituições de controle são os mecanismos de freio, os mecanismos permanentes que visam a pensar a médio e longo prazo, inclusive nas futuras gerações, zelando pelo respeito ao Direito e à Justiça.

Todos querem que os municípios possam oferecer cada vez mais serviços básicos de saúde à população, sem dúvida. No entanto, a política para se alcançar tal desiderato deve ter um plano, e este plano deve estar em conformidade ao plano maior do orçamento do Estado.

Portanto, o orçamento importa sim para a análise da juridicidade de uma política pública, de um compromisso público assumido, inclusive para a aplicabilidade de uma lei e de uma norma constitucional.

Não se institui um país dos sonhos com palavras bonitas e benevolentes inscritas em um instrumento normativo.

O Estado somente pode realizar algo a partir dos recursos arrecadados a partir do fruto do trabalho e dos investimentos e empreendimentos **privados.** Se a economia não vai bem, o Estado não tem de onde haurir recursos. O Estado não produz riqueza, apenas administra boa parte da riqueza da sociedade.

Para alcançar-se uma meta normativamente definida, diversos fatores devem convergir, como, especialmente, a existência de recursos públicos suficientes para o incentivo aos municípios, e, ainda, o acompanhamento para a verificação da efetividade dos recursos empregados. As crises financeiras que sucederam, a diminuição da arrecadação, a existência de diversos serviços próprios estaduais que são demandados e necessitam também de recursos são fatores que levam à necessária revisão da política outrora quista, outrora planejada.

A Secretaria de Estado da Fazenda informa que desde o ano de 2014, o Brasil tem vivido grave crise econômica, afetando a maioria dos Estados brasileiros, inclusive Santa Catarina. A arrecadação de 2016 e de 2017 até o mês de

outubro foram nominalmente inferiores à arrecadação de 2013! A arrecadação tributária, considerando diretamente pelo Estado e repasses da União, registra queda permanente desde 2014, com superação da inflação apenas a partir de abril de 2017.

Ao mesmo passo da queda da arrecadação e diminuição da receita nominal, as despesas públicas sofreram forte indexação, especialmente aquelas relativas a compra de medicamentos e folha de pagamento de servidores, que tem um crescimento vegetativo de 4% ao ano.

Em meio a toda essa crise, mesmo assim, a Secretaria de Estado da Saúde não vem se furtando de resolver essa questão. Como trazido na petição anterior dirigida a este juízo, há intenção da CIB em repactuar tanto o percentual do reajuste anual de 20% para o INPC, quanto o pagamento dos valores que se deixou de repassar ou repassou-se a menor desde 2016. Isso, conforme Ata da 219ª Reunião Ordinária da CIB, já juntada aos autos.

Tal repactuação, agora, evidentemente, deverá obedecer a LRF, buscando-se sanar os efeitos do ato viciado, nulo e lesivo ao erário praticado com a Deliberação CIB n. 142/15, que não obedeceu aos requisitos legais que visam a tutelar justamente a sustentabilidade orçamentária e das finanças públicas.

Dessa forma, é que se entende que a questão orçamentária deve ser considerada na análise do mérito da presente demanda e que eventual determinação futura acerca dos repasses do Estado ao cofinanciamento dos CAPS tenha por norte o respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal e as limitações financeiras enfrentadas pela Administração Pública estadual.

Portanto, o feito deve ser julgado improcedente, uma vez que somente nova Deliberação CIB que cumpra os requisitos da LRF poderá tratar da questão, considerando as necessidades dos CAPS e as disponibilidades financeiras do Estado para cofinanciá-los.

3.4. DA USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO. INCONSTITUCIONALIDADE. PEDIDO INCIDENTAL DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

As pretensões iniciais, se acolhidas, levarão, a médio e longo prazo, que o orçamento da Saúde será administrado em boa parte pelos municípios. Isso, porque, em se dando rigidez e perpetuidade compulsória à política de cofinanciamento da Estratégia Saúde da Família, bem como às outras políticas tratadas nas demais ACPs, conexas à presente, **o valor atual previsto, com o incremento de 20% ao ano, crescerá continuamente, em progressão aritmética, chegando a parcela cada vez mais significativa do orçamento geral**.

Considerando que as receitas vêm decrescendo continuamente por conta das dificuldades da economia (queda da arrecadação), esse aumento crescente da obrigação do Estado perante os municípios por conta do programa em co-

mento a um ponto ainda mais insustentável, quiçá, de total esvaziamento das funções do Governador e do Secretário de Estado da Saúde, que não terão orçamento algum para elaborar políticas de enfrentamento aos agravos de saúde ou a medidas preventivas nessa área que se apresentarem no futuro.

Estar-se-ia usurpando a competência do Chefe do Poder Executivo ao obrigar o Estado a fazer frente a uma obrigação assumida por Secretários de saúde, os quais não foram eleitos, infringindo regras de competência, de forma e de garantia da sustentabilidade das finanças públicas.

Conforme prevê a Constituição estadual:

> Art. 32 – São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.
>
> Parágrafo único. Salvo as expressas exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar competências.
>
> Art. 52 — Não será admitido aumento da despesa prevista:
>
> I - nos projetos de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, ressalvado o disposto no art. 120, §§ 9º e 10 e art. 122, §§ 3º e 4º;
>
> Art. 63 - O Poder Executivo é exercido pelo Governador do Estado, auxiliado pelos Secretários de Estado.
>
> Art. 71 – São atribuições privativas do Governador do Estado:
>
> I – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;
>
> II – iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;
>
> (...)
>
> XI – enviar à Assembleia Legislativa o plano plurianual, o projeto de lei de diretrizes orçamentárias e as propostas de orçamento previstos nesta Constituição;

Não é permitido sequer ao Poder Legislativo aumentar despesa em projeto de lei de iniciativa do Poder Executivo, na forma do inciso I do art. 52 da Constituição Estadual, exceto em relação a algumas permissões constitucionais. O que dizer, então, da criação de uma despesa no montante da presente sem previsão legal, sem autorização do Governador, em uma comissão formada por secretários de estado e de municípios – nenhum eleito pelo povo?

Trata-se, pois, de evidente usurpação de competência que deve ser corrigida pelo Poder Judiciário em matéria da alçada exclusiva do Chefe do Poder Executivo na função de gerir a Administração Pública e de, conseqüentemente, decidir sobre a aplicação de recursos e a iniciativa na elaboração do orçamento.

Essa medida estampada na petição inicial representa uma tentativa de interferência do Judiciário nas atividades próprias do Poder Executivo, ofendendo

o princípio da ***"Separação dos Poderes"***, insculpido no art. 2º, da Constituição Federal, reproduzido por simetria pelo art. 32, da Constituição Estadual

Em suma, por mais importantes e essenciais que sejam as ações que se buscam financiar com os recursos em comento, não é possível negar a ocorrência de ofensa ao princípio da separação dos Poderes do Estado, inscrito no art. 32, da constituição Estadual (art. 2º, da C.F.), bem como no art. 63 da Constituição, que **outorga ao Governador do Estado o exercício do Poder Executivo** (não aos secretários de saúde), de forma que não é possível haver interferência nas decisões acerca da aplicação de recursos previamente estabelecidos na lei orçamentária, cuja iniciativa para o processo legislativo é privativa do Governador do Estado (art. 52, I, e, 71, XI, da CE), bem como a decisão administrativa da alocação de recursos (art. 71, I, da CE). Ainda, quem teria a competência de iniciar um projeto de lei dessa natureza, criando uma política pública dessa envergadura, seria o Governador do Estado (art. 71, II, CE). Há explícita violação ao princípios da Legalidade, insculpido no *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Tal Deliberação n. 142/15, na medida em que não respeitou as regras de competência na criação de uma política ou programa, é inconstitucional, por força dos dispositivos da Constituição Estadual: art. 32; art. 52, I; 63; 71, I, II e XI; bem como da Constituição Federal: art. 2º e *caput* do art. 37. Dessa forma, e por esses fundamentos, é que **o Estado requer a declaração incidental de inconstitucionalidade da Deliberação n. 142/CIB/15**.

3.5. PEDIDOS SUBSIDIÁRIOS

Na eventualidade remota de ser julgada improcedente a ação declaratória incidental de nulidade e, no mérito, ser acolhida a força normativa da Deliberação CIB n. 142/15 acima da Lei de Responsabilidade Fiscal, apresentam-se os seguintes pedidos subsidiários:

3.5.1. REVISÃO DA CLÁUSULA DE REAJUSTE

A cláusula de reajuste anual prevista na Deliberação CIB n. 141/15 merece ser revista. O item 1.1 prevê o seguinte: "Fica garantido o incremento anual de 20% para o Cofinanciamento Estadual dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS)".

Conforme exaustivamente tratado acima, a despesa ora em comento, substanciada na Deliberação 142 não foi precedida de estimativa de impacto financeiro-orçamentário, tampouco há declaração do ordenador da adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual, PPA e LDO, bem como todos os requisitos dos artigos 16 e 17 da LRF. A cláusula de reajuste, no alto patamar de 20%, tampouco foi dimensionada nesses termos orçamentários e fiscais.

Como todo plano mal feito, como todo problema que é postergado, o momento de resolvê-lo chegou, e não há preparação ou meios para fazer frente a obrigação tão gravosa quanto esse reajuste anual de 20%, que supera, em muito, qualquer índice de medição da inflação no país.

Não houve sequer impacto financeiro do reajuste de 20%, sendo ele totalmente aleatório, sem explicação, sem responsabilidade algum de quem o decidiu. Os estudos técnicos preliminares à Deliberação não contém menção alguma aos motivos do referido reajuste anual em tão alto patamar.

Primeiramente, requer o Estado que seja excluída a cláusula de reajuste, pelo fato de que a arrecadação vem sendo decrescente, de forma que o erário não pode se comprometer com obrigações que superem as suas forças.

Se as condições financeiras do Estado melhorarem, nova Deliberação poderá ser tomada na CIB, aumentando os valores de repasses, bem como os índices de reajuste, tudo conforme determinada a LRF, ou seja, com as devidas estimativas de impacto financeiro-orçamentário do exercício e dos dois subsequentes; adequação orçamentário-financeira à Lei orçamentária anual, ao PPA e à LDO; demonstrativo da origem dos recursos para custeio e comprovação de que a despesa criada não afeta as metas de resultados fiscais devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (art. 16 e 17, LRF).

Ainda, na hipótese de Vossa Excelência entender que algum índice de correção anual deva ser fixado, que a cláusula de reajuste seja revista e fixado o índice previsto no art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/09, sendo o caso de se aplicar apenas a remuneração básica, pois não se aplica, ao caso, o índice de juros remuneratórios.

Não entendendo dessa forma, que seja aplicado outro índice oficial que bem represente a inflação do período, a ser arbitrado por Vossa Excelência.

3.5.2. IMPUGNAÇÃO AO VALOR COBRADO

O Ministério Público cobra a quantia de R$ 965.000,00 referente ao cofinanciamento da Atenção Básica - Estratégia Saúde da Família, conforme tabela de p. 11 da petição inicial, referente ao período de janeiro a dezembro de 2017

No entanto, o Estado impugna esses valores. Conforme a Informação DIAG N. 0158/2017 da Diretoria de Auditoria Geral da Secretaria de Estado da Fazenda, constata-se que o aumento de despesa autorizado na Deliberação CIB n. 142/15, em que o Secretário de Estado da Saúde comprometeu-se com maiores repasses de recursos nesse programa, ocorreu em desrespeito aos artigos 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo nulo de pleno direito.

Na hipótese de se entender válida a Deliberação, os valores devidos pelo Estado seriam de R$ 510.000,00 (de maio a outubro de 2017).

Portanto, na remota hipótese de condenação do Estado, que sejam adotados os cálculos apontados pela Auditoria Geral da SEF contidos na informação DIAG n. 0158/2017 já juntada aos autos.

Quanto aos consectários legais, que seja adotado o índice previsto no art. 1º-F da Lei n. 9.494, nos seguintes termos: "Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança". (Redação dada pela Lei nº 11.960, de 2009)

3.5.3. DA IMPOSSIBILIDADE DE AS TRANSFERÊNCIAS SEREM REALIZADAS ATÉ O DIA 10 DE CADA MÊS. QUE SEJA DADA OPORTUNIDADE AO GESTOR DA SAÚDE ESTADUAL PARA JUSTIFICAR EVENTUAIS ATRASOS NOS REPASSES

Os repasses de recursos aos municípios dependem, também, da existência de recursos no caixa do Tesouro Estadual. Em não havendo recursos, impossível obrigar o Estado a realizar as transferências. Por esse motivo, neste ano de 2018, conforme noticiado às fls. 1210, o repasse vem sendo realizado no mês posterior ao da referida competência e em dias variados, conforme a disponibilidade de caixa, por exemplo, a competência de janeiro de 18 foi paga em 23/02/2018, fevereiro em 20/03, março em 19/04 e abril em 15/5.

A solução aventada pelo Ministério Público para o problema – o sequestro de recursos - , não tutela a Saúde como direito do cidadão, pois, pretendendo atender, de um lado, o interesse dos municípios, que passarão a receber pontualmente seus pagamentos, trará problemas infindáveis para o Estado, que possui muitas obrigações de pagamentos, de compras de medicamentos – inclusive por determinação judicial, demandas em unidades hospitalares próprias que necessitam de serviços de alimentação, laboratórios, exames, lavanderias, limpezas e manutenção. Tais problemas serão sofridos pelos usuários dos hospitais públicos, dos hospitais filantrópicos que recebem recursos do Estado e dos demais serviços de competência estadual, que terão suas vidas transtornadas e sujeitas a perigo com a suspensão desses essenciais serviços.

Um bloqueio na dimensão do conjunto das ações de repasses aos municípios de que aqui se trata, no montante aproximado de 9 milhões ao mês (sem incluir a política de Média e Alta Complexidade, que elevaria a 11 milhões as prestações mensais), provocaria grave desordem na Administração da Saúde estadual.

Portanto, é que se requer que, em se decidindo pela condenação do Estado ao pagamento dos valores pretendidos, que seja determinado o repasse mensal conforme as disponibilidades financeiras do Estado, fixando-se o prazo para repasse o último dia útil do mês seguinte à competência e determinando-se a

intimação do Secretário de Estado para prestar esclarecimentos acerca de eventual atraso.

Ou, eventualmente, que o sequestro seja precedido de intimação do Estado para prestação de justificativa acerca do atraso, de forma que a medida abrupta não seja tomada sem abertura da possibilidade de justificativa pelo administrador público.

3.5.4. DA INEFICIÊNCIA DA MULTA COMO INSTRUMENTO DE COAÇÃO PARA O PAGAMENTO

O pedido de imposição de multa de 10% do valor não repassado ou repassado em atraso carece de fundamentação pelo próprio requerente. Ora, qual seria a função de onerar ainda mais o combalido Tesouro Estadual frente a um atraso que decorre justamente da ausência de recursos?

Ao analisar o pedido liminar de Suspensão de Tutela de Urgência, o Primeiro Vice-Presidente do TJ entendeu por suspender a imposição de multa mensal em caso de descumprimento, diante da vulnerabilidade da economia pública, que se encontra sabidamente frágil no atual cenário da crise (p. 1216 e ss. dos autos).

Eventual multa não teria o condão de estimular nenhum agente público a cumprir o seu dever, no presente caso, pois, quando os recursos não são transferidos, o motivo é a ausência deles, e não a desídia de quem quer que seja. Em havendo algum servidor, algum agente que deliberadamente esteja boicotando a realização da política da Estratégia Saúde da Família, deixando de repassar recursos existentes e destinados para esse fim, aí sim, seria caso de responsabilização pessoal, não do Estado, que seria, sim, uma vítima de tal conduta. Dessa forma, é que se requer seja julgado improcedente o requerimento de imposição de multa por atraso ou descumprimento de repasses.

3.5.5. PLANO DE PAGAMENTO DE VALORES. CONFORMIDADE À LRF

Na eventualidade de não serem acolhidos os pedidos anteriores, e sendo o Estado obrigado a apresentar um plano de pagamento de valores, é de se pontuar que tal plano deve estar alinhado às já referidas regras da Lei de Responsabilidade Fiscal referentes ao aumento de despesa de caráter continuado previstas nos artigos 16 e 17 da referida lei, sob pena de incidência do art. 15, ou seja, de ser a assunção da obrigação e geração de despesa considerada não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público. Somente na medida dessas diretrizes é que eventual proposta poderá ter validade no ordenamento jurídico.

Dessa forma, é que se requer que o plano de pagamento seja determinado por este juízo com as seguintes diretrizes, extraídas dos artigos 16 e 17 da LRF:

- estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes (acompanhada das pre-

missas e metodologia de cálculo);
- declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e lei de diretrizes orçamentárias;
- demonstrativo da origem dos recursos para seu custeio,
- comprovação de que a despesa criada não afetaria as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no §1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa (com premissas e metodologia de cálculo utilizadas).

4. SOBRE A TUTELA DE URGÊNCIA. REQUERIMENTO DE REVOGAÇÃO. BUSCA PELA CONCILIAÇÃO, QUE É DA NATUREZA DA CIB. VIOLAÇÃO AO ART. 100, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

O Estado requer a revogação da decisão que deferiu a tutela de urgência. Isso, porque os requisitos legais para o seu deferimento não foram atendidos.

Primeiro, porque a decisão, ao obrigar o Estado a apresentar cronograma de pagamento de valores referentes ao passado e realizar repasses de valores cuja validade está sendo questionada na presente defesa (por graves vícios, como o desrespeito à Lei de Responsabilidade Fiscal) antes do trânsito em julgado de sentença condenatória, implica em evidente desrespeito ao previsto no art. 100, da Constituição da República. Prevê o citado dispositivo que os pagamentos decorrentes de ordem judicial devem ser feitos através de precatórios, calcados em sentença judicial transitada em julgado. No caso dos autos, apenas com base em liminar estaria o Estado obrigado a imediatamente repassar recursos, inclusive apresentando cronograma de pagamento relativo a período pretérito.

Ademais, o Estado de Santa Catarina tem demonstrado interesse em buscar uma forma compositiva de resolução do impasse e requereu, inclusive, a designação de audiência de conciliação. O intuito colaborativo da Secretaria de Estado da Saúde vem desde a elaboração da própria Deliberação n. 142/CIB/15, que foi precedida de diversas reuniões até chegar-se ao consenso representado nesse instrumento, o qual, infelizmente, não foi possível honrar – embora tal resultado fosse passível de previsão se houvesse o respeito às determinações dos artigos 16 e 17 da LRF.

Mostra-se, também, desnecessária a tutela de urgência, tendo em vista que, antes mesmo dela, o Estado vem repassando mensalmente os valores objeto da presente ação, conforme informações em anexo (p. 1210).

Além disso, o Estado vem tentando resolver a questão, tratando em CIB, inclusive dos valores pretéritos, sendo que na data de 19 de abril de 2018, Estado e Municípios acordaram, dentre outros pontos, o seguinte: - substituição do reajuste de 20%, a partir de janeiro de 2019, para o índice INPC; - pagamento

dos atrasados conforme as futuras disponibilidades orçamentárias do Estado.

Conforme a ata da 219ª Reunião Ordinária da Comissão Intergestores Bipartite em anexo, de 19 de abril de 2018, ficou acordado:

> **Em resumo, a proposta ficaria da seguinte maneira: A SES pagará o valor de R$ 73 milhões de reais em 2018 e R$ 73 milhões de reais em 2017, ficando uma dívida da SES para com os municípios de R$ 40 milhões de reais. Ficou pactuada a revogação da Deliberação da CIB que concedeu os 20% de reajuste anual, a partir de janeiro de 2018; pactuado que a partir de janeiro de 2019, o reajuste do cofinanciamento fica pelo INPC.**

Os próprios municípios, representados pelo COSEMS (Conselho de Secretarias Municipais de Saúde), concordam com a revogação do reajuste anual de 20%, substituindo-o por um índice que melhor representa a inflação do período - o INPC - , bem como demonstram entendimento pela inviabilidade de se exigir o pagamento de valores pretéritos em curto prazo, pois a situação financeira do Estado enfrenta dificuldades. A referida reunião é recente, de 19 de abril de 2018, e representa o entendimento entre os gestores da saúde no âmbito do Estado de Santa Catarina.

Dessa forma, entendemos que este juízo deve prestigiar o consenso entre as partes, a autocomposição, que vem se encaminhando com os esforços de ambas as partes, as quais têm a mesma meta: a boa prestação do serviço dos CAPS. Isso, em cumprimento às normas fundamentais de processo civil previstas nos §§2º e 3º do art. 3º do CPC.

O perigo de dano decorrente do sequestro determinado na tutela de urgência é patente frente ao fato de que o Estado encontra-se com problemas de caixa e queda de arrecadação. Agora mesmo, recentemente, com a paralisação dos caminhoneiros e a diminuição drástica do consumo em geral e de combustíveis em particular, em final do mês de maio do corrente ano, a previsão de queda na arrecadação é de 107 milhões de reais, sendo que, em um cenário mais pessimista, chega a estimativa é de 292 milhões de reais de arrecadação a menos pelo Estado!

Dessa forma, não é por falta de vontade dos servidores que o Estado não consegue repassar os valores aos municípios. Ao contrário, os servidores trabalhariam com muito maior tranquilidade se os recursos fossem abundantemente suficientes para todos os repasses e de forma pontual.

Impor sequestro de valores diante da situação calamitosa das contas públicas, da intensa queda da arrecadação que vem ocorrendo nos últimos anos e da brusca perda causada pela paralisação dos caminhoneiros, que atingiu toda a economia do país no período em que esteve vigente, não é medida eficiente para a resolução do problema. Não há como coagir a Administração Pública a realizar o impossível. Não havendo recursos em caixa, não terá o que transfe-

rir. Em havendo sequestro, este incidirá em valores comprometidos com outras obrigações, também urgentes e necessárias, gerando um emaranhado de problemas.

Portanto, diante da verossimilhança do direito estar ao lado das alegações aqui trazidas, e considerando o perigo de dano a que está sujeito o Estado, especialmente a área da saúde com possíveis sequestros de valores, é que se requer a revogação da tutela de urgência e que seja privilegiada a autocomposição entre Estado e municípios, com a designação de audiência de conciliação.

A presente matéria é passível de conciliação, considerando que o Ministério Público representa, na presente demanda, os interesses dos municípios do Estado, e tal relação entre os entes no âmbito do SUS no Estado é tratada de forma consensual na Comissão Intergestores Bipartite (CIB) – ou seja, tais direitos são diuturnamente conciliados. Assim sendo, é o caso de o juízo designar uma audiência de conciliação em que, além das partes - MPE e Estado – sejam convocados os municípios, ou em sua totalidade ou representante deles, na pessoa do representante do COSEMS (Conselho de Secretarias Municipais de Saúde). Isso, para que se replique em juízo a esfera de representação prevista no art. 14-A da Lei federal n. 8.080 e, se for caso, homologue em juízo a deliberação a ser tomada.

Dessa forma, é que se requer que Vossa Excelência reveja a própria decisão com o fim de se designar audiência de conciliação do art. 334 do CPC, com a convocação das partes e de representantes dos municípios catarinenses, os quais, no âmbito da CIB, são representados pelo COSEMS e pelos Secretários municipais de saúde.

Requer-se, também, que a audiência de conciliação englobe este e todos os demais processos referentes a repasses para os municípios referentes à Atenção Básice e à Média e Alta Complexidade.

5. PREQUESTIONAMENTO

Tendo em conta a probabilidade de o presente caso ser levado às instâncias superiores da Justiça, o Estado requer que Vossa Excelência manifeste-se expressamente e emita juízo acerca da aplicabilidade ao caso concreto dos dispositivos legais e constitucionais invocados ao longo da presente contestação, os quais são os seguintes:

> Código de Processo Civil (Lei 13.105/15): art. 3º, §§2º e 3º; 17; 18; 114; 115; 485, VI;
>
> Lei de Responsabilidade Fiscal (LC n. 101/00): art. 15, 16 e 17;
>
> Lei n. 8.080/90: art. 14-A;
>
> Lei Complementar n. 141/12: art. 19, §1º;
>
> Lei n. 9.494/97: art. 1º-F;

Constituição Estadual: art. 32; 52, I; 63; 71, I, II e XI;

Constituição da República: art. 37, *caput*; art. 100.

6. REQUERIMENTOS

Diante do exposto, o Estado de Santa Catarina requer:

A) Preliminarmente,

A.1) a resolução do feito sem análise de mérito, na forma do art. 485, VI, do CPC, ante a perda de objeto diante de nova deliberação em CIB acerca da matéria em 19/04/2018;

A.2) a resolução do feito sem análise de mérito diante da ilegitimidade do Ministério Público para pleitear em juízo direito dos municípios;

A.3) subsidiariamente, que a parte autora promova a citação de todos os municípios na condição de interessados;

B) No mérito,

B.1) seja declarada incidentalmente a nulidade da Deliberação CIB n. 141/2015, na forma prevista no art. 15 da Lei de Responsabilidade Fiscal;

B.2) seja declarada a inconstitucionalidade da Deliberação CIB n. 142/15 com fundamento nos artigos 32; 52, I; 63; 71, I, II e XI, todos da Constituição Estadual; bem como no art. 2º e caput do art. 37 da Constituição Federal;

B.3) seja julgado o feito improcedente pelas razões jurídicas invocadas;

C) Eventualmente, em não sendo acolhidos os pleitos anteriores:

C.1) seja revogada a cláusula de reajuste em 20% ou, subsidiariamente, seja revista com a adoção da TR ou outro índice oficial que melhor represente a inflação;

C.2) sejam acolhidos os cálculos da Diretoria de Auditoria Geral;

C.3) seja determinado o repasse mensal conforme as disponibilidades financeiras do Estado, fixando-se o prazo para repasse o último dia útil do mês seguinte à competência e determinando-se a intimação do Secretário de Estado para prestar esclarecimentos acerca de eventual atraso; ou, eventualmente, que o sequestro seja precedido de intimação do Estado para prestação de justificativa acerca do atraso, de forma que a medida abrupta não seja tomada sem abertura da possibilidade de justificativa;

C.4) seja julgado improcedente o requerimento de imposição de multa por atraso ou descumprimento de repasses;

C.5) seja determinado que o plano de pagamento obedeça as diretrizes dos artigos 16 e 17 da LRF;

C.6) revogação da tutela de urgência e designação de audiência de conciliação para todos os processos conexos em conjunto com convocação das partes e de representante do COSEMS, sendo homologado em juízo eventual acordo que esteja em conformidade à LRF;

D) a produção de provas em Direito admitidas, a serem especificadas em momento oportuno.

Nestes termos, pede deferimento.

Florianópolis, 27 de junho de 2018

DIREITO AMBIENTAL

A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DO PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS EM HIPÓTESES DE CUMPRIMENTO DE DEVER LEGAL

Marcel Silva Gladulich [1]

João Marcelo Gaio Souza [2]

RESUMO

Este trabalho analisa a possibilidade de normatização do pagamento pela prestação de serviços ambientais (PSA), compreendidos assim como aqueles fornecidos pela natureza ao homem e que são indispensáveis à sua sobrevivência, estando associados à qualidade de vida e bem estar da sociedade, especialmente em hipóteses em que já haja comando legal na tutela do objeto, situações em que *a priori* poderia não vislumbrar justificativa para o PSA.

1. INTRODUÇÃO

O pagamento por serviços ambientais (PSA) entrou na agenda dos Governos internacionais há pouco mais de 20 anos e no Brasil há menos de 10 anos – a grande maioria das leis estaduais sobre o tema data do final dos anos 2000 – sendo um tema ainda pouco explorado na doutrina e jurisprudência.

O contexto de sua introdução está na insuficiência das medidas até então tomadas na tutela dos recursos naturais, que são consumidos em velocidade superior à capacidade de absorção e recuperação da natureza.

É certo que mecanismos de tutela preventiva não são novidade no âmbito legislativo, mesmo no Brasil. Porém, essas medidas têm mostrado falhas, contrapondo o interesse da exploração dos recursos ao da coletividade. A solução se dá sempre num panorama de confronto de interesses e não de comunhão dos objetivos.

Através dos meios de tutela preventiva até então utilizados, baseados nos princípios da prevenção e da precaução, seria possível a intervenção administrativa e jurisdicional no sentido de evitar a ocorrência do dano.

De fato, tal construção foi importante na tutela do meio ambiente ecologicamente equilibrado, na medida em que não seria necessário se aguardar a efetiva ocorrência do dano para a posterior adoção de medidas repressivas, sistema que predominava até então (sistema de comando e controle).

Entretanto, foi necessário dar um passo avante. A efetiva tutela do direito fundamental ao meio ambiente saudável exigia progresso. Assim, cogitou-se

1 Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: marcelgladulich@hotmail.com.

2 Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: jmgaiosouza@hotmail.com.

da possibilidade de adoção de políticas indutivas, que fossem aptas de *induzir* comportamentos (positivos ou negativos), compartilhando o dever da preservação ambiental num grupo maior de pessoas e organizações.

Por meio do PSA, a coletividade aufere o bônus da preservação do meio ambiente e divide o ônus dessa intervenção, através do pagamento de contraprestação àquele que viabiliza a conservação.

Partindo dessa constatação, o presente artigo abordará as possibilidades e os problemas do PSA em casos de cumprimento do dever legal, ou seja, na hipótese de haver proibição expressa na norma sobre a prática degradatória.

A questão, assim, ganha diferentes contornos, uma vez que, havendo vedação expressa à prática da conduta poluidora, desnecessário seria o PSA – já que a conduta seria antijurídica e antieconômica.

Entretanto, pela perspectiva da análise econômica do direito ambiental, o princípio da eficiência na tutela do meio ambiente e da efetividade das normas ambientais poderá servir de base para a aplicação do PSA, em alguma medida,-mesmo em casos de cumprimento de obrigação legal.

Nessa esteira, o PSA abre a possibilidade da figura do "protetor-recebedor", em contraposição à do "poluidor-pagador", estimulando medidas de preservação e premiando a melhoria das condições ambientais.

É necessário ressaltar, por fim, que o trabalho tem objeto pontual, não tendo a pretensão de exaurir sequer o tema do pagamento por serviço ambiental, o qual tem diversas nuances, relativas a quais serviços ambientais merecem ser objeto do PSA, a sua valoração, o financiamento privado, a possibilidade de pagamento a entes públicos etc.Ou seja, o objeto aqui tratado se restringirá à análise dos fundamentos jurídicos do pagamento por serviços ambientais nos casos de cumprimento de dever legal.

Ao final, será proposta conclusão propositiva no sentido de que, com vistas ao melhor atendimento da tutela ambiental, devem os entes federativos, entre os quais os Estados, buscar a instituição do PSA também nas hipóteses em que presentes o dever legal.

2. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS E SEUS MARCOS NORMATIVOS

Antes de adentrar ao tema da legitimidade do PSA nos casos de cumprimento de dever legal, alguns comentários sobre o próprio instituto se fazem necessários. De início, cumpre buscar uma definição para o que seriam os serviços ambientais ou serviços ecossistêmicos.

De acordo com o Relatório Síntese da Avaliação Ecossistêmica do Milênio, serviços ambientais podem ser definidos da seguinte forma:

> "Ecossistema é um complexo dinâmico de comunidades vegetais, animais, microorganismos, e seu respectivo meio, que interagem

> como uma unidade funcional. A AM aborda todo o leque de ecossistemas — desde ecossistemas pouco perturbados como florestas naturais, até regiões com padrões mistos de uso humano ou mesmo ecossistemas intensamente administrados e modificados pelo homem, como regiões agrícolas e urbanas. **Serviços dos ecossistemas são os benefícios que o homem obtém desses ecossistemas**. Eles abrangem ***serviços de provisão,*** incluindo alimentos, água, madeira e fibras; ***serviços reguladores,*** que afetam climas, inundações, doenças, resíduos e a qualidade da água; ***serviços culturais,*** que fornecem benefícios recreacionais, estéticos e espirituais; e ***serviços de suporte,*** tais como formação do solo, fotossíntese e ciclo de nutrientes."[3].
>
> (grifos acrescentados)

Ou ainda, nas palavras de Erika Bechara:

> "Nessa esteira de raciocínio, os **serviços ambientais podem ser entendidos como serviços prestados pelos ecossistemas para a manutenção do equilíbrio ambiental**, necessário à vida e à qualidade de vida na Terra e que, por isso mesmo, são imprescindíveis."[4]
>
> (grifos acrescentados)

Historicamente, os serviços ambientais foram concebidos como livres e gratuitos, algo que a natureza dispõe e sempre disporá ilimitadamente, independentemente da análise quanto à sua essencialidade à vida e às atividades produtivas.

Entretanto, os séculos de exploração dos bens naturais pelo homem puseram em risco os serviços ambientais, que decaíram em quantidade e qualidade, comprometendo a qualidade da vida. Segundo Alexandre Altmann, a degradação dos serviços ambientais pode ser vista pela própria perspectiva econômica:

> "Sob a perspectiva econômica, a maior causa da degradação dos ecossistemas que prestam os serviços ambientais se deve a uma **falha de mercado** associada com a características de "bens livres" dos mesmos."[5]
>
> (grifos acrescentados)

Assim, é possível afirmar que a degradação dos serviços ambientais e o próprio consumo dos bens ambientais se dá de forma mais intensa do que a capacidade de regeneração do meio ambiente.

3 Disponível em http://www.unep.org/maweb/documents/document.446.aspx.pdf. Acesso em 02.08.2013.

4 BECHARA, Erika. Direito Socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas. A compensação e a gratificação por serviços ambientais na legislação brasileira. V. II. Paraná: Juruá, 2010, p. 102.

5 Pagamento por Serviços Ambientais: Aspectos Jurídicos para sua Aplicação no Brasil. Revista Síntese de Direito Ambiental, ano 1, n° 3, set-out. 2011, p. 11.

Nesse sentido, a consciência da importância sobre os serviços ambientais evoluiu paulatinamente desde a década de setenta, sendo ilustrativa a inclusão do tema na pauta de relevantes tratados internacionais, de que são exemplos a Convenção sobre a Biodiversidade, a Convenção-Quadro sobre Mudanças Climáticas, o Protocolo de Kyoto,o Protocolo de Cartagena e o Acordo de Paris.

Nesse contexto de conscientização, nasce então, na década de 90, a ideia do pagamento por serviços ambientais como instrumento indutivo de comportamentos, destinado a remunerar aqueles que suportam o ônus da manutenção do fluxo ecossistêmico[6].

Trata-se, assim, de uma abordagem política que, ao invés de coibir as condutas negativas, de forma repressiva, por meio de aplicação de penalidades – sistema de comando e controle –, estimula práticas positivas através de normas promocionais.A ideia do PSA é retirar daquele que preserva o meio ambiente os custos da sua conservação, ao menos parcialmente, transformado a lógica da tutela dos ecossistemas.

Como de verificará mais adiante, há, em verdade, uma mudança de paradigma na análise dos princípios do direito ambiental, fazendo surgir a figura do "protetor-recebedor", que permite a prestação dos serviços ecossistêmicos à coletividade.

Nesse momento, a comunidade internacional começa a experimentar o pagamento por serviços ambientais como forma de evitar, ou ao menos mitigar a degradação ambiental. Evidencia-se uma face regulatória, criando modelos que estimulam comportamentos positivos voltados à conservação do meio ambiente.Veja as palavras da doutrina especializada sobre o tema:

> "Note-se, ademais, que, sob a perspectiva do funcionalismo econômico, **a juridicidade do pagamento pelos serviços ecossistêmicos se justifica em razão de o Direito ter a função de criar estímulos e contraestímulos aos comportamentos humanos** que possibilitem alcançar a maximização da riqueza, por meio da **eficiência**, sendo este requisito da juridicidade"[7]
>
> (grifos acrescentados)

Nesse sentido, exsurge a eficiência como instrumento que confere juridicidade ao pagamento por serviços ambientais. Contudo, o PSA também está respaldado por outros elementos normativos, como o princípio da efetividade, da

6 Em termos amplos, a iniciativa de retribuir quem suporta o ônus de conservar o meio ambiente remonta ao início do século XX, tendo como exemplo o pagamento de contraprestação pela empresa de serviço de água de Nova Iorque aos ribeirinhos dos mananciais que abastecem a cidade.

7 MILARÉ, Edis; MORAIS, Roberta Jardim de; MILARÉ, Lucas Tamer. Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental: O pagamento por serviços ecossistêmicos no Brasil e as metas AICHI. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 126.

prevenção, da intervenção obrigatória do Poder Público, além da própria análise econômica do direito, como será visto mais adiante.

A respeito do princípio da eficiência, cumpre abrir pequeno parêntese. De sua introdução no art. 37 da Constituição Federal, pela EC 19/98, pode-se extrair:

> "(...) a procura de **produtividade e economicidade** e, o que é mais importante, a exigência de **reduzir os desperdícios de dinheiro público**, o que impõe a execução dos serviços públicos com mais presteza, perfeição e rendimento funcional"[8].
>
> (grifos acrescentados)

No ponto, a nosso sentir, com mais razão Edis Milaré, no sentido de não restringir o princípio da eficiência à economicidade e produtividade somente quanto ao gasto de dinheiro público.Eficiência está relacionada ao bom desempenho das atribuições constitucionais do Poder Público, ainda que as mesmas não venham a ser as menos onerosas aos cofres púbicos, em cotejo com os bens jurídicos postos em jogo.

Considerando-se o PSA, poderá ser considerada eficiente a atuação da Administração Pública caso haja uma efetiva melhora da qualidade do meio ambiente, ainda que envolva desembolso de recursos pelo Estado.

Retomando a caracterização do PSA, segundo Sven Wunder, um serviço ambiental é adquirido por um comprador de um fornecedor, que garantirá a provisão do serviço ambiental, em uma típica relação comercial, serviços estes que até então eram fornecidos gratuitamente pela "mãe natureza"[9].

Ainda segundo o autor, o PSA tem como características(i) a voluntariedade de uma transação, por meio da qual (ii) um serviço ecológico específico (iii) é adquirido por um agente, de (iv) um ou mais agentes provedores do serviço ecossistêmico,(v) desde que o provedor assegure a sua provisão.

Em outras palavras, pelo PSA, alguém deixa de utilizar recursos naturais de que dispõe em prol da coletividade, beneficiária do serviço ambiental, merecendo, assim, alguma compensação que pode ser de natureza pecuniária.

No entendimento de Carlos Eduardo F. Young e Leonardo Geluda:

> "O meio ambiente oferece diversos serviços para a humanidade. As práticas conservacionistas protegem esses serviços, mas, por isso, encaram **custos de oportunidade e de manutenção** que normalmente não são repassados a todos os que acabam sendo beneficiados. Portanto, em situações onde é fácil identificar os beneficiários diretos desses serviços, **surge o potencial de se estabelecer um**

8 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 24° ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 27.

9 WUNDER, Sven. Payments for Environmental Services: some nuts and bolts. Disponível em <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf> (tradução livre). Acesso em 09.10.2013.

> **sistema de pagamentos por serviços ambientais (PSA): os beneficiários (demandantes) pagam para os fornecedores dos serviços, estes sendo agentes que atuam na conservação ambiental**"[10].
>
> (grifos acrescentados)

A norma criadora do PSA, então, deverá pormenorizar o procedimento e os requisitos para o pagamento, estabelecendo o serviço ambiental abrangido, a fonte de recursos, a forma de controle da prestação do serviço, quem terá direito ao seu recebimento,etc[11].

Nessa ordem de ideias, poderia se cogitar, inclusive, de um dever do Estado quanto à implementação de PSA por ocasião da tutela ambiental, considerando a obrigação trazida pela Constituição Federal no sentido de impor ao Poder Público, incluindo aí todos os Poderes estabelecidos, o dever de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações[12].Sobre a intervenção obrigatória do Poder Público, destaca-se em Toshio Mukai:

> "**A defesa do meio ambiente**, tome-se como exemplo, **é uma finalidade da intervenção do Estado**: através de sua realização prática assegura-se a prevalência de princípios que lhe são ínsitos, como a preservação da vida, a diversificação das espécies, a higidez ambiental, o equilíbrio ecológico etc."[13]
>
> (grifos acrescentados)

Logo, em sendo o meio ambiente um bem jurídico tutelado constitucionalmente, com a imposição ao Poder Público de sua tutela efetiva, a intervenção poderia inclusive ser exigida através da implementação do PSA. Entretanto, o que se observa do ordenamento e da jurisprudência é que a forma de implementação das políticas públicas pertinentes à defesa do meio ambiente encontra-se inseridas no âmbito da discricionariedade do Poder Público.

Nesse sentido, dentre as várias possibilidades de busca da finalidade preservação do meio ambiente, há um amplo campo de escolha ao administrador, que pode optar, por exemplo, por crias outras penalidades, inclusive de índo-

---

10 YOUNG, Carlos Eduardo F; GELUDA, Leonardo. Pagamentos por serviços ecossistêmicos previstos na Lei do SNUC – teoria, potencialidades e relevância. III Simpósio de Áreas Protegidas. Disponível em http://sap.ucpel.tche.br/pdf/aspectos_juridicos/AJC2724.pdf. Acesso em 09.10.2013.

11 De se verificar, nesse contexto, a possibilidade de que o ente instituidor do PSA não necessariamente seja aquele competente para o licenciamento ou a fiscalização ambiental. Este tema, porém, mereceria abordagem em um estudo próprio.

12 Art. 225, *caput*, CR/88. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, **impondo-se ao Poder Público** e à coletividade **o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações**. – grifamos.

13 Direito Ambiental, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 31.

le penal[14], impor sanções administrativas, elevar o valor da multa pecuniária, etc.[15].Quanto ao objeto do presente, cumpre indagar se o pagamento seria jurídico em casos de cumprimento de dever legal.

Exemplificativamente, vislumbra-se o caso de implementação de PSA pela não construção em áreas de preservação permanente, como nas margens de rios e topos de morros, nos termos do art. 4° do Código Florestal (Lei n° 12.651/2012). A questão é colocada pela professora Erika Bechara nos seguintes termos:

> "(...) de um lado, eles [aqueles que têm devem legal de conservar os bens naturais de suas propriedades] nada mais fazem do que sua obrigação mas, por outro, **essa obrigação é imposta a apenas alguns** (os proprietários de terras), **com benefícios para todos**. Em outros termos: alguns **suportam os ônus para que todos gozem dos bônus**."[16]
>
> (grifos acrescentados)

O que vem se observando é que a prática legislativa brasileira vem instituindo leis e atos infralegais que promovem o PSA, inclusive quando já há uma prévia obrigação legal, o que tem sido feito sem maiores questionamentos sobre sua juridicidade[17].

Nesse sentido, destaca-se que o Código Florestal brasileiro e a lei de instituição do Fundo sobre Mudança de Clima contemplam expressamente a figura do PSA[18]. Já em relação ao Estado do Rio de Janeiro, verifica-se a tentativa

14 O art. 3° da Lei n° 9.605/98 tipificou o crime de pessoas jurídicas em razão de infrações a normas ambientais.

15 Não olvidando que a jurisprudência do STJ é tranquila no sentido de que a imposição de penalidade não prescinde de lei em sentido formal (entre outros: "ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEI 4.595/64. 1. **Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção**. 2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação. 3. Recurso especial improvido." - STJ, REsp 324181, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 08/04/2003 – grifos acrescentados)

16 *Ibidem*, p. 105.

17 Já houve quem levantasse preocupações sobre a ausência de um parâmetro geral acerca do PSA, sugerindo inclusive a edição de um marco regulatório sobre o assunto em âmbito federal (SANTOS, Prescila; BRITO, Brende; MASCHIETTO, Fernanda (Org.). Marco regulatório sobre pagamento por serviços ambientais no Brasil. Belém: Imazon; FGV. CVces, 2012, p. 26)

18 LEI Nº 12.651/12 Art. 41. É o Poder Executivo federal autorizado a instituir, sem prejuízo do cumprimento da legislação ambiental, programa de apoio e incentivo à conservação do meio ambiente, bem como para adoção de tecnologias e boas práticas que conciliem a produtividade agropecuária e florestal, com redução dos impactos ambientais, como forma de promoção do desenvolvimento ecologicamente sustentável, observados sempre os critérios de progressividade, abrangendo as seguintes categorias e linhas de ação:
I - pagamento ou incentivo a serviços ambientais como retribuição, monetária ou não, às atividades de conservação e melhoria dos ecossistemas e que gerem serviços ambientais, tais como, isolada ou cumulativamente:
a) o sequestro, a conservação, a manutenção e o aumento do estoque e a diminuição do fluxo de carbono;

b) a conservação da beleza cênica natural;
c) a conservação da biodiversidade;
d) a conservação das águas e dos serviços hídricos;
e) a regulação do clima;
f) a valorização cultural e do conhecimento tradicional ecossistêmico;
g) a conservação e o melhoramento do solo;
h) a manutenção de Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito;(...)
§ 4º As atividades de manutenção das Áreas de Preservação Permanente, de Reserva Legal e de uso restrito são elegíveis para quaisquer pagamentos ou incentivos por serviços ambientais, configurando adicionalidade para fins de mercados nacionais e internacionais de reduções de emissões certificadas de gases de efeito estufa.
§ 5º O programa relativo a serviços ambientais previsto no inciso I do caput deste artigo deverá integrar os sistemas em âmbito nacional e estadual, objetivando a criação de um mercado de serviços ambientais. (...)
Art. 58. Assegurado o controle e a fiscalização dos órgãos ambientais competentes dos respectivos planos ou projetos, assim como as obrigações do detentor do imóvel, o poder público poderá instituir programa de apoio técnico e incentivos financeiros, podendo incluir medidas indutoras e linhas de financiamento para atender, prioritariamente, os imóveis a que se refere o inciso V do caput do art. 3o, nas iniciativas de:
I - preservação voluntária de vegetação nativa acima dos limites estabelecidos no art. 12;
II - proteção de espécies da flora nativa ameaçadas de extinção;
III - implantação de sistemas agroflorestal e agrossilvipastoril;
IV - recuperação ambiental de Áreas de Preservação Permanente e de Reserva Legal;
V - recuperação de áreas degradadas;
VI - promoção de assistência técnica para regularização ambiental e recuperação de áreas degradadas;
VII - produção de mudas e sementes;
VIII - pagamento por serviços ambientais.
LEI Nº 12.114/09 Art. 5º, § 4º A aplicação dos recursos poderá ser destinada às seguintes atividades:
I - educação, capacitação, treinamento e mobilização na área de mudanças climáticas;
II - Ciência do Clima, Análise de Impactos e Vulnerabilidade;
III - adaptação da sociedade e dos ecossistemas aos impactos das mudanças climáticas;
IV - projetos de redução de emissões de gases de efeito estufa - GEE;
V - projetos de redução de emissões de carbono pelo desmatamento e degradação florestal, com prioridade a áreas naturais ameaçadas de destruição e relevantes para estratégias de conservação da biodiversidade;
VI - desenvolvimento e difusão de tecnologia para a mitigação de emissões de gases do efeito estufa;
VII - formulação de políticas públicas para solução dos problemas relacionados à emissão e mitigação de emissões de GEE;
VIII - pesquisa e criação de sistemas e metodologias de projeto e inventários que contribuam para a redução das emissões líquidas de gases de efeito estufa e para a redução das emissões de desmatamento e alteração de uso do solo;
IX - desenvolvimento de produtos e serviços que contribuam para a dinâmica de conservação ambiental e estabilização da concentração de gases de efeito estufa;
X - apoio às cadeias produtivas sustentáveis;
XI - pagamentos por serviços ambientais às comunidades e aos indivíduos cujas atividades comprovadamente contribuam para a estocagem de carbono, atrelada a outros serviços ambientais;
XII - sistemas agroflorestais que contribuam para redução de desmatamento e absorção de carbono por sumidouros e para geração de renda;
XIII - recuperação de áreas degradadas e restauração florestal, priorizando áreas de Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente e as áreas prioritárias para a geração e garantia da qualidade dos serviços ambientais.

de normatização do tema pelo Decreto Estadual nº 42.029/11, do qual se extrai:

> Art. 2º - São considerados serviços ambientais, passíveis de retribuição, direta ou indireta, monetária ou não, as práticas e iniciativas prestadas por possuidores, a qualquer título, de área rural situada no Estado do Rio de Janeiro, que favoreçam a conservação, manutenção, ampliação ou a restauração de benefícios propiciados aos ecossistemas, que se enquadrem em uma das seguintes modalidades:
>
> I - conservação e recuperação da qualidade e da disponibilidade das águas;
>
> II - conservação e recuperação da biodiversidade;
>
> III - conservação e recuperação das faixas marginais de proteção - FMP;
>
> IV - seqüestro de carbono originado de reflorestamento das matas ciliares, nascentes e olhos d´água para fins de minimização dos efeitos das mudanças climáticas globais.
>
> Art. 3º - As iniciativas do PRO-PSA destinadas a retribuir serviços ambientais prestados deverão conter:
>
> I - os tipos e as características dos serviços ambientais prestados;
>
> II - os critérios para a seleção das áreas prioritárias;
>
> III - os critérios de elegibilidade e priorização dos participantes;
>
> IV - os critérios para o cálculo das retribuições;
>
> V - as definições dos prazos, mínimos e máximos, a serem observados nos contratos;
>
> VI - os critérios para o monitoramento dos serviços ambientais prestados;
>
> VII - os mecanismos institucionais para obtenção de recursos financeiros destinados à gestão do PRO-PSA.

Nos próximos tópicos, pretende-se analisar se é jurídico, ou mesmo justificável, e em que medidas o PSA pode ser utilizados para hipóteses de cumprimento do dever legal[19].

19 Destaca-se, desde já, a existência de estudo sobre o tema do PSA, em casos de cumprimento do dever legal, mas que desenvolve raciocínio em bases distintas das que serão propostas neste trabalho, concluindo pela possibilidade do PSA em espaços territorialmente protegidos com fundamento na constatação de que as limitações administrativas constituem patamar mínimo de tutela ambiental, servindo o PSA como adicional ao padrão de proteção (SÁ, João Daniel Macedo. Pagamento por serviços ambientais em espaços territorialmente protegidos. Revista Síntese de Direito Ambiental, ano 1, n° 3, set-out. 2011).

3. A ANÁLISE ECONÔMICA NO DIREITO AMBIENTAL E SUA RELEVÂNCIA PARA O PSA

A premissa do liberalismo econômico do século XVIII, capitaneada por Adam Smith, pregava a desnecessidade de intervenção do governo na economia, a qual possuiria dinâmica própria, emancipada das demais esferas sociais, dirigindo o mercado através de sua "mão invisível"[20].

Pela perspectiva da teoria, tinham caráter quase que absoluto os direitos fundamentais que hoje chamamos de primeira geração (ou dimensão), quais sejam, de propriedade, livre empresa e iniciativa, autonomia de vontade, dentre outros.[21]

Entretanto, como se sabe, o constitucionalismo do século XX construiu a ideia de constituição como instrumento transformador, e não apenas limitador de poder e garantia dos direitos individuais, de que são exemplos as cartas mexicana de 1917 e alemã de 1919 (Constituição de Weimar), inaugurando a proteção a direitos sociais e coletivos, com a ampliação da intervenção estatal para um incontável número de demandas antes desreguladas. Nesse sentido, assumiu a Constituição Federal de 1988 caráter compromissório, albergando a tutela de direitos individuais, sociais e coletivos, sem hierarquia normativa entre os mesmos, no grupo dois direitos fundamentais.[22]

A então nova Constituição de 1988 deu impulso à teoria do neoconstitucionalismo[23], possuindo como um dos marcos teóricos a nova interpretação constitucional, no sentido de adotar novos critérios de solução de conflitos. De acordo com a teoria[24], confere-se maior relevância ao papel do intérprete, dos fatos e das consequências que a decisão provocará no mundo dos fatos. Ou seja, quanto a esse último aspecto, deixa-se de conceber a interpretação jurídica no campo exclusivamente teórico, conferindo importância às suas consequências reais, inclusive de ordem econômica.

Pela nova interpretação constitucional, portanto, a ciência jurídica deixa então de ser vista como autônoma em relação às demais ciências sociais, passando a interagir com elas, utilizando-se de suas ideias e métodos, de que serão parte

20 ABRÃO, Bernadette Siqueira (org.), Coleção os Pensadores, A história da Filosofia, São Paulo: Nova Cultura, 2004, p. 365.

21 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão, Editora Almedina, 2008, p. 61.

22 P. Ex. Art. 5°, XXII, que garante o direito de propriedade (classicamente um direito individual); Art. 7°, IV, que garante o direito do trabalhador ao recebimento de salário mínimo (direito social); e Art. 225, *caput*, que tutela o direito coletivo à manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

23 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, n° 9, março/maio 2007, p. 9/10. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf>. Acesso em 22.08.2013.

24 *Ibid*, p. 11.

as ciências econômicas[25].Sob essa perspectiva, ganha relevância a mencionada análise econômica do direito – *"law and economics"* – desenvolvida principalmente nos Estados Unidos, na década de 1960, tendo como expoentes Ronald Coase e Guido Calabrese[26].

Em um momento posterior, por impulso de Richard Posner, a teoria foi ainda mais difundida, como exigência da eficiência da *common Law*, não obstante não houvesse consenso sobre o próprio conceito de eficiência[27].

A análise econômica do direito, nesse momento, deixa de ser aplicada apenas em campos específicos e propícios, como no direito comercial e em medidas anticoncorrência, passando virtualmente a servir de critério de análise para qualquer ramo do direito, tais como direito penal e de família[28].

A teoria não deixou de receber críticas severas, sob o argumento da tentativa de monetarização do direito e das consequências que as decisões jurídicas adquirem, escolhendo-se sempre as decisões economicamente mais vantajosas, independente de outros critérios, inclusive de aspectos científicos e de índole existencial[29].

Firmes nessas premissas, a presente análise se presta a verificarem que medida a análise econômica do direito é possível e desejável,especificamente quando tratamos do pagamento dos serviços ambientais em casos de cumprimento de dever legal, tendo em vista relevância do bem jusfundamental que está sendo tutelando.

De início, há que se verificar de que forma se dá a interação dos destinatários da norma jurídica com as obrigações que lhe são impostas. Nas palavras de Pedro Mercado Pacheco:

---

25 Na década de 70, além do *"Law andeconomics"*, outras duas tendências ou movimentos intelectuais surgiram em contraposição à teoria jurídica dominante, quais sejam a "escola crítica do direito" (*"critical legal studies"*) e as teorias denominadas *"rights-based"* (ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 11.10.2013.

26 KORNHAUSER, Lewis A. economic rationality in the analysis of legal rules and institutions. The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory, Martin P. Golding and William A. Edmundson, 2005, p. 67 (tradução livre).

27 *Ibid*, 67.

28 HANSON, Jon D.; HART, Melissa R. Law and Economics. A Companion to Philosophy of law and legal Theory, Dennis Patterson, 1996, II Series, p. 311 (tradução livre).

29 Um dos principais críticos foi Hans Küng, argumentando que "O princípio da racionalidade econômica tem sua justificação, mas não pode assumir-se como valor absoluto de forma a evitar que o subsistema da economia se eleve de fato à categoria de um sistema total que domestique os demais subsistemas e desvirtue seus valores." (Una ética mundial para la economia y a política. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 279. *Apud* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 11.10.2013.

> "É possível **distinguir dois tipos de decisões por parte dos agentes,sujeitos de obrigações legais**: 1) uma decisão sobre a **intensidade com que o agente participa na atividade geradora da obrigação legal** e 2) a partir dessa participação **o agente decide se cumprirá com sua obrigação ou não**. Neste contexto, a proteção do direito impõe um preço às decisões dos agentes. **A decisão de não cumprir uma obrigação resulta de uma ponderação estabelecida entre o custo relativo do descumprimento em relação ao custo relativo do cumprimento**, enquanto que a decisão sobre o nível ou intensidade da atividade do agente resulta da magnitude do custo em que incorre como resultado de cumprir ou não cumprir com a norma. Sob a ótica econômica, o agente é guiado por um padrão de conduta configurado pelos seguintes pressupostos:Primeiro, a maximização e racionalidade no comportamento**. Os indivíduostêm a capacidade de ordenar suas preferências e escolher as quemais lhe satisfazem a partir do suposto paradigma do cálculo racional**,o que não implica que de fato os indivíduos se comportem dessa forma.Segundo,as preferências são estáveis, no sentido de que, via de regra,não variam e nem são afetadas pela ação de terceiros. Terceiro, os titularessão os melhores conhecedores do valor de suas coisas. E quarto, oprincípio do equilíbrio, no sentido de que a tendência é somente alterar-se as situações na possibilidade de melhora. Conclui-se, portanto,que, fixada a prioridade da teoria da ação racional econômica e fixado ofim da referida ação na eficiência econômica, o direito na perspectiva daAED [análise econômica do direito] converte-se num conjunto de incentivos e guias que encaminhama conduta dos indivíduos para a consecução do fim específico que deveperseguir o direito, qual seja, a consecução da eficiência econômica."[30] (Grifos acrescentados)

Tem-se, portanto, segundo as conclusões da análise econômica do direito, a seguinte situação: na escolha de como atuar, os indivíduos decidem se irão ou não cumprir as obrigações que lhe são impostas e em que intensidade isso ocorrerá. E tais decisões serão tomadas após uma ponderação interna do custo de realizar a obrigação, e em qual intensidade, bem como o custo de não a realizar – verificando aqui o custo em sentido amplo, inclusive monetariamente. Quanto à motivação gerada pelas obrigações, argumenta Lewis A. Kornhauser:

> "Antes de perguntarmos como a obrigação motiva, devemos aceitar que de fato ela influencia nas condutas. Essa assertiva parece ser evidente em termos acadêmicos, mas a interpretação radical do projeto de política econômica nega que a obrigação tenha uma efi-

30 PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico delDerecho- una reconstrucción teórica.* Madrid: Cento de EstudiosConstitucionales, 1994. *Apud* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 11.10.2013.

> cácia informal. Dito de outra forma, a política econômica nega que a obrigação sempre conduza a forma de agir do agente, exceto pela sanção imposta pelo descumprimento ou alguma outra informação que a regra informe."[31]

Assim, para essa escolha, o caminho a ser percorrido por um economista seria isolando cada um desses custos em relação à obrigação a ser cumprida, de modo que somente entrará na ponderação o cumprimento da obrigação em contraponto ao custo analisado[32].

Em se tratando de pagamento por serviços ambientais, o custo avaliado é quase sempre de cunho econômico[33]. Do outro lado da balança, por sua vez, estará o custo do cumprimento da obrigação de tutela do meio ambiente.

Em termos práticos, aquele que detém bem de relevância ambiental, tem a possibilidade de explorá-lo ou não. No processo de tomada de decisão sobre a utilização ou não dos recursos naturais, será levado em consideração diversos aspectos, como, por exemplo, a permissão legal, a penalidade em caso de proibição, o custo da exploração, a provável vantagem econômica que auferirá, etc.[34].

Caso a exploração dos bens ambientais disponíveis não seja vedada, o processo de tomada de decisão estaria inclinado à sua exploração, não havendo penalidade pela eventual degradação do meio ambiente nos níveis permitidos.

Nesse panorama, justifica-se *a priori* a implementação do pagamento pelos serviços ambientais, para que seja elevado o peso no outro lado da balança do método ponderativo do proprietário. Aqui, em havendo PSA, considerando que o benefício econômico auferido pelo proprietário seja o mesmo em ambas as situações – explorando o meio ambiente ou não – haverá maiores chances de ser mantido o bem ambiental intacto. No caso, outras variáveis serão levadas em consideração na escolha da conduta, com maiores chances de não haver a degradaçãoao meio ambiente.

Assim, percebe-se, rigorosamente, a aplicação, na prática, da teoria da análise econômica do direito, conforme ensina Pedro Mercado Pacheco:

> "Preliminarmente cabe destacar que a novidade da análise econômica do direito, na avaliação de Posner, está na **aplicação da análise econômica às normas reguladoras da conduta**, quer esta seja

31 KORNHAUSER, Lewis A. *Ibidem*, p. 75.

32 POLINSKY, A. Mitchell. An introduction to Law and economics. Aspen Publishers, 3rd ed., 2003, p.4.

33 De acordo com estudo promovido pela Imazon junto com a FGV, praticamente a totalidade dos atos normativos editados no Brasil e os projetos em tramitação estabelecem a contraprestação pecuniária como forma de remuneração pelo pagamento dos serviços ambientais (SANTOS, Prescila; BRITO, Brende; MASCHIETTO, Fernanda (Org.). Marco regulatório sobre pagamento por serviços ambientais no Brasil. Belém: Imazon; FGV. CVces, 2012.

34 É certo que a tomada da decisão não levará em consideração critérios exclusivamente econômicos, como dito antes, mas também concepções pessoais, filosóficas, existenciais, políticas etc.

pertinente a mercados explícitos, quer não integre mercados."[35]

Nesse contexto, coloca-se a indagação a respeito da possibilidade do estabelecimento de pagamento por serviço ambiental quando a própria exploração do meio ambiente já é vedada por lei. Em outros termos, seria eficiente ou justificável o pagamento por serviço ambiental nos casos de cumprimento do dever legal?

Considerando-se os valores jurídicos contrapostos, do outro lado da balança ponderativa, tendo em vista a exploração econômica ou não do bem ambiental, estará a própria vedação legal à conduta, com a consequente imposição de penalidades.

Como vista acima, a análise econômica do direito demonstra que o fato de o cumprimento de uma obrigação positiva ou negativa ter previsão legal, com a consequente imposição de penalidade, não deixa de ser submetido ao critério ponderativo de tomada de decisão.

Exemplificativamente, cogita-se de uma área com restrição à derrubada de árvores, com possibilidade de imposição de multa de R$1.000,00 (mil reais) por tonelada de madeira apreendida, e que o valor desse produto no mercado é de R$2.000,00 (dois mil reais).

Na ponderação econômica para o proprietário acima exemplificado, ainda seria mais vantajoso derrubar as árvores do que deixar de fazê-lo, já que, mesmo com a imposição da penalidade, a punição de todas as condutas ainda seria menos onerosa do que seu benefício econômico.

Exemplos outros podem ser encontrados nas áreas de preservação permanente, previstas constantes do art. 4° e seguintes do Código Florestal, em que há obrigação legal de não intervenção humana, com exceções restritas constantes do art. 8° da Lei n° 12.651/12.

Portanto, aquele que, em sua propriedade, detém área definida como de preservação permanente, estará obrigado a não alterar sua configuração. Porém, em juízo de ponderação, poderá optar por explorar a área, mesmo se considerar a aplicação de penalidade, em razão do proveito econômico. Assim, em sendo inserido um novo elemento nessa balança ponderativa, qual seja, a contraprestação pela manutenção da área intacta, as chances de manutenção do bem ambiental serão, em tese, muito maiores.

Buscando-se novamente o exemplo sobre área com restrição de derrubada de árvores, imagine-se que a penalidade pela violação seja a imposição de multa de R$1.000,00 (mil reais) por tonelada de produto apreendido, considerando, ainda, que o valor do produto no mercado é de R$2.000,00 (dois mil reais). Inse-

35 PACHECO, Pedro Mercado. *El Análisis Económico delDerecho- una reconstrucción teórica.* Madrid: Cento de EstudiosConstitucionales, 1994. *Apud* ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 11.10.2013.

rindo-se o pagamento por serviço ambiental no valor hipotético de R$1.000,00 (mil reais) diários pela abstenção derrubada de árvores, considerando, hipoteticamente, que a média de árvores derrubada por dia seja de R$1.000,00, o benefício econômico seria equivalente derrubando-se ou mantendo-se as árvores.

Em sentido ainda mais amplo, além de considerar o custo monetário dos bens ambientais, é correto afirmar que a opção pela manutenção do ecossistema valorizará a própria propriedade, que não possuirá passivo ambiental[36].A respeito do tema, Celso Monteiro considera que *"para que o PSA faça sentido, evidentemente a preservação do meio ambiente tem de ser mais lucrativa do que sua destruição"*[37].

Todavia, ainda que a contraprestação pela obrigação de não fazer não seja rigorosamente equivalente ao ganho auferido com a intervenção no meio ambiente, a balança ponderativa já não será a mais a mesma inexistindo o PSA.

Dessa forma, sempre que for estipulada alguma forma de contraprestação pela manutenção do meio ambiente em equilíbrio, ainda que não seja de forma pecuniária, em algum grau haverá mais chances de sua manutenção sem degradação.

Ao largo dos exemplos apresentados, pertinente se faz a análise das críticas quanto a aplicação do PSA em casos de obrigação legal. Retomando-se as críticas relativas à própria análise econômica do direito, e, portanto, também ao PSA fundamentado na teoria, as mesmas podem ser sintetizadas nas seguintes ideias[38].

A primeira crítica é relativa à proeminência da análise econômica, que revela um patamar superior da racionalidade econômica em detrimento da complexidade das demais dimensões da sociedade. Segundo tal corrente, a economia demandaria um acompanhamento político, no sentido de verificar sua submissão aos objetivos humanos e sociais, e não o contrário. Da mesma forma, a teoria desconsideraria que nem toda troca tem caráter mercantil, guiada por finalidades econômicas. A sociedade, ainda hoje, pode agir também por finalidades fraternais, filantrópicos, de reciprocidade, entre outras.

Nessa ordem de ideias, o PSA seria desnecessário em todos os casos em que houvesse preservação pelos proprietários pela simples motivação socioecológica, sendo, consequentemente, ineficiente e antieconômico e, portanto, antijurídico.

Há, ainda uma crítica interdisciplinar, considerando inadequada a adoção do sistema de mercado como modelo único de decisão acabada, explicando toda e qualquer decisão política e judicial, sendo este o único valor social. A tal corrente, podemos acrescentar, ainda, a monetarização, em abstrato, de um direito fundamental constitucionalmente positivado, o que afrontaria suas próprias caracte-

36 SÁ, João Daniel Macedo. *Ibidem*, p. 35.

37 Como funciona o pagamento por serviços ambientais. Disponível em <http://ambiente.hsw.uol.com.br/pagamento-servicos-ambientais.htm>. Acesso em 06.10.2013.

38 Críticas sintetizadas a partir das ideias de Hans Küng (*Ibid*. Disponível em <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 17.10.2013.)

rísticas de inalienabilidade e indisponibilidade[39].

Significaria assumir que cada lesão a bem ambiental deveria ser individualmente considerada, levando-se em conta características específicas do ecossistema atingido. O estabelecimento de PSA estaria precificando previamente o bem ambiental, estabelecendo o valor deste ou daquele pedaço do meio ambiente.

Há, ainda, uma outra posição argumentativa de crítica no sentido de se desconsiderar, por completo, qualquer linha de filosofia biocentrista ou ecocentrista[40].

Ainda que as críticas sejam coerentes e válidas, os argumentos que militam em favor do PSA em casos de cumprimento de dever legal, fundado na análise econômica do direito, parecem ter fundamentos mais sólidos.

Isso porque, como intuitivo, o estabelecimento do PSA conferirá maior efetividade às normas protetivas, o que nos remete, uma vez mais, ao ponto da eficiência como fundamento da análise econômica do direito, tal como salientado por Alejandro Bugallo Alvarez:

> "A novidade da AED é dar uma fundamentação econômica à teoria do direito e, neste sentido, **mais que se centrar nos efeitos das normas, terá que se centrar na eficiência** e, portanto no princípio da maximização."[41]
>
> (grifos acrescentados)

Demonstra-se, assim, que o pagamento por serviços ambientais, ainda quem que relativo à obrigação decorrente de imposição legal, aumenta o grau de eficiência da norma. Não é de outra forma que se manifesta Edis Milaré:

> "Nesse passo, o pagamento pelos serviços ecossistêmicos privilegia a eficiência, ao buscar arranjos que possam levar a maiores resultados ambientais ou econômicos pelo valor pago, aproximando-se nesse sentido da noção de adicionalidade"[42].

Citando novamente Alvarez:

> "Neste sentido a análise econômica do direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os efeitos destas na consecução de resultados eficientes."[43]

39 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional, 7° ed. São Paulo: Saraiva, p. 165.

40 O biocentrismo confere o mesmo grau de relevância no universo a todos os seres vivos, considerando a vida um fenômeno único, conforme lições de Peter Singer. Já o ecocentrismo confere valor final ao ecossistema e não meramente instrumental (AMADO, Frederico. Direito Ambiental Esquematizado, 3ª ed. São Paulo. Método, 2012, p. 3)

41 Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em < http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 12.10.2013.

42 MILARÉ, Edis. *Ibidem*. P. 127.

43 *Ibid*, p. 9.

Logo, não seria somente a eficiência[44] a ser promovida, mas a própria efetividade das normas ambientais, entendidas como *"a realização do direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados"*[45].*Segundo Barroso, a efetividade aproxima o tanto quanto possível o dever-ser* do *ser*. Sob a perspectiva abordada, é possível afirmar que o *dever-ser* é o cumprimento das normas ambientais, que serão promovidas com a instituição do PSA.

Em conclusão, verificamos que a inserção do pagamento por serviços ambientais quando é a obrigação decorrente do cumprimento de obrigação legal introduz novos elementos, ou pesos, na balança ponderativa de decisão a ser tomada.O grau em que haverá a adesão ao PSA, por sua vez, será determinado de acordo com a norma que o disciplinará, no estabelecimento da forma e quantidade das contraprestações pela manutenção do meio ambiente equilibrado.

Portanto, em se tornando o cumprimento da obrigação legal ainda mais atrativo para o detentor, que ponderará não somente a penalidade imposta, mas o benefício econômico que terá por seu cumprimento, o implemento da norma se tornará mais eficiente, verificando-se uma maior adesão.

Desse modo, sob a perspectiva da análise econômica do direito, podemos concluir que é eficiente o estabelecimento do PSA, mesmo que em casos do cumprimento de dever legal, ressaltando-se que a eficiência no cumprimento da norma representa, evidentemente, maior proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jurídico a ser tutelado em última análise.

4. PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS COMO FORMA DE TUTELA PREVENTIVA E O PRINCÍPIO DO PROTETOR-RECEBEDOR

Como visto no tópico precedente, o PSA viabiliza o alcance da tutela do meio ambiente por meio de condutas negativas ou positivas tomadas pelos particulares.Além disso, observando-se pelas perspectivas de eficiência e de efetividade no cumprimento das normas, bem como pelo grau de importância ocupada pelo direito ambiental, o PSA vai ao encontro dos seus princípios e valores, primando pela antecipação e prevenção da ocorrência de qualquer dano aos bens jurídicos objeto de proteção.

Não é demais repisar que a tutela repressiva, isto é, após a ocorrência do dano, não é suficiente no direito ambiental, dada a natureza irreversível dos danos causados, como ressaltado por Marcelo Abelha Rodrigues:

> "Sua importância está diretamente relacionada ao fato de que, **se ocorrido o dano ambiental, a sua reconstituição é praticamente impossível**. O mesmo ecossistema jamais pode ser revivido. Uma espécie extinta é um dano irreparável. Uma floresta desma-

44 Princípio desenvolvido mais profundidade no Capítulo II.

45 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 305.

> tada causa uma lesão irreversível, pela impossibilidade de reconstituição da fauna e da flora e de todos os componentes ambientais em profundo e incessante processo de equilíbrio, como antes se apresentavam"[46].
>
> (grifos acrescentados)

Nesse sentido, os serviços ambientais sempre figuraram como passíveis de apropriação pelos indivíduos, para manufatura de algum bem extraído da natureza, seja para construir uma lança de caça, seja para a construção de uma usina nuclear.Entretanto, o que sempre ocorreu, desde que a proteção ambiental começou a ser tutelada juridicamente, é que a obrigação de internalização dos custos da poluição era feita de forma repressiva, de acordo com o sistema de comando e controle.

Nessa esteira, a antiga dinâmica revela que o poder estatal, em busca da melhor tutela do meio ambiente, elaborava leis, fiscalizava o seu cumprimento e punia aquela que agisse em desacordo com as normas, mecanismos tradicionalmente utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro,a exemplo da Lei n° 9.605/1998, que dispõe sobre as *"sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente"*[47].

E sob esse prisma se desenvolveu o consagrado princípio ambiental do poluidor -pagador, pelo qual "deve o poluidor responder pelos custos sociais da degradação causada por sua atividade impactante"[48]*. De se mencionar que o referido princípio foi, inclusive, aprovado na Declaração do Rio de 1992, nos seguintes termos:*

> Princípio 16: "Tendo em vista que o poluidor deve, em princípio, arcar co o custo decorrente da poluição, as autoridades nacionais devem procurar promover a internalização dos custos ambientais e o uso de instrumentos econômicos, levando na devida conta o interesse público, sem distorcer o comércio e os investimentos nacionais".

Nada obstante, os instrumentos tradicionais de tutela efetiva do meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem jusfundamental tutelado pela CF/88, não se mostraram suficientes. Na realidade, *"a importância da fiscalização e punição realizada pelos órgãos ambientais cumpre apenas uma parcela (estágio) do processo cognitivo"*[49].

---

46 RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental: Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 203.

47 Também é o caso previsto no art. 33 no novo Código Florestal, que trata da reposição ambiental, bem como a disposição do art. 36, §1° da Lei n° 9.985/2005, ao tratar do patamar de indenização imposto ao poluidor, além dos dispositivos dos arts. 4°, VII e 14, §1° da Lei n° 6.938/81, dentre outras disposições legislativas.

48 AMADO, Frederico. *Ibidem*, p. 62.

49 WALMAN, Ricardo Libel; ELIAS, Luiz Gustavo da Veiga. Os Princípios do Direito Ambiental e o Pagamento por Serviços Ambientais/Ecossistêmicos. Revista de Direito Ambiental n° 69, jan.-mar./2013, p. 54.

Sob esse enfoque, vislumbrou-se a necessidade de intervenção da figura estatal de forma antecipada à ocorrência de eventual dano, como instrumento de concretização do princípio da prevenção ambiental[50]*.A antecipação dos danos ganha especial relevo o direito ambiental, tendo em vista sua potencial irrervesibilidade e a qualidade do direito fundamental do bem tratado.*

Nesse contexto, ainda em 1972, com a Conferência de Estocolmo, frisou-se que a natureza não poderia ser vista apenas como provedora de produtos, mas também de bens essenciais à própria manutenção da vida[51]*.Ou seja, são os bens ambientais, que geram os serviços ambientais ou serviços ecológicos, aqueles que possibilitariam as condições de sobrevivência da vida na terra, merecendo, portanto, proteção jurídica antes da ocorrência do dano.*

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da prevenção, ao exigir o estudo prévio de impacto ambiental às atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente (art. 225, §1°, IV).Diversos mecanismos legislativos deram suporte à concretização do princípio da prevenção, exigindo-se estudo prévio de impacto, bem como licenças ambientais, com moldes gerais hoje traçados pela Lei Complementar n° 140/2011.

Igualmente, teve o Poder Judiciário atuação decisiva em diversas oportunidades na promoção do princípio da precaução, por meio de tutelas preventivas, impedindo a concretização de danos ambientais[52]*.Houve, assim, grande avanço com essa mudança de perspectiva, que,apesar de não deixar de inserir o dano ambiental exclusivamente como um elemento econômico a ser considerado nos custos empresariais, certamente impediu que novos danos ambientais fossem causados.*

O princípio da prevenção, portanto, está fortemente atrelado à noção de risco, em contrapartida à noção de ilícito, tratada nas demandas repressivas.Sobre a noção de risco, Consuelo Yoshida e Rita Maria Borges Franco asseveram o seguinte:

> "**Admitir o risco como fundamento de justificação importa em romper com o modelo tradicional de justificação das medidas judiciais preventivas**, uma vez que as noções de ilícito e de dano trabalham sobretudo com bases de informações, ainda que limitadas (na hipótese de tutelas preventivas e medidas antecipatórias)."[53]
> (grifos acrescentados)

50 Princípio este que tem aplicação a casos de impactos ambiental já conhecidos e "dos quais se possa, com segurança estabelecer um conjunto de nexos de causalidade que seja suficiente para identificação dos impactos futuros mais prováveis" (ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 12ª ed.Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009, p. 45).

51 MILARÉ, Edis; MORAIS, Roberta Jardim de; MILARÉ, Lucas Tamer. Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental: O pagamento por serviços ecossistêmicos no Brasil e as metas AICHI. Belo Horizonte: Fórum, p. 119.

52 Dentre outros: STF, ADin n° 3540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006 e STJ, RMS n° 29.853, Rel. Min Herman Benjamin, DJ 24.07.2011.

53 Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental: Prevenção, Precaução e Fato Consumado. AICHI. Belo Horizonte: Fórum, p. 94.

E, continuando:

> "As vantagens de se prevenir os danos ao meio ambiente são nítidas. Via de regra, trata-se de **danos irreparáveis ou de difícil reparação**, não apenas em relação à integridade dos atributos essenciais à qualidade ambiental, mas também à sadia qualidade de vida das presentes e futuras gerações."[54]
>
> (grifos acrescentados)

Nessa toada, novo avanço ainda precisava ser alcançado, e, nesse sentido, criou-se a figura da sanção premial àqueles que deixassem de degradar o meio ambiente, de acordo com o princípio do "protetor-recebedor". Por oportuno, destaca-se as palavras de Maurício Andrés Ribeiro, segundo o qual, o novo princípio teria sentido oposto ao do "poluidor-pagador", nos seguintes termos:

> "O **Princípio Protetor-Recebedor** postula que aquele agente público ou privado que protege um bem natural em benefício da comunidade deve receber uma compensação financeira como incentivo pelo serviço de proteção ambiental prestado. O **Princípio Protetor-Recebedor** incentiva economicamente quem protege uma área, deixando de utilizar seus recursos, estimulando assim a preservação."[55]

Logo, tal princípio tem como objetivo, assim como o princípio da precaução, evitar degradação ambiental; mas pela perspectiva do estímulo e da recompensa ao "protetor" do meio ambiente, com alguma forma de compensação.Trata-se, portanto, de permitir a proteção e recomposição ambiental, de forma que ela seja vantajosa para aquele que a protege, afora o benefício já advindo da convivência com o próprio meio ambiente ecologicamente equilibrado.De acordo com a Professora Erika Bechara:

> "O que preconiza o princípio do protetor-recebedor, em suma, é garantir a realização dos serviços ambientais. Para tanto, propõe a estratégia da concessão de benefícios ao provedor, para convencê-lo a se manter ou a se tornar um ator importante da proteção do meio ambiente. Ora, se os instrumentos de comando e controle já não bastam mais para tal desígnio, valhamo-nos de outros instrumentos, inclusive econômicos e voluntários."[56]

No contexto, extrai-se hipótese de sanção premial da Constituição Federal, no capítulo relativo à distribuição de receitas tributárias (art. 158, IV, e p.ú., II)[57].

54 *Ibidem*, p. 95.

55 RIBEIRO, Mauricio Andrés. O princípio protetor-recebedor. Disponível em <http://www.ecologizar.com.br/vale04.html>. Acesso em 09.10.2013.

56 BECHARA, Erika. Direito Socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas. A compensação e a gratificação por serviços ambientais na legislação brasileira. V. II. Paraná: Juruá, 2010. P. 102.

57 Art. 158. Pertencem aos Municípios:

Tendo como fundamento o dispositivo, normas estaduais diversas passaram a considerar como critério da distribuição das receitas de ICMS os Municípios que possuem políticas ambientais sérias, o que se convencionou chamar de ICMS Verde ou Ecológico[58].

A lógica econômica novamente volta a ter importância, mas pelo prisma da proteção ambiental, uma vez que o "protetor" será compensado pela manutenção ou produção do equilíbrio do ecossistema (compensação que normalmente é econômica). Romeu Faria Tomé da Silva analisa uma situação hipotética da seguinte forma:

> "O raciocínio é óbvio: beneficiadas com determinados incentivos tributários [hipótese que pode concretizar o princípio do protetor-recebedor], as empresas ambientalmente responsáveis perceberiam uma significativa redução dos seus custos de produção, tornando, por conseguinte, seus produtos mais competitivos no mercado.
>
> Os preços dos produtos originados das empresas ambientalmente corretas tornar-se-iam, assim, iguais ou menores do que os das empresas poluidoras. **O referido benefício fiscal àquelas empresas corresponderia a um enorme incentivo econômico para o consumidor, que passaria a gastar menos e ao mesmo tempo estaria participando ativamente da preservação do meio ambiente**"[59].
>
> (grifos acrescentados)

Nessa toada, mais uma vez pode-se chegar à justa medida de que a tutela preventiva e efetiva do ambiente permite que instrumentos regulatórios do Estado sejam aplicados das mais diversas formas.Tal se dá como decorrência lógica da impossibilidade de se estabelecer um valor intrínseco à natureza, a qual, a par de poder ser considerada um bem jurídico a ser protegido por si mesmo, é indispensável à manutenção da sadia qualidade de vida.

À guisa de conclusão, o pagamento pelos serviços ambientais em espaços de obrigação legal de não poluição aumenta o grau de eficiência e eficácia das normas, não podendo se rejeitar em abstrato tal possibilidade como política

---

(...)
IV - vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação.
Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios:
(...)
II - até um quarto, **de acordo com o que dispuser lei estadual** ou, no caso dos Territórios, lei federal.

58 No caso no Estado do Rio de Janeiro foi editada a Lei n° 5.100/2007 sobre o ICMS Verde.

59 SILVA, Romeu Faria Tomé da. Instrumentos "Econômicos" Públicos e Privados de Preservação Ambiental. Revista Brasileira de Direito Ambiental, n° 10, v. 3. abr./jun, 2007, p. 53.

pública de tutela ao meio ambiente. Logo, a tão buscada prevenção do dano ambiental encontra no PSA, ainda quando haja obrigação legal, um forte aliado, que não pode ser ignorado.

5. CONCLUSÕES

1. A Constituição Federal de 88, exponente compromissório, contempla uma miríade de funções, dos quais se destacam, exemplificativamente, somente do Capítulo destinado à Ordem Econômica e Financeira, diversas competências regulatórias, de fomento e de intervenção direita.

2. Dentre as funções regulatórias do Estado na economia, pode ser inserido o pagamento de serviços ambientais, no sentido de se compensar os proprietários que atuam em atividades conservacionistas em prol da coletividade.

3. Tal mecanismo de remuneração dos provedores de serviços ambientais se dará de múltiplas formas, conforme arranjo normativo estabelecido pelo ente instituidor, o que vem sendo feito de forma esparsa e desuniforme. Na falta de norma geral sobre o tema, há que se cogitar sobre a possibilidade do estabelecimento do PSA no caso de existência de obrigação legal de não poluir.

4. Embora existam críticas à instituição do PSA nas hipóteses de obrigação, temos que a mesma se justifica em razão sob o prisma da efetividade da tutela ambiental. Ademais, pelo aspecto da análise econômica do direito, verificamos se tratar de inserção de elemento decisivo na balança ponderativa realizada pelo proprietário de terra. Em termos de eficiência e efetividade,aproxima-se ao máximo o "dever ser" de tutela ecológica ao "ser", no sentido de se permitir que áreas que legalmente são protegidas o sejam de fato.

5. Outrossim, não é menos importante ressaltar que o PSA em áreas compreendidas por dever legal de proteção também cumpre um papel de justiça distributiva, uma vez que remunera quem historicamente arca sozinho para a manutenção dos processos ecológicos.

6. Esta não é, sem dúvida, solução pronta e acabada na tutela do meio ambiente. Entretanto, o PSA consubstancia-se em importante mecanismo a ser agregado no arcabouço jurídico com vistas à preservação e manutenção do meio ambiente equilibrado e saudável.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Bernadette Siqueira (org.), Coleção os Pensadores, A história da Filosofia, São Paulo: Nova Cultura, 2004.

ALTMANN, Alexandre. Pagamento por Serviços Ambientais: Aspectos Jurídicos para sua Aplicação no Brasil. Revista Síntese de Direito Ambiental, ano 1, n° 3, set-out. São Paulo: IOB. 2011.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade, v.9, n.29, p 49 a 68 - jul/dez 2006. Disponível em

<http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em 11.10.2013.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito Ambiental, 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado, n° 9, março/maio 2007. Disponível em <http://atualidadesdodireito.com.br/marcelonovelino/files/2013/07/barroso-neoconstitucionalismo.pdf> Acesso em 22.08.2013.

BECHARA, Erika. Direito Socioambiental: homenagem a Vladimir Passos de Freitas. A compensação e a gratificação por serviços ambientais na legislação brasileira. V. II. Paraná: Juruá, 2010.

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7.ª Edição - 5.ª Reimpressão. Editora Almedina, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 24° ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; LEONEL, Celso. A Ordem Econômica do Capitalismo e a Questão do Meio Ambiente na Constituição Federal de 1988 – Art. 170, VI. Revista Brasileira de Direito Ambiental, n° 10, v. 3, abr/jun, 2007.

HANSON, Jon D.; HART, Melissa R. Law andEconomics. A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, Dennis Patterson, 1996, II Series.

KORNHAUSER, Lewis A. Economic Rationality in the Analysis of Legal Rules and Institutions. The Blackwell guide to the philosophy of law and legal theory, Martin P. Golding and William A. Edmundson, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional, 7° ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MILARÉ, Edis; MORAIS, Roberta Jardim de; MILARÉ, Lucas Tamer. Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental: O pagamento por serviços ecossistêmicos no Brasil e as metas AICHI. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

MUKAY, Toshio. Direito Ambiental, 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

POLINSKY, A. Mitchell. An introduction to law and economics. AspenPublishers, 3rd ed., 2003.

RIBEIRO, Mauricio Andrés. O princípio protetor-recebedor. Disponível em <http://www.ecologizar.com.br/vale04.html>. Acesso em 01.10.2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Elementos de direito ambiental: Parte Geral. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SÁ, João Daniel Macedo. Pagamento por serviços ambientais em espaços territorialmente protegidos. Revista Síntese de Direito Ambiental, ano 1, n° 3, set-out, 2011.

SANTOS, Priscila; BRITO, Brenda; MASCHIETTO, Fernanda (Org.). Marco regulatório

sobre pagamento por serviços ambientais no Brasil. Belém: Imazon; FGV. CVces, 2012.

SILVA, Romeu Faria Tomé da. Instrumentos "Econômicos" Públicos e Privados de Preservação Ambiental. Revista Brasileira de Direito Ambiental, n° 10, v.3, abr/jun, 2007.

WALMAN, Ricardo Libel; ELIAS, Luiz Gustavo da Veiga. Os Princípios do Direito Ambiental e o Pagamento por Serviços Ambientais/Ecossistêmicos. Revista de Direito Ambiental n° 69, jan.-mar./2013.

WUNDER, Sven. Payments for Environmental Services: some nutsandbolts. Disponível em <http://www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf>. Acesso em 23.09.2013.

YOSHIDA, Consuelo; BORGES, Rita Maria. Aspectos Controvertidos do Direito Ambiental: Prevenção, Precaução e Fato Consumado. AICHI. Belo Horizonte: Fórum, p. 94.

YOUNG, Carlos Eduardo F; GELUDA, Leonardo. Pagamentos por serviços ecossistêmicos previstos na Lei do SNUC – teoria, potencialidades e relevância. III Simpósio de Áreas Protegidas. Disponível em <http://sap.ucpel.tche.br/pdf/aspectos_juridicos/AJC2724.pdf>. Acesso em 21.09.2013.

DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL TRABALHISTA

A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO TRABALHISTA NA REFORMA TRABALHISTA E AS POSSIBILIDADES DE SUA IMPLEMENTAÇÃO AO EMPREGADO PÚBLICO

Lucas Pessôa Moreira [1]

RESUMO

O artigo busca analisar algumas das alterações legislativas promovidas pela Lei federal nº 13.467/17 (Reforma Trabalhista), especialmente as relacionadas à possibilidade de negociação de direitos trabalhistas e de distrato trabalhista, entre empregado e empregador, bem como a possibilidade e as dificuldades de sua aplicação ao regime de contratação de empregado público, em razão das normas de direito público incidentes.

PROPOSIÇÃO

A Reforma Trabalhista traz novas possibilidades de adoção de soluções consensuais que podem ser utilizadas para uma atuação mais flexível e dinâmica da Administração Pública na relação com seus empregados públicos. Ocorre que a relação trabalhista entre os empregados públicos e a Administração está sujeita a derrogações publicísticas que decorrem do influxo de normas constitucionais próprias da Administração Pública.

Analisado o distrato trabalhista, em que os efeitos patrimoniais decorrentes do acordo entre empregado e empregador já estão previstos na lei, chegou-se à conclusão de ser possível sua aplicabilidade imediata às relações de emprego mantidas com o Poder Público, mas que tal aplicação não está livre da exigência de se adequar às especificidades da Administração Pública, como a observância dos princípios que a regem, especialmente no que se refere à motivação, impessoalidade e à isonomia. Por sua vez, na negociação individual com empregado "hipersuficiente", são maiores as dificuldades encontradas, pois, dentre outros pontos abordados no texto, existe a impossibilidade de pactuação de cláusulas que acarretem efeitos financeiros, bem como o fato de a flexibilização envolvida não poder alcançar as diversas normas de organização administrativa a que está sujeito o empregado público.

Resta claro que as Procuradorias devem adotar conduta proativa no estudo das previsões da Reforma Trabalhista que privilegiam a autonomia do empregado na busca de soluções consensuais com seu empregador, a fim de orientar a Administração, em suas relações de emprego público, de maneira a possibilitar uma gestão de pessoal mais eficiente e dinâmica, sem descuidar das limitações decorrentes das influências do regime de direito público.

1 Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: lucaspessoamoreira@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Para desempenhar suas funções, o Estado se vale de pessoas que atuam em seus serviços.

A administração direta ou indireta, no regime constitucional vigente no Brasil, distribui suas funções permanentes em cargos e empregos públicos providos, após concurso público de admissão, respectivamente servidores públicos estatutários e empregados públicos.

Ao presente estudo interessam os empregados públicos, que celebram contrato de trabalho com a Administração, sujeitando-se ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, cuja redação foi consideravelmente modificada pela Lei federal nº 13.467/17.

A Lei federal nº 13.467/17 – Reforma Trabalhista – passa a prever, dentre outras muitas alterações, a negociação individual com empregado "hipersuficiente", como possiblidade de flexibilização de certos direitos trabalhistas, bem como o distrato trabalhista em caso de acordo entre empregado e empregador quanto à terminação da relação de emprego. Ocorre que se mostra necessário o estudo prévio das particularidades da Administração Publica empregadora a fim de que tais disposições legais sejam aplicáveis ao empregado público. É o que se pretende fazer.

2. O EMPREGO PÚBLICIO

A admissão de empregados públicos pela Administração Pública pode ser realizada para o preenchimento de emprego permanente, por tempo determinado ou em comissão.

Ocorre que a relação trabalhista entre os empregados públicos e a Administração, como não poderia deixar de ser, está sujeita a derrogações publicísticas que decorrem do influxo de normas constitucionais próprias da Administração Pública, afastando ou condicionando a aplicação das normas trabalhistas. O Estado jamais pode ser tomado como um agente empregador como outro qualquer.

Não passa despercebido que a adoção do regime celetista para a relação de trabalho dos servidores públicos com a administração pública mantém o modelo clássico de supremacia do interesse desta sobre aqueles, ensejando conflitos para os quais nem sempre existe solução segura. A diversidade de origem histórica, social, política e econômica entre os dois regimes e o protecionismo que os caracteriza, cada qual em favor de uma das partes da relação jurídica que se pretende regular são inesgotáveis fontes de conflitos.

Como bem afirmado por FARJALLA:

> "Não se pode reconhecer que há ou mesmo tenha havido no Brasil servidor público regido pelo Direito do Trabalho. O chamado servidor celetista ou o empregado público foi e continua sendo no

> sistema constitucional vigente regido por um regime especial administrativo, híbrido, de natureza contratual, composto de normas de direito individual do trabalho desprovidas de seu conteúdo axiológico e submetidas a princípios de direito administrativo e não aos princípios de direito do trabalho." [2]

A contratação de empregados pela Administração acaba por se tornar um regime especial de relação pública de trabalho, constituído das normas constitucionais e das que forem importadas do Direito do Trabalho, parcialmente desatreladas do sistema ordenado a que se vinculavam.

3. A REFORMA TRABALHISTA

A Lei federal nº 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe em seu bojo alteração substancial da Consolidação das Leis do Trabalho.

Dentre as alterações procedidas no âmbito da chamada "reforma trabalhista", que entrou em vigor a partir do dia 11 de novembro de 2017, merecem destaque, em razão das particularidades da relação de emprego entre trabalhador e administração pública, dispositivos que estimulam a busca de solução consensual entre empregado e empregador quanto às condições aplicáveis durante e ao fim do contrato de trabalho.

Grande destaque deve ser conferido ao movimento de valorização da autonomia da vontade ao se possibilitar que as decisões e opções do empregado prevaleçam sobre os parâmetros legais. A reforma trabalhista acentua, portanto, a contratualidade das relações de trabalho de qualquer natureza, aproximando o direito do trabalho do direito civil, base de todo direito privado.

Desponta que, com o advento da Lei nº 13.467/2017 e a afirmação do Direito do Trabalho como ramo do direito privado, com primazia do contrato sobre a lei posta em sua natureza supletiva da vontade das partes, fica ainda mais conflituosa a relação desse renovado ramo do Direito para regular as relações de trabalho público.

Sobre o tema, FARJALLA chega a afirmar que "a Reforma Trabalhista afirma a incompatibilidade do Direito do Trabalho para regular as relações de trabalho subordinado no âmbito da Administração Pública"[3].

Cabe, contudo, ao Procurador do Estado que lida diariamente com questões jurídicas advindas da relação de emprego público, estudar a aplicabilidade imediata de diversos dispositivos dessa nova legislação, que impactarão não apenas as relações de trabalho mantidas pela administração pública direta e indireta com seus empregados do quadro permanente, por tempo determinado e em comissão.

---

2 FARJALLA, Victor. A Reforma Trabalhista e o Estado Empregador. Revista eletrônica da PGE RJ. V.1, N.1, 2018. p. 9.

3 FARJALLA, Victor. A Reforma Trabalhista e o Estado Empregador. Revista eletrônica da PGE RJ. V.1, N.1, 2018. p. 13.

A fim de expor as particularidades da relação de emprego público serão apresentadas duas das novidades mais relevantes da reforma trabalhista para, em seguida, analisar os limites de sua aplicação pela Administração Pública.

4. O DISTRATO TRABALHISTA

A reforma trabalhista inova ao criar uma modalidade de extinção do contrato de trabalho, ao lado do pedido de demissão e das dispensas com e sem justa causa: o distrato trabalhista, uma hipótese bilateral de extinção do contrato de trabalho.

Diante da redação do Art. 484-A[4], acrescentado à CLT, caso não exista a concordância de uma das partes da relação de emprego, a outra não poderá reivindicar a celebração de semelhante ajuste, sendo que tanto o empregador quanto o empregado podem propor o distrato à outra parte da relação de emprego.

Quanto às parcelas rescisórias decorrentes do distrato trabalhista, serão devidos, pela metade, o aviso prévio indenizado e a indenização sobre o saldo do FGTS (que será de 20% (vinte por cento) sobre os depósitos na conta vinculada) e, integralmente, as demais verbas trabalhistas.

Além disso, o empregado poderá movimentar até 80% (oitenta por cento) dos depósitos de sua conta do FGTS[5] e não fará jus ao seguro-desemprego.

5. A NEGOCIAÇÃO INDIVIDUAL DO EMPREGADO "HIPERSUFICIENTE"

Outra importante alteração efetuada decorre do acréscimo do artigo 611-A da CLT[6], segundo o qual os direitos trabalhistas previstos em lei poderão ser

4 Art. 484-A. O contrato de trabalho poderá ser extinto por acordo entre empregado e empregador, caso em que serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:
I - por metade:
a) o aviso prévio, se indenizado; e
b) a indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990;
II - na integralidade, as demais verbas trabalhistas.
§ 1º A extinção do contrato prevista no caput deste artigo permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço na forma do inciso I-A do art. 20 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, limitada até 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos.
§ 2º A extinção do contrato por acordo prevista no caput deste artigo não autoriza o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.

5 Em harmonia com o quanto previsto, a Lei federal nº 13.467/17 inseriu, na Lei federal n.º 8.036/90, o distrato trabalhista como uma nova hipótese de movimentação da conta vinculada do trabalhador no FGTS.

6 Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
II - banco de horas anual;
III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015;

livremente negociados por meio de acordo ou convenção coletiva, ressalvada apenas a vedação à supressão ou redução dos direitos indicados no artigo 611-B[7] (que reproduz, em grande medida, os direitos constitucionais dos

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
VI - regulamento empresarial;
VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
XI - troca do dia de feriado;
XII - enquadramento do grau de insalubridade;
XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;
XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

7 Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
IV - salário mínimo;
V - valor nominal do décimo terceiro salário;
VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
VIII - salário-família;
IX - repouso semanal remunerado;
X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
XIX – aposentadoria;
XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho.
XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de

trabalhadores) e a exigência de contrapartida para redução de jornada ou de salário (art. 611-A, § 3º)[8].

Contudo, a Reforma Trabalhista não apenas amplia as hipóteses em que se reconhece a possibilidade de o empregado negociar diretamente com o empregador a respeito de condições previamente estabelecidas na CLT[9], mas também confere aos empregados com nível superior e salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social a possibilidade de negociar diretamente todas as matérias passíveis de negociação coletiva (artigo 444, parágrafo único)[10], caso em que o produto da negociação direta do empregado não apenas se sobrepõe à lei, como aos instrumentos coletivos eventualmente existentes[11].

É criada a figura do empregado "hipersuficiente", que possui nível superior e salário superior a duas vezes o teto do Regime Geral de Previdência Social, e que pode negociar diretamente com o empregador as respeito de tudo que não for vedado pelo Art. 611-B, já que o *rol* do Art. 611-A se diz exemplificativo.

6. FORMAS CONSENSUAIS DE ALTERAÇÃO DAS CONDIÇÕES E EXTINÇÃO DO CONTRATO ENTRE EMPREGADO PÚBLICO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É certo que, em observância ao princípio da legalidade, a administração somen-

---

quatorze anos;
XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

8 Art. 611, § 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

9 Compensação de jornada (art. 59); jornada 12x36 (art. 59-A); teletrabalho (art. 75-A e ss.); intervalo para amamentação (art. 396, §2º).

10 Art. 444. Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

11 Deve aqui ser salientada a cautela necessária à adoção do dispositivo pela Administração Pública em razão de possíveis questionamentos judiciais quando à sua constitucionalidade.

te pode agir de acordo com autorização legislativa expressa, pelo que, à primeira vista, poderia ser questionada a possibilidade de aplicação do distrato trabalhista quando uma das partes da relação de emprego for a Administração e não houver norma autorizativa específica para a celebração do acordo de vontades necessário para que o distrato tenha lugar.

Parece mais acertado, contudo, considerar possível a aplicabilidade imediata do Art. 484-A, da CLT, às relações de emprego mantidas pelo Poder Público, pois o dispositivo considerado é regra celetista que incide imediatamente sobre a generalidade das relações de emprego.

Ora, a norma recentemente inclusa na CLT não institui um direito ao empregado, mas apenas uma possibilidade de, mediante acordo com o empregador, ter seu contrato de trabalho extinto com o recebimento parcial dos valores que lhe seriam devidos se possível fosse a sua demissão sem justa causa[12].

O exercício do distrato depende de manifestação administrativa discricionária que possui repercussão patrimonial já prevista em lei, pelo que não se configura a concessão de benefício remuneratório que atrairia a aplicação de derrogações publicísticas que impossibilitariam sua adoção.

Assim, desde que a Administração Pública se limite a conceder ao empregado, por meio do distrato, as parcelas rescisórias estritamente previstas no artigo 484-A da CLT, não há que se condicionar a adoção do instituto à edição de ato normativo adicional[13].

É certo, contudo, que a aplicabilidade imediata do artigo 484-A da CLT traz consigo o desafio de conciliar o distrato trabalhista com as especificidades da Administração Pública.

A adoção do distrato trabalhista deve ser realizada mediante avaliação da conveniência e oportunidade, mas sempre de modo compatível com os princípios que regem a Administração Pública**.**

A utilização do distrato trabalhista deverá (i) observar os parâmetros legalmente estabelecidos, (ii) ser processado e decidido de modo impessoal[14] e da isonômico[15], (iii) visar à concretização do interesse público e ao incremento da eficiência administrativa.

Além disso, como o distrato pressupõe a manifestação de vontade do Poder Público de terminar relação de emprego, é recomendável que a concordância do administrador necessária à realização do distrato seja formalizada por meio de um ato motivado, de maneira que a exposição formal dos pressupostos que ensejaram essa tomada de decisão seja um instrumento hábil a coibir eventuais desvios.

---

12 Não é possível a realização de distrato trabalhista com empregados em comissão em razão da natureza de tal relação, que limita consideravelmente as verbas devidas na rescisão contratual.

13 Posição adotada no Parecer AEF n.º 17/2018, da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.

14 Artigo 37, *caput*, da Constituição Federal.

15 Artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, mas tratando das demissões sem justa causa ocorridas na Administração Pública, o Supremo Tribunal Federal decidiu, no RE nº 589.998/PI, que "a motivação do ato de dispensa, assim, visa a resguardar o empregado de uma possível quebra do postulado da impessoalidade por parte do agente estatal investido do poder de demitir"[16].

A motivação deverá refletir adequadamente a condição do empregado dispensado e as razões para o seu desligamento.

Dentre outros parâmetros a serem avaliados a fim de verificar se o distrato em questão atende ao interesse público assumem destaque a necessidade de constatação de inexistência de formas menos onerosas à disposição da Administração para encerrar o contrato em questão[17] e a desnecessidade da manutenção do posto de trabalho do requerente até que seja possível a contratação de outro trabalhador para ocupa-lo[18].

Necessário, ainda, que ao distrato trabalhista seja dada a mesma publicidade dos demais atos de admissão ou de desligamento de pessoal.

Deve ser observado, por fim, que nos casos em que o Poder Público tiver que decidir, sucessivamente, sobre uma multiplicidade de distratos trabalhistas, a edição de regulamento interno visando a balizar a atuação administrativa é o caminho mais adequado para orientar as autoridades responsáveis pelo processamento e decisão a respeito da matéria, de modo a assegurar que tais decisões sejam tomadas de forma adequada ao regime jurídico da Administração Pública, especialmente consideradas a isonomia e imparcialidade tão caras à atuação do Poder Público no tratamento com o particular.

Passando, então, à análise da possibilidade de negociação individual de direitos trabalhistas entre a Administração Pública e o empregado hipersuficiente, em que efetivamente poderá haver a flexibilização de direitos trabalhistas assegurados legalmente, deve ser observado, de início, que a Administração Pública jamais poderiam pactuar cláusulas que acarretem efeitos financeiros face à exigência constitucional de lei em matéria de fixação ou aumento de remuneração na administração[19], limite de gastos com pessoal[20] e a necessidade de previsão em orçamento[21].

Quanto à possibilidade de negociação coletiva pela Administração Pública, situação já existente antes da Reforma Trabalhista, há consolidados precedentes do C. TST no seguinte sentido:

16 STF, Tribunal Pleno – RE 589.998/PI – Rel. Min. Ricardo Lewandowski, divulgado no DJ-e de 11/09/2013.

17 Como no caso de empregado efetivo cuja conduta estiver sendo investigada em procedimento de índole disciplinar ou reintegrado em razão de decisão judicial não transitada em julgado.

18 Afinal, a contratação de empregado público efetivo também está sujeita à obrigatoriedade de concurso público e às vedações da legislação eleitoral, dentre outras.

19 Art. 61, § 1º, II, a), da Constituição Federal.

20 Art. 169, da Constituição Federal.

21 Art. 165, da Constituição Federal.

> "Com efeito, tem prevalecido nesta Corte o entendimento de que a Administração Pública somente estará impedida de celebrar acordo coletivo nas hipóteses em que referido instrumento normativo implique aumento de despesa para o ente público, ante a vedação imposta no artigo 169, §1º, incisos I e II, da Constituição Federal." (Processo TST-ARR-1704-15.2011.5.04.0232, 2ª Turma do TST, Relator Ministro JOSÉ ROBERTO FREIRE PIMENTA, julgado em 28.05.2014.)
>
> "Uma interpretação sistemática do texto constitucional (art. 39, §3º, c/c o art. 169, §1º, I e II, da Constituição de 1988) permite compreender que apenas não se admite no âmbito da administração pública a negociação coletiva que resulte na assunção de obrigações consistentes em acréscimo de despesas para o ente público envolvido, não existindo óbice à negociação que se debruça sobre as condições de trabalho e que não acarrete elevação de despesas de pessoal." (Processo RR - 1494-27.2011.5.15.0015, 7ª Turma do Tribunal Superior do Trabalho, Relator Ministro LUIZ PHILIPPE VIEIRA DE MELLO FILHO, julgado em 29/05/2013, publicação DEJT 07/06/2013)

Sobre o tema, o TST vem estendendo igualmente aos acordos e convenções coletivas[22] o entendimento surgido em decisão proferida em processo envolvendo a Fundação Parque Zoológico de São Paulo em face da ratificação, ainda que com ressalvas, da Convenção n. 151 e da Recomendação n. 159, da Organização Internacional do Trabalho – OIT, ambas promulgadas por meio do Decreto federal n. 7.944/2013, através do qual o C. TST passou a admitir o ajuizamento de dissídios coletivos em face das "fundações públicas", mas considerando possível apenas o exame das denominadas cláusulas de conteúdo social, que não acarretam encargos financeiros à parte suscitada[23]. Esse entendimento resultou na

22 RECURSOS DE REVISTA DA RECLAMADA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. ANÁLISE CONJUNTA. FUNDAÇÃO PÚBLICA. REAJUSTES SALARIAIS PREVISTOS EM NORMAS COLETIVAS. AUMENTO DE DESPESAS COM PESSOAL. INAPLICABILIDADE. NEGOCIAÇÃO COLETIVA PERMITIDA APENAS EM TORNO DAS CHAMADAS CLÁSULAS SOCIAIS, SEM CONTEÚDO ECONÔMICO. Emerge do disposto no § 3º do art. 39 c/c com o art. 7º, XXVI, da CF, que não se reconhece, regra geral, à Administração Pública, a possibilidade de firmar convenção ou acordo coletivo de trabalho sobre verbas de cunho essencialmente econômico-financeiro, resguardada a negociação coletiva na área pública à seara eminentemente social (cláusulas sociais). Ainda por imposição da Constituição Federal, compete à lei, em sentido estrito, a fixação de limites do gasto com pessoal, sendo imprescindível a sua previsão em lei orçamentária (art. 169) e sua iniciativa pelo Poder Executivo (art. 61, § 1º, II, -a-, CF). Desse modo, o ente público encontra-se proibido de firmar convenção coletiva sobre vantagens remuneratórias, já que não possui autonomia para dispor sobre despesas, salvo se expressamente autorizado por lei e respeitados os limites nela previstos. Nesta linha, há inclusive a OJ 05 da SDC desta Corte Superior. Recursos de revista conhecidos e providos.
(RR - 161400-48.2006.5.02.0061, Relator Ministro: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 29/08/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 31/08/2012)

23 RECURSO ORDINÁRIO EM DISSÍDIO COLETIVO. FUNDAÇÃO PÚBLICA. EMPREGADOS SOB O REGIME CELETISTA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DE ANÁLISE DAS CLÁUSULAS DE NATUREZA

alteração da redação da Orientação Jurisprudencial nº 5 da SDC do TST, que atualmente apresenta o seguinte texto:

> 5. DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012
>
> Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

Em complemento, no julgamento do Processo nº 1000477-39.2014.5.02.0000[24], envolvendo a Fundação Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente – FUNDAÇÃO CASA-SP, o C. TST entendeu que, não obstante o valor social de determinadas cláusulas suscitadas em dissídio de greve, aquelas que geram encargo econômico não podem ser objeto de imposição por meio do poder normativo da Justiça do Trabalho pelo que deve ser considerado que o fator relevante de discrímen deve ser tido como o reflexo financeiro de determinação prescrição, e não sua classificação como cláusula econômica ou social.

A impossibilidade de negociação coletiva sobre cláusulas econômicas ou sociais que possuam reflexo financeiro decorre de fundamentação constitucional

---

SOCIAL. A Seção de Dissídios Coletivos refluiu para limitar a impossibilidade jurídica de que cogita a OJ 5 da SDC/TST aos pedidos de natureza econômica formulados no processo de dissídio coletivo em face de ente público, que adote o regime da CLT, concluindo que se insere no âmbito do Poder Normativo o exame das cláusulas sociais. Com efeito, a partir de releitura do art. 39, § 3º, da Constituição Federal, definiu-se que ao mencionar -servidores ocupantes de cargo público-, pretendeu-se esclarecer que a aplicação excludente dos incisos IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, do art. 7º, limita-se a estes servidores. Não estão incluídos nessa restrição os empregados públicos, de forma que, por conseguinte, a eles garante-se o reconhecimento de acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme previsto no art. 7º, XXVI, apenas com a ressalva de temas que tratem de questões orçamentárias. Portanto, em virtude de a sentença normativa equivaler, ao menos no aspecto material, às normas coletivas autônomas, a extinção do dissídio coletivo, sem resolução de mérito, por impossibilidade jurídica, limita-se aos pedidos de natureza econômica, competindo à Justiça do Trabalho a apreciação das cláusulas sociais, sem prejuízo do exame das demais preliminares. Recurso a que se nega provimento, no particular.
[...]
A atual análise dos dissídios coletivos, no particular, também sofre influência da ratificação, com ressalvas, da Convenção nº 151 e da Recomendação nº 159, da Organização Internacional do Trabalho, ambas sobre as Relações de Trabalho na Administração Pública, mediante o Decreto Legislativo nº 206, de 2010.
(ReeNec e RO - 2004900-35.2008.5.02.0000 , Relator Ministro: Márcio Eurico Vitral Amaro, Data de Julgamento: 09/04/2012, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 20/04/2012)

24 ReeNec-RO - 1000477-39.2014.5.02.0000, Rel. Min. Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 17/08/2015, Seção Especializada em Dissídios Coletivos, Data de Publicação: DEJT 02/10/2015.

igualmente aplicável na análise da possibilidade da negociação individual entre Poder Público e empregado "hipossuficiente", pelo que este deve ser o ponto de partida de análise da possibilidade de qualquer negociação individual.

Devem ser consideradas, ainda, as observações feitas a respeito da necessidade de atuação impessoal e isonômica, na análise da aplicação do distrato trabalhista à Administração Pública, pois perfeitamente aplicáveis em situação de negociação individual com empregado "hipersuficiente", bem como no que se refere à necessidade de motivação da decisão pela negociação individual, na qual deve assumir destaque a exposição das razões que ensejaram a criação de regime de trabalho diferenciado para apenas alguns, e não todos os empregados públicos que exercem a função.

Assume destaque, contudo, a circunstância de que mesmo ao contratar pelo regime de emprego público, o Poder Público se vale de lei para organizar a atuação de seus agentes, atribuindo-lhes, dentre outras previsões, funções e procedimentos a serem observados, sendo que tais normas não podem ser flexibilizáveis como passam a ser as matérias trabalhistas não previstas no Art. 611-B, da CLT, ante o princípio constitucional da legalidade, a determinar que a Administração, e seus agentes, estejam, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei.

Assim, não apenas cláusulas com reflexos financeiros, mas também as cláusulas contrárias à legislação que rege a atuação dos empregados públicos, não poderiam ser afastadas mediante negociação individual, de forma que a liberdade de negociação em questão seria muito restrita.

Paira, ademais, no ponto, incerteza quanto à existência de limitação de 2 anos, vedada a ultratividade, do prazo de duração das condições estipuladas mediante negociação individual, na forma das negociações coletivas, que, caso não adotada, daria ensejo à aplicação de entendimento no sentido de que as condições mais benéficas ajustadas se incorporariam ao contrato de trabalho do empregado[25].

Outro óbice a ser considerado é a falta de segurança jurídica na aplicação da novidade legislativa, de constitucionalidade questionável e que, inclusive, foi objeto de questionamento pela Organização Internacional do Trabalho[26], que

25 *Súmula nº 277 do TST.* CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – SÚMULA CUJA APLICAÇÃO ESTÁ SUSPENSA NOS TERMOS DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA NOS AUTOS DO PROCESSO STF-ADPF Nº 323/DF, REL. MIN. GILMAR MENDES – Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012 As cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho.

26 Notícia veiculada no site da Folha de São Paulo em 29/05/2018. Disponível em: < https://www.folha.uol.com.br/mercado/2018/05/brasil-devera-explicar-a-oit-se-reforma-trabalhista-fere-direito-de-sindicalizacao.shtml>. Acesso em: 30/05/2018.

afirmou que o acordo individual entre trabalhador e empregador contraria a obrigação de promover negociações coletivas prevista no art. 4º, da Convenção nº 154, da OIT, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22/92.

A conclusão a que se chega é a de que a negociação individual entre o Poder Público e empregado "hipersuficiente" necessita de estudo mais amplo e aprofundado, pelo que não se apresenta como alteração legislativa de imediata implementação se exigida, quanto aos seus efeitos, uma adequada previsibilidade jurídica.

7. CONCLUSÃO

O regime jurídico estatutário para as relações do pessoal da Administração Pública foi o regime preferencial das Constituições Brasileiras até a Reforma Administrativa que, operada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, expôs, claramente, o objetivo de transformar a gestão dos serviços públicos, passando de uma administração burocrática para uma administração gerencial ou de resultados, e acrescentando a eficiência dentre os princípios da Administração Pública expressos na Constituição da República[27].

A busca de um regime jurídico apto a produzir as transformações esperadas é evidenciada pela Reforma Administrativa ao possibilitar a pluralidade de regimes de trabalho, inclusive o regime de emprego público, tornando-o concorrente com o até então preferencial regime estatutário, mesmo tendo o regime jurídico único sido restabelecido pelo Supremo Tribunal Federal, de forma modulada, por inconstitucionalidade formal da alteração da redação do art. 39 da Constituição da República (ADI (MC) 2.135-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 27.6.2002).

A Reforma Trabalhista abalou os alicerces sobre os quais se sustentava o direito e processo do trabalho e já nasce sob o manto da judicialização, não se sabendo o rumo que tomará a jurisprudência, em especial a dos Tribunais Superiores, na interpretação dos novos diplomas.

Analisada a questão, contudo, sob o ponto de vista da busca da eficiência erigido como princípio no art. 37 da Constituição Federal, na Reforma Administrativa, a Reforma Trabalhista cria possibilidades de negociação que podem ser utilizadas para uma atuação mais flexível e dinâmica da Administração Pública na relação com seus empregados públicos.

Ocorre que a relação trabalhista entre os empregados públicos e a Administração, está sujeita a derrogações publicísticas que decorrem do influxo de normas constitucionais próprias da Administração Pública, afastando ou condicionando a aplicação das normas trabalhistas.

27 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

Na linha do exposto, o distrato trabalhista, embora de aplicabilidade imediata às relações de emprego mantidas pelo Poder Público, deve se limitar a conceder ao empregado as parcelas rescisórias estritamente previstas no artigo 484-A da CLT, bem como deve ser realizado de forma a se adequar às especificidades da Administração Pública, observando os princípios que a regem, especialmente no que se refere à motivação, impessoalidade e à isonomia, visando à concretização do interesse público e ao incremento da eficiência administrativa.

Por sua vez, a negociação individual feita por empregado "hipersuficiente" traz à tona a necessidade de observância pela Administração Pública, além dos pontos destacados quanto ao distrato trabalhista, da impossibilidade de pactuação de cláusulas que acarretem efeitos financeiros, face à exigência constitucional de lei em matéria de fixação ou aumento de remuneração na administração, limite de gastos com pessoal e a necessidade de previsão em orçamento, bem como o fato de que a flexibilização envolvida não pode alcançar as diversas normas de direito público a que está sujeito o empregado público, além de lidar com dispositivos trabalhistas sobre o qual ainda paira incerteza jurídica, pelo que parece imprescindível, sobre o tema, estudo mais amplo e aprofundado antes de sua implementação.

Resta claro, por fim, que, em tal cenário, as Procuradorias devem adotar conduta proativa no estudo de tais temas a fim de orientar a Administração Pública estadual, tendo em vista os reflexos da reforma trabalhista nas relações de emprego público, as possibilidades de gestão de pessoal mais eficiente e dinâmica e as limitações decorrentes das influências do regime de direito público.

DIREITO CONSTITUCIONAL

APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO: A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA QUANTO À OBSERVÂNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N°33 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Mariana Miranda Moreira [1]

RESUMO

O presente trabalho visa traçar um breve panorama sobre os desafios encontrados pelo Estado da Bahia para a observância da Súmula Vinculante n° 33 do Supremo Tribunal Federal, que determina a aplicação das regras do regime geral de previdência social para a concessão de aposentadoria do servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

1. INTRODUÇÃO

A escolha da temática do presente trabalho decorreu da constatação dos desafios a serem enfrentados pelos Entes federativos para a observância da Súmula Vinculante n° 33 do Supremo Tribunal Federal, que determina a aplicação das regras do regime geral de previdência social para a concessão de aposentadoria do servidor público cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Atuando na consultoria da Procuradoria Geral do Estado da Bahia em matéria previdenciária e tendo integrado o grupo de trabalho constituído para elaborar minuta de norma regulamentadora da aposentadoria especial do servidor público baiano com fundamento no art. 40, § 3°, III, da Constituição Federal, tivemos oportunidade de verificar a necessidade de adaptações para viabilizar a incidência do art. 57 da Lei federal n° 8.213/91 às relações estatutárias.

Aliada à necessidade de adequação das disposições da referida norma à realidade do servidor público, há a dificuldade de comprovação do período de atividade pretérita sob condições prejudiciais à saúde, além de diversas decisões judiciais determinando a aposentadoria de servidores em prazos fixados pelo Poder Judiciário.

Dada a natureza genérica das dificuldades enfrentadas, que devem alcançar os demais Entes federativos, respeitadas as peculiaridades de cada um deles, consideramos oportuna a discussão do tema no Congresso Nacional de Procuradores de Estado e do Distrito Federal.

1 Procuradora do Estado da Bahia. E-mail: mariana.moreira@pge.ba.gov.br.

2. HISTÓRICO DA EDIÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N° 33 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A aposentadoria especial do servidor público está prevista no art. 40, § 4°, da Constituição Federal, nas hipóteses de servidores portadores de deficiência, que exerçam atividades de risco, ou cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Quanto à aposentadoria especial em decorrência da exposição a agentes físicos, biológicos e outros agentes prejudiciais e insalubres (art. 40, § 4°, III, CF), ainda não há regulamentação, de modo que os pleitos formulados pelos servidores vinham sendo indeferidos pela Administração Pública.

Em face da falta de regulamentação, servidores públicos de diversos Entes federativos impetraram mandados de injunção no Supremo Tribunal Federal, objetivando ter assegurado o direito ao jubilamento especial, ante o exercício de atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Os referidos *writs* vinham sendo deferidos, com determinação de aplicação, pelos Entes federados, das regras disciplinadoras da aposentadoria especial no regime geral de previdência social, especificamente o art. 57 da Lei federal n° 8.213/91.

Considerando a continuidade da omissão do Poder Público em regulamentar os dispositivos constitucionais e o grande número de mandados de injunção impetrados por servidores públicos, com o intuito de serem beneficiados pela aposentadoria especial, o Supremo Tribunal Federal, julgando a Proposta de Súmula Vinculante n° 45 – DF, na Sessão Plenária de 09/04/2014, editou a Súmula Vinculante n° 33, com o seguinte teor:

> Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Com a publicação da Súmula Vinculante n° 33, em 24/04/2014, todos os Entes federados passaram a ter que observar, no que for possível, os ditames do art. 57 da Lei federal n° 8.213/91 aos pedidos de aposentadoria dos servidores cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

3. ABRANGÊNCIA DA SÚMULA VINCULANTE N° 33

O correto cumprimento da Súmula Vinculante n° 33 demanda o delineamento de sua abrangência, com a fixação de sua repercussão no cômputo do tempo de contribuição do servidor, na comprovação da submissão a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física e na fixação dos proventos de inatividade.

Pelo teor da SV 33, as regras de aposentadoria especial do regime geral de previdência social devem ser aplicadas ao servidor público, no que for pertinente. Vê-se, então, que o que restou assegurada foi a concessão da aposentadoria do servidor com base no art. 40, § 4°, III, da Constituição Federal, utilizando, subsidiariamente, o art. 57 da Lei federal n° 8.213/91, que assim dispõe:

> Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.
>
> § 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício.
>
> § 2º A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.
>
> § 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado.
>
> § 4º O segurado deverá comprovar, além do tempo de trabalho, exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.
>
> § 5º O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício.
>
> § 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n° 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente.
>
> § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no *caput*.

> § 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Para que seja possível fixar as regras do dispositivo acima transcrito passíveis de aplicação ao servidor público é necessário verificar, além dos termos em que foi editada a SV 33, as demais decisões do STF acerca da matéria e as previsões constitucionais atinentes à aposentadoria do servidor público.

De antemão, afasta-se a aplicação dos parágrafos 1°, 2°, 6°, 7° e 8° do art. 57 acima colacionado, por trazerem disposições procedimentais estranhas ao serviço público e acerca do financiamento do benefício perante o RGPS. Em relação aos demais dispositivos, será discutido a seguir.

Como já destacado alhures, foi garantida pela Súmula Vinculante n° 33 a concessão da aposentadoria especial ao servidor público que, no exercício de suas atividades, esteja sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, independentemente da edição da lei complementar prevista no art. 40, § 4°, da Constituição Federal.

Caberá à Administração, portanto, verificar, no caso concreto, se o servidor atende aos requisitos necessários para o deferimento do pleito, de acordo com os dados constantes do seu prontuário funcional, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal[2].

A análise do caso concreto dependerá dos parâmetros que devem ser observados na aplicação da norma do regime geral ao regime próprio de previdência do servidor. Nessa seara, cumpre-nos abordar três aspectos relevantes sobre os quais tem havido alguma controvérsia e que foram objeto, inclusive, de reclamação perante o STF[3] contra a Instrução Normativa SPPS n° 3, de 23/05/2014, que atualizou a Instrução Normativa MPS n° 1, de 22/07/2010.

Eis os pontos que serão a seguir analisados: a possibilidade, ou não, de conversão do tempo de atividade especial; a documentação necessária para a comprovação do preenchimento dos requisitos; e a fixação dos proventos de aposentadoria.

3.1. CONVERSÃO DO TEMPO DE ATIVIDADE ESPECIAL EM COMUM

Diante da previsão do art. 57, § 5°, da Lei federal n° 8.213/91, que admite a conversão do tempo de serviço especial, para fins de concessão de aposentadoria pela regra geral no âmbito do RGPS, questiona-se se seria possível também converter período exercido por servidor sob condições prejudiciais, objetivan-

2 MI 4579 AgR, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgamento em 1.8.2014, DJe de 30/10/2014.

3 RCL 18868, Relator Ministro Gilmar Mendes. A reclamação não foi conhecida, por se entender que a SV 33 não alcança as questões apontadas como violadas, mediante decisão monocrática publicada no DJE nº 57, divulgado em 23/03/2015.

do a integralização do tempo de contribuição necessário para a aposentadoria por regra diversa do art. 40, § 4°, III, da Constituição Federal.

Considerando-se que a permissão da Súmula Vinculante n° 33 é de que seja concedida a aposentadoria especial ao servidor, seu teor não seria suficiente para amparar o pleito de conversão de tempo de serviço, porquanto implicaria em possibilitar a aposentadoria pela regra geral a quem que não completou o tempo mínimo de contribuição nela estabelecido.

Ademais, existe um impedimento constitucional à conversão do tempo de serviço especial em comum, que é a vedação expressa da contagem de tempo ficto em favor do servidor público contida no art. 40, § 10, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional n° 20/1998.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o assunto em diversas oportunidades e tem reiteradas decisões no sentido da impossibilidade da aludida conversão, como na ementa a seguir colacionada:

A orientação do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que o art. 40, § 4º, da Constituição Federal não garante a contagem de tempo de serviço diferenciada ao servidor público, porém, tão somente, a aposentadoria especial. (RE 788025 AgR-segundo, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgamento em 26.8.2014, DJe de 04/09/2014)

A questão, inclusive, foi objeto de reconhecimento de repercussão geral por aquela Corte, no julgamento do Recurso Extraordinário n° 1014286[4], ainda pendente de julgamento.

Desse modo, por ora resta inaplicável a previsão do art. 57, § 5°, da Lei federal n° 8.213/91, ante sua incompatibilidade com o art. 40, § 10, da Constituição Federal.

3.2. DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DA ATIVIDADE SOB CONDIÇÕES PREJUDICIAIS À SAÚDE OU À INTEGRIDADE FÍSICA

Segundo o art. 57, *caput* e §§ 3° e 4°, da Lei federal n° 8.213/91, a concessão da aposentadoria especial exige a comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor, devendo ser demonstrada a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício.

Destarte, não basta comprovar o exercício de atividades em condições especiais, sendo imprescindível que seja provada a efetiva sujeição do servidor aos agentes nocivos. Para essa demonstração, a legislação elenca os documentos aptos, que são o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, o Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT e laudo médico pericial.

4 RE 1014286 RG, Relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgamento em 20.4.2017, DJe de 18.5.2017 - tema 942.

A Instrução Normativa MPS n° 1/2010, que orienta os Entes públicos quanto ao reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física para fins de concessão de aposentadoria especial, dispõe sobre a documentação que deve instruir o processo.

Ela especifica, nos arts. 3° a 6°[5], os documentos a serem utilizados para a prova do tempo de serviço em condições especiais, de acordo com a legislação vigente no período do exercício, observando a regra *tempus regit actum*.

Entretanto, conforme pontuado na Nota Técnica n° 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, todo o período pode ser englobado pelo PPP, que passou a ser exigido a partir de 01/01/2004 para a comprovação da efetiva exposição aos agentes nocivos. Como a edição da SV 33 foi posterior àquela data, o referido formulário pode abarcar, por completo, o interregno a ser utilizado na concessão da aposentadoria. Não havendo regulamentação da aposentadoria especial do servidor público antes da aludida súmula, não se pode exigir que ele apresente os documentos previstos anteriormente pela legislação, já que não cabia à Administração a sua emissão.

Em relação ao LTCAT, a ser emitido por engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, seu objetivo é certificar as condições ambientais de trabalho do servidor, demonstrando se houve exposição a riscos durante seu período de atividade. Em outras palavras, tem como finalidade analisar o ambiente de trabalho, evidenciando todos os agentes químicos, físicos e biológicos que causam prejuízo à saúde do servidor em cada ocupação. Ele pode ser subs-

5 Art. 3º Até 28 de abril de 1995, data anterior à vigência da Lei nº 9.032, o enquadramento de atividade especial admitirá os seguintes critérios:
I - por cargo público cujas atribuições sejam análogas às atividades profissionais das categorias presumidamente sujeitas a condições especiais, consoante as ocupações/grupos profissionais agrupados sob o código 2.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 25 de março de 1964, e sob o código 2.0.0 do Anexo II do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 24 de janeiro de 1979; ou
II - por exposição a agentes nocivos no exercício de atribuições do cargo público, em condições análogas às que permitem enquadrar as atividades profissionais como perigosas, insalubres ou penosas, conforme a classificação em função da exposição aos referidos agentes, agrupados sob o código 1.0.0 do Quadro anexo ao Decreto nº 53.831, de 1964 e sob o código 1.0.0 do Anexo I do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 83.080, de 1979.
Art. 4º De 29 de abril de 1995 até 5 de março de 1997, o enquadramento de atividade especial somente admitirá o critério inscrito no inciso II do art. 3º desta Instrução Normativa.
Art. 5º De 6 de março de 1997 até 6 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 2.172, de 5 de março de 1997.
Art. 6º A partir de 7 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física que consta do Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

tituído por outros documentos[6], todos previstos no art. 10 da IN MPS n° 1/2010 e com a mesma finalidade.

Como certifica as condições ambientais de trabalho, o LTCAT serve como parâmetro para a elaboração do PPP, que atesta as condições individuais do servidor. Este documento é específico do servidor, enquanto aquele é genérico do local de trabalho.

Necessária, ainda, para a instrução do processo, a certificação do enquadramento da situação fática do servidor à norma que permite a aposentadoria especial, o que se dá por meio do laudo médico pericial, a ser emitido à vista da documentação apresentada pelo servidor, conforme mencionado anteriormente.

No que tange ao tempo de atividade em condições especiais, aplica-se ao servidor público apenas a redução para 25 anos, haja vista que as disposições de redução para vinte ou quinze anos são estranhas às funções desempenhadas no exercício do serviço público, conforme descrição constante do Anexo IV do Decreto federal n° 3.048/1999. Importante reiterar que, atualmente, não vige mais o enquadramento por categoria, devendo ser demonstrada a efetiva exposição aos agentes previstos na legislação.

Pelo exposto, são aplicáveis aos servidores públicos o *caput* e os parágrafos 3° e 4° do art. 57 da Lei federal n° 8.213/91, salvo quanto à previsão de aposentadoria especial após quinze ou vinte anos de atividade em condições especiais.

3.3. FIXAÇÃO DE PROVENTOS

Esse ponto é objeto de grande discussão, não tendo sido julgado especifica-

6 Art. 10. Poderão ser aceitos em substituição ao LTCAT, ou ainda de forma complementar a este, os seguintes documentos:
I - laudos técnico-periciais emitidos por determinação da Justiça do Trabalho, em ações trabalhistas, acordos ou dissídios coletivos;
II - laudos emitidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro);
III - laudos emitidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, ou, ainda, pelas Delegacias Regionais do Trabalho - DRT;
IV - laudos individuais acompanhados de:
a) autorização escrita do órgão administrativo competente, se o levantamento ambiental ficar a cargo de responsável técnico não integrante do quadro funcional da respectiva Administração;
b) cópia do documento de habilitação profissional do engenheiro de segurança do trabalho ou médico do trabalho, indicando sua especialidade;
c) nome e identificação do servidor da Administração responsável pelo acompanhamento do levantamento ambiental, quando a emissão do laudo ficar a cargo de profissional não pertencente ao quadro efetivo dos funcionários;
d) data e local da realização da perícia.
V - demonstrações ambientais constantes dos seguintes documentos:
a) Programa de Prevenção de Riscos Ambientais - PPRA;
b) Programa de Gerenciamento de Riscos - PGR;
c) Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção - PCMAT;
d) Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional - PCMSO.

mente pelo Supremo Tribunal Federal, tampouco alcançado pelo texto expresso da Súmula Vinculante n° 33.

Há quem defenda que, em se tratando de aposentadoria especial, os servidores que ingressaram no serviço público antes da Emenda Constitucional n° 41/2003 teriam direito a proventos integrais, calculados com base na remuneração da atividade, sob o argumento de que a regra de inativação mais benéfica não poderia, por via transversa, trazer-lhe prejuízos.

Em que pesem os argumentos acima, não há previsão na Constituição Federal que ampare o cálculo dos proventos com base na remuneração do cargo efetivo, para quem se aposenta pela regra do seu art. 40, § 4°, III. É que, desde a edição da EC 41/03, a base de cálculo dos proventos, sejam eles integrais ou proporcionais, passou a ser as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência, nos termos da redação atual do art. 40, § 3°, da CF. As exceções à regra estão expressamente previstas nas Emendas Constitucionais n°s 41/2003 (art. 6°), 47/2005 (art. 3°) e 70/2012.

Nas hipóteses de aposentadoria com fundamento no art. 40 da Constituição Federal, como é o caso da aposentadoria especial aqui tratada, os proventos devem ser calculados conforme determinado no seu § 3°. Serão integrais porque não estarão sujeitos à proporcionalização ao tempo de contribuição, ou seja, corresponderão à totalidade da média calculada de acordo com a citada regra.

O reajustamento do benefício, por sua vez, será efetivado para a preservação do seu valor real, de acordo com os critérios previstos em lei, consoante os ditames do art. 40, § 8°, CF.

Não poderia ser diferente, haja vista que o que restou garantido no art. 40, § 4°, da Constituição Federal é a fixação de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria, mas não a previsão de forma diferenciada de cálculo e reajustamento de benefícios, como destacado no Parecer n° 02/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, da lavra da então Coordenadora Normatização do Ministério da Previdência Social, Marina Andrade Pires Sousa.

4. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DA BAHIA

Com a edição da Súmula Vinculante n° 33 pelo Supremo Tribunal Federal, foi criado, no âmbito do Estado da Bahia, grupo de trabalho interdisciplinar, para que fossem estudadas e sugeridas as medidas necessárias à aplicação das regras do regime geral de previdência social ao grande número de pedidos de aposentadoria especial formulados por seus servidores.

O referido grupo de trabalho, integrado por representantes da Procuradoria Geral do Estado, da Superintendência de Recursos Humanos, da Superintendência de Previdência e da Junta Médica do Estado, estruturou suas atividades em duas frentes, a saber: regulamentação da documentação a ser utilizada para a comprovação do tempo de serviço em condições especiais; e criação de ór-

gão com função de elaborar e acompanhar o sistema de saúde e prevenção do servidor. Ao final, as propostas constaram de minuta de anteprojeto de lei, que acompanhou o relatório final dos trabalhos.

Como uma inovação, o referido grupo de trabalho propôs a criação de um modelo de formulário histórico-laboral compatível com o vínculo estatutário, denominado Perfil Profissiográfico do Servidor – PPS, para a comprovação das condições de exercício das atividades e da eventual sujeição a condições prejudiciais à saúde ou à integridade física. Foi fixada, também, a competência das coordenações de recursos humanos, ou órgão equivalente, para a emissão do PPS.

Outra novidade sugerida pelo aludido grupo de trabalho foi a instituição do Sistema de Prevenção e Saúde do Servidor, integrado pelo Serviço de Avaliação das Condições de Trabalho no Serviço Público do Estado – SACT e pelas Comissões Setoriais de Prevenção de Acidentes – CSPA.

Eis o excerto da minuta de anteprojeto de lei que trata desse aspecto:

> Art. 11. Com vistas à eliminação ou redução de riscos à saúde ou integridade física dos servidores decorrentes da exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes, fica instituído, no âmbito da administração estadual, o Sistema de Prevenção e Saúde do Servidor, integrado pelo Serviço de Avaliação das Condições de Trabalho no Serviço Público do Estado – SACT e pelas Comissões Setoriais de Prevenção de Acidentes – CSPA.
>
> Art. 12. O SACT será composto e estruturado com base em regulamento a ser editado pelo Poder Executivo e seus integrantes deverão ser servidores públicos do Estado.
>
> Art. 13. O SACT será composto, preferencialmente, por Engenheiros de Segurança do Trabalho, Técnicos de Segurança do Trabalho, Médicos do Trabalho, Enfermeiros do Trabalho e Técnicos em Enfermagem do Trabalho.
>
> Art. 14. A equipe do SACT terá lotação na Superintendência de Recursos Humanos da Secretaria da Administração, atuando na Junta Médica do Estado.
>
> Art. 15. O SACT terá as seguintes atribuições:
>
> I - fiscalizar a aplicação dos conhecimentos de engenharia de segurança e de medicina do trabalho no ambiente de trabalho e todos os seus componentes, inclusive máquinas e equipamentos, de modo a reduzir até eliminar os riscos ali existentes à saúde do servidor;
>
> II - determinar, quando esgotados todos os meios conhecidos para a eliminação do risco e se este persistir, mesmo reduzido, a utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI pelo servidor, de acordo com o que determina a Norma Regulamentadora n° 6, do

Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, ou outra que a substitua, desde que a concentração, a intensidade ou característica do agente assim o exija;

III - participar das alterações de processos de trabalho e dos projetos de modificação e implantação de instalações físicas e tecnológicas do Estado;

IV - responsabilizar-se, tecnicamente, pela orientação quanto ao cumprimento do disposto nas Normas Regulamentadoras do Ministério de Trabalho e Emprego – MTE e na legislação vigente, aplicáveis às atividades executadas pela administração, suas autarquias e fundações;

V - manter permanente relacionamento com as Comissões Setoriais de Prevenção de Acidentes – CSPA, valendo-se de suas observações, além de apoiá-las, treiná-las e atendê-las em suas necessidades;

VI - promover a realização de atividades de conscientização, educação e orientação dos servidores e gestores para a prevenção de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais, tanto através de campanhas quanto de programas de duração permanente;

VII - analisar e registrar em documentos específicos todos os acidentes ocorridos no serviço público do Estado, com ou sem vítima, e todos os casos de doença ocupacional, descrevendo a história e as características do acidente e/ou da doença ocupacional, os fatores ambientais, as características do agente e as condições dos indivíduos portadores de doenças ocupacionais ou acidentados;

VIII - elaborar mapa das atividades de risco dentro da administração estadual, com vistas à fixação e à indicação de pagamento dos adicionais correspondentes de insalubridade ou periculosidade por local de trabalho e para fins de elaboração do Perfil Profissiográfico do Servidor – PPS;

IX - homologar o Perfil Profissiográfico do Servidor – PPS para fins de concessão de aposentadoria especial com base nesta Lei.

Art. 16. Ficam criadas as Comissões Setoriais de Prevenção de Acidentes – CSPA, a serem regulamentadas por ato do Poder Executivo, as quais terão o objetivo de executar políticas de segurança e saúde ocupacional, que visem à integridade física e psicossocial dos servidores em seus locais de trabalho.

§ 1° As atividades das CSPA são essencialmente preventivas, sendo permitida a participação em planos de contingências e o atendimento de emergência, quando se tornar necessário.

§ 2° As CSPA serão constituídas por, no mínimo, 3 (três) servidores e deverão ser criadas em todas as unidades do Estado que tenham mais de 30 (trinta) servidores em exercício.

> § 3° O servidor que integrar a CSPA terá direito, na forma do Regulamento, a folgas compensatórias dos períodos em que esteve à disposição da CSPA, excetuados os encontros regulares mensais.
>
> Art. 17. O Perfil Profissiográfico do Servidor emitido pela Coordenação de Recursos Humanos ou unidade equivalente deverá conter assinatura de um representante da CSPA para a sua validação.

Ocorre que o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a fixação das regras gerais atinentes à aposentadoria especial do art. 40, § 4°, III, da Constituição Federal depende da edição de norma de caráter nacional, de competência da União, sendo vedado aos demais Entes públicos legislarem sobre o tema. Após reiteradas decisões nesse sentido, foi reconhecida repercussão geral da matéria no Recurso Extraordinário n° 797905 RG[7], com julgamento de mérito.

Nessa perspectiva, o Departamento dos Regimes de Previdência no Serviço Público, por meio da NOTA Nº 87/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS, aprovada pelo Secretário de Políticas de Previdência Social, elaborou consulta à Advocacia Geral da União, requerendo a revisão de entendimento, no que tange à competência dos Entes subnacionais para a legislação concorrente sobre a aposentadoria especial de seus servidores públicos, sendo emitido o Parecer n° 00211/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU, de 20/04/2016, nos seguintes termos:

> 1. à luz da atual jurisprudência do STF, a ausência de lei complementar federal (nacional) regulando a aposentadoria especial do servidor público (art. 40, § 4º, da CF) não autoriza o exercício da competência legislativa plena pelos entes subnacionais nessa matéria;
>
> 2. especificamente no caso de servidores policiais, a aposentadoria especial é regulada pela Lei Complementar nº 51/1985, a qual, por cumprir o papel de lei complementar geral nacional em relação a tais servidores, autoriza os Estados e o Distrito Federal a editar legislação suplementar, com base no § 2º do art. 24 da CF. Todavia, restringindo-se essa lei geral a uma determinada categoria funcional (policial), resta inviabilizada qualquer tentativa legislativa de estender o benefício especial a outras categorias de servidores, ainda que supostamente submetidas a riscos;
>
> 3. diante da Súmula Vinculante nº 33 do STF, enquanto não editada a lei complementar específica, que há de ser nacional, aplicam-se as regras do RGPS para os fins da aposentadoria especial prevista no art. 40, § 4º, inciso III, da CF.

Em suma, tem-se, como consequência do precedente do STF, a impossibilida-

7 RE 797905 RG, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 15.5.2014, DJe de 29.5.2014, tema 727.

de de os Entes subnacionais exercerem a competência legislativa plena em matéria de aposentadoria especial de servidor público. Desse modo, em que pese a apresentação da minuta de anteprojeto de lei pelo grupo de trabalho, não houve desdobramento em relação ao encaminhamento do referido documento, tendo em vista que o então Ministério do Trabalho e da Previdência Social, ao divulgar a Nota Explicativa nº 06/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS, de 11/05/2016, entre os Membros do Conselho Nacional dos Dirigentes de Regimes Próprios de Previdência Social, esclareceu que as leis que vierem a ser editadas pelos entes federativos autorizando a concessão de aposentadoria especial serão consideradas como irregularidade impeditiva à emissão do Certificado de Regularidade Previdenciária – CRP, o qual constitui elemento imprescindível para realização de transferências voluntárias de recursos pela União, celebração de acordos, contratos, convênios ou ajustes, concessão de empréstimos, financiamentos, avais e subvenções em geral de órgãos ou entidades da Administração direta e indireta da União, liberação de recursos de empréstimos e financiamentos por instituições financeiras federais e pagamento dos valores referentes à compensação previdenciária devidos pelo RGPS.

Diante desse quadro, não houve outra alternativa senão o aproveitamento da atual estrutura administrativa e da documentação constante do prontuário dos servidores para fins de instrução dos processos de aposentadoria, os quais devem conter, no mínimo, os seguintes documentos: Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT, parecer da perícia médica e certidão de tempo de serviço.

Como já destacado anteriormente, no âmbito do serviço público, à exceção da certidão de tempo de serviço, os demais documentos não constam dos prontuários dos servidores, haja vista que não era necessária, até então, a comprovação das atividades desenvolvidas em condições prejudiciais à saúde, para fins de aposentadoria especial. Importante ressaltar, inclusive, que a própria terminologia utilizada nos aludidos documentos e as informações necessárias ao seu preenchimento são, muitas vezes, incompatíveis com a realidade do serviço público.

Desse modo, num primeiro momento discutiu-se acerca da competência para emissão do PPP, do LTCAT e do laudo pericial, haja vista que não existe estrutura no Estado da Bahia dotada dessas atribuições, o que exigiria a instituição de órgão destinado à segurança do trabalho, integrado por médicos do trabalho e engenheiros de segurança do trabalho.

Para que fosse possível dar andamento aos processos de aposentadoria especial dos servidores, houve orientação da Procuradoria Geral do Estado no seguinte sentido:

1. Os autos devem ser instruídos com a documentação ordinária exigida para todos os processos de inativação, a ser fornecida pela unidade de

recursos humanos e pelo próprio servidor, além daqueles documentos referentes à aposentadoria especial, conforme os próximos itens;

2. O LTCAT referente ao local de exercício das atividades será emitido por médico do trabalho lotado Secretaria da Saúde, desde que atenda aos requisitos fixados na Norma Regulamentadora n° 4 do Ministério do Trabalho e Emprego, ou por meio de convênio com entidades que tenham essa atribuição[8]. O LTCAT pode ser substituído pelos documentos elencados no art. 10 da Instrução Normativa SPS n° 01, de 22/07/2010;
3. O PPP será emitido pela unidade de recursos humanos do órgão de lotação do servidor, à vista das informações constantes do prontuário funcional e do LTCAT. Os campos do formulário que requerem dados específicos da legislação trabalhista, mas estranhos ao serviço público, devem ser deixados em branco[9]; e
4. A Junta Médica do Estado emitirá pronunciamento, com base nas informações constantes do PPP e do LTCAT, atestando se as atividades e a exposição a agentes nocivos neles descritas são aptas à concessão da aposentadoria especial ao servidor. Essa competência foi fixada por analogia, considerando as atribuições previstas pelo Decreto estadual n° 16.106/15, haja vista a necessidade de ser aproveitada a estrutura existente, objetivando dar cumprimento à SV 33.

Para a correta instrução do feito, portanto, o processo seguirá o seguinte fluxo: a unidade de recursos humanos deverá juntar os documentos básicos de aposentadoria constantes do prontuário do servidor e daqueles por ele apresentados; a Secretaria da Saúde (ou entidade conveniada) emitirá o LTCAT referente ao local de trabalho do servidor; o processo, então, retornará à unidade de recursos humanos, para a elaboração do PPP, com base nas informações do LTCAT; em seguida, os autos serão encaminhados à Junta Médica do Estado, para emissão do laudo pericial; o próximo passo é a remessa do feito à Superintendência de Previdência, que emitirá despacho saneador e minutará o ato aposentador; por fim, os autos seguirão à Secretaria de Administração, para exame, assinatura e publicação do ato de aposentadoria. Havendo necessidade de oitiva da Procuradoria Geral do Estado para a solução de eventual indagação jurídica, o Núcleo Previdenciário da Procuradoria Administrativa prestará o assessoramento.

É possível verificar que esse procedimento demanda uma tramitação diferenciada – e mais demorada – em relação às aposentadorias voluntárias, compulsórias ou por invalidez, principalmente neste primeiro momento, em que foi

8 Conforme conclusão da Procuradora do Estado Paula Fernanda Silva Fernandes, no Parecer n° 000640/2017.

9 Análise constante do Parecer n° 000682/2017, da Procuradora do Estado Janaína Bittencourt Faneca Mascarenhas.

necessário delinear a providências necessárias e as competências dos órgãos envolvidos.

Ademais, ainda não existe um banco de dados completo de LTCAT das unidades de trabalho e, à medida que o referido documento for emitido para determinado setor, ele passará a constar do acervo de documentos, eliminando pelo menos uma etapa do fluxo, que é a remessa dos autos à Secretaria da Saúde ou entidade conveniada.

Porém, enquanto eram definidas as diretrizes para a instrução e análise dos processos de aposentadoria especial com base no art. 40, § 4°, III, da Constituição Federal, alguns servidores ajuizaram ações judiciais pleiteando o reconhecimento do seu direito à inativação e o seu deferimento pela Administração, alegando que os processos administrativos não tinham tramitação regular.

Nessas ações, o Poder Judiciário do Estado da Bahia tem proferido decisões para compelir a Administração a analisar os pleitos no prazo de trinta dias, muitas vezes fixando multa diária por descumprimento. A título de exemplo, citamos o Mandado de Segurança n° 0016289-37.2016.805.0000[10], no qual o argumento para a decisão foi a *falta de apreciação do pleito de aposentadoria* e o Mandado de Segurança n° 8000530-57.2017.805.0000[11], em que se entendeu que houve *injustificado retardo na tramitação do processo de inativação*.

Consoante asseverado alhures, o fluxo processual dos processos de aposentadoria especial ainda estava sendo definido, para possibilitar sua regular instrução e correta apreciação. Entretanto, dada a complexidade da documentação exigida e o necessário envolvimento de alguns órgãos nessa tarefa, os prazos assinalados pelo Poder Judiciário revelam-se bastante exíguos, tornando as decisões proferidas inexequíveis.

Na verdade, a análise dos pleitos nos prazos assinalados acarretaria o seu indeferimento por falta de provas da subsunção do servidor à regra constitucional de aposentadoria especial por exercício das atividades sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

Destarte, não nos parece razoável desconsiderar o esforço que está sendo feito pela Administração para dar efetividade à previsão do art. 40, § 4°, III, da Constituição Federal, na forma fixada pela Súmula Vinculante n° 33, e, de fato, conceder aposentadoria especial ao servidor que a ela tiver direito.

5. CONCLUSÃO

O presente artigo tem o objetivo de contribuir para o debate acerca da forma de cumprimento da Súmula Vinculante n° 33 do Supremo Tribunal Federal pelos Entes federativos, tendo por base as previsões do art. 57 da Lei federal n°

10 Relator Des. Baltazar Miranda Saraiva, Seção Cível de Direito Público Data da decisão: 22/11/2016.

11 Relatora Desa. Carmen Lúcia Santos Pinheiro, Seção Cível de Direito Público, Data da decisão: 19/12/2017.

8.213/91, as disposições da Instrução Normativa MPS n° 1, de 22/07/2010 e as decisões do STF acerca das questões atinentes ao tema.

Para tanto, foi apresentada a experiência do Estado da Bahia na formulação do fluxo processual dos pedidos de aposentadoria especial formulados por seus servidores e na tentativa de regulamentar a matéria, com a criação de estrutura administrativa destinada a fazer frente a esta demanda.

Diante das considerações aduzidas no presente trabalho, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

1. A Súmula Vinculante n° 33 do Supremo Tribunal Federal, de observância obrigatória por todos os Entes públicos, impõe a análise do caso concreto do servidor, à luz da legislação sobre aposentadoria especial pelo regime geral de previdência social;
2. Não é possível a conversão de tempo de serviço especial em comum, ante a vedação da contagem de tempo ficto em favor do servidor, nos termos do art. 40, § 10, da Constituição Federal. Desse modo, o servidor deve integralizar 25 anos de atividade em condições especiais para ter direito à aposentadoria pela regra do art. 40, § 4°, III, CF;
3. A comprovação da atividade em condições especiais deve ser feita por meio do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, do Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho – LTCAT (que pode ser substituído por outros documentos similares) e de laudo pericial;
4. Os proventos da aposentadoria prevista no art. 40, § 4, III, da Constituição Federal devem observar a regra fixada no § 3° do referido dispositivo constitucional;
5. O grupo de trabalho interdisciplinar criado no âmbito do Estado da Bahia para regulamentar a aposentadoria especial de seus servidores elaborou minuta de anteprojeto de lei propondo, como inovação, a criação de um modelo de formulário histórico-laboral compatível com o vínculo estatutário, denominado Perfil Profissiográfico do Servidor – PPS, bem como a instituição do Sistema de Prevenção e Saúde do Servidor, integrado pelo Serviço de Avaliação das Condições de Trabalho no Serviço Público do Estado – SACT e pelas Comissões Setoriais de Prevenção de Acidentes – CSPA;
6. O STF entendeu que cabe à União a edição de lei nacional fixando as regas gerais sobre a aposentadoria especial em comento, sendo vedado aos Entes subnacionais legislar sobre o tema;
7. Ante a vedação acima referida, a Procuradoria Geral do Estado da Bahia orientou a Administração em relação à competência para a emissão dos documentos necessários à instrução dos processos de aposentadoria especial com base no art. 40, § 4°, III, CF, aproveitando a estrutura atual-

mente existente. Nesse diapasão, restou definido que cabe à unidade de recursos humanos a emissão do PPP, à Secretaria da Saúde (por meio de médicos do trabalho) ou entidade conveniada a elaboração do LTCAT e à Junta Médica do Estado a emissão do laudo pericial;

8. De acordo com a competência mencionada no item anterior, foi definido o fluxo a ser observado na tramitação dos processos de aposentadoria especial, a saber: unidade de recursos humanos; Secretaria da Saúde ou entidade conveniada; retorno à unidade de recursos humanos; Junta Médica do Estado; Superintendência de Previdência; e Secretaria da Administração, assegurada a oitiva da PGE sempre que necessário;
9. Em que pesem as medidas que estão sendo adotadas pela Administração, têm sido proferidas decisões judiciais determinando a conclusão dos aludidos processos de aposentadoria no prazo de trinta dias, muitas vezes com fixação de multa diária por descumprimento;
10. À vista do fluxo processual acima descrito e da documentação indispensável à instrução dos processos de aposentadoria especial, o prazo fixado judicialmente revela-se inexequível. Sua observância acarretaria o indeferimento do pedido, por falta de prova; e
11. A garantia de efetividade do comando constitucional de aposentadoria diferenciada ao servidor cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física requer a análise do caso concreto, para a concessão do benefício a quem de direito.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Aposentadoria Especial. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 75, abr 2010. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7602>. Acesso em set. 2015.

DOMINGOS, Carlos Renato Gonçalves; JORDÃO, Ana Izabel. Aposentadoria Especial: O Dilema da Prova. In: Simpósio Brasileiro de Direito Previdenciário, XXXI, 2018, Salvador. **Anais...** Curitiba: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário, 2018.

FALCÃO, Rosana Mendes (Coord.). **Relatório final do grupo de trabalho instituído pela Portaria Conjunta SAEB/ PGE n. 001/2016**. Salvador, maio 2016.

FERNANDES, Paula Fernanda Silva. **Parecer n. 000640/2017**. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2017.

GOMES, Alzeni Martins Nunes. **Parecer n. PA-NPREV-AMG-1742/2012**. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2012.

INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL. **Instrução Normativa n. 53.** Brasília, Diário Oficial da União, 23/03/2011.

MASCARENHAS, Janaína Bittencourt Faneca. **Parecer n. 000682/2017**. Salvador: Procuradoria Geral do Estado da Bahia, 2017.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Instrução Normativa n. 01.** Brasília, Diário Oficial da União, 27/07/2010.

_____. **Instrução Normativa n. 03.** Brasília, Diário Oficial da União, 26/05/2014.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Nota Explicativa n. 06/2016/CGNAL/DRPSP/SPPS/MTPS.** Brasília, 2016.

MORAES, Sabrina Ferreira Novis de. Aposentadoria Especial – Súmula Vinculante n° 33 – Peculiaridades dos Regimes Próprios. In: MOGNON, Alexander (Coord.) **Regimes Próprios: Aspectos Relevantes.** São Paulo: Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais – ABIPEM; Associação Paulista de Entidades de Previdência do Estado e dos Municípios, v. 9, p. 92-102, 2013.

MUHLMANN, Luís Henrique Cunha. **Parecer n. 00211/2016/CONJUR-MPS/CGU/AGU.** Brasília: Advocacia Geral da União, 2016.

SOUSA, Marina Andrade Pires. Aposentadoria Especial do Servidor Público: Controvérsias sobre a Aplicação das Decisões do Supremo Tribunal Federal. In: MOGNON, Alexander (Coord.) **Regimes Próprios: Aspectos Relevantes.** São Paulo: Associação Brasileira de Instituições de Previdência Estaduais e Municipais – ABIPEM e Associação Paulista de Entidades de Previdência do Estado e dos Municípios, v. 9, p. 290-319, 2015.

_____. **Parecer n. 02/2015/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS**. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2015.

_____. **Nota Técnica n. 02/2014/CGNAL/DRPSP/SPPS/MPS**. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2014.

ASPECTOS JURÍDICOS DA CONCESSÃO DE LICENÇA - MATERNIDADE EM CASOS DE "BARRIGA DE ALUGUEL"

Breno Porto Pereira [1]

RESUMO

O presente trabalho analisa aspectos constitucionais sobre família, filiação, seguridade social e maternidade, a fim de encontrar a correta aplicação do benefício de licença-maternidade em casos de gravidez substitutiva, popularmente conhecida como "barriga de aluguel".

1. INTRODUÇÃO

A impossibilidade de certas pessoas de gerar uma vida por conta própria, seja por infertilidade ou esterilidade, criou demanda em diversos campos da ciência para auxiliar na reprodução humana. Registros históricos muito antigos já descreviam a insatisfação humana com os problemas reprodutivos. Com a evolução da tecnologia, a superação dessa barreira tornou-se cada vez mais fácil e cotidiana. Era questão de tempo até que se tornasse situação a ser analisada pela Administração Pública.

Na Bíblia, há casos bastante emblemáticos e similares às atuais gestações substitutivas. Abraão gerou um filho com a escrava Agar a pedido de sua esposa Sara, que não podia ter filhos. Disse-lhe Sara: "Eis que o Senhor me tem impedido de dar à luz; toma, pois, a minha serva; porventura terei filhos dela" (Gênesis 16:2).

Outro relato do livro de Gênesis sobre o tema envolve Jacó e Raquel. Esta, ao ver que era estéril, ofereceu sua serva Bila para que gerasse seu filho: "Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela." (Gênesis 30:2).

Antecipando questão de tópico futuro, ambos os relatos bíblicos apresentam um esboço da compreensão atual de filiação e do anseio humano de procriar. Assim, ainda que fruto de outro ventre, Sara e Raquel entendiam como seus os filhos gerados por Agar e Bila.

Em 1978, houve um marco nas técnicas de reprodução assistida. Nesse ano, nasceu na Inglaterra o bebê Louise Brown[2], primeiro ser humano gerado através da técnica de fertilização *in vitro*, vulgarmente conhecido como o "primeiro bebê de proveta do mundo". A partir desse evento surgiram novas possibilidades, que propiciaram a alteração nos parâmetros da filiação tradicional e a pos-

1 Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: breno-pereira@pge.rs.gov.br.

2 FRANCE, Presse. *Primeira bebê de proveta está 'encantada' com Nobel para Edwards*. Globo.com, 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010 /10/primeira-bebe-de-proveta-esta-encantada-com-nobel-para-edwards.html> Acesso em: 02 jul. 2018.

terior popularização da reprodução assistida. No Brasil, o primeiro caso noticiado é o nascimento de Ana Paula Caldeira[3], em 1984, chamada de "a primeira bebe de proveta brasileira".

Em 1986, um novo paradigma surge com o nascimento de Shira[4], considerada a primeira criança gerada em "barriga de aluguel". Shannon Boff carregou em seu útero um embrião decorrente de gametas do casal Elliot e Sandy. Pela primeira vez, uma terceira pessoa é utilizada para gerar filhos de um casal.

Por envolver diversas questões éticas, políticas, morais, jurídicas e religiosas, a gestação por substituição sempre foi muito polêmica. Contudo, esse debate esteve continuamente presente na sociedade, gerando curiosidades e discussões. O tema gera interesse até mesmo na cultura *pop*. Por exemplo, em 1990, estreou na Rede Globo a novela "Barriga de Aluguel", de Glória Perez, que tratou do tema e gerou muita controvérsia à época.

Recentemente, tornou-se "viral" na internet a notícia de que a celebridade norte-americana Kim Kardashian decidiu conceber seu terceiro filho através de uma gestação substitutiva. Cristiano Ronaldo, um dos jogadores de futebol mais populares do planeta, também divulgou que seus três primeiros filhos foram concebidos em "barriga de aluguel". Nicole Kidman, Sarah Jessica Parker, Ricky Martin, Michael Jackson, entre outros artistas, também afirmaram a utilização da técnica.

O avanço exponencial da biologia, a evolução das técnicas de fertilização *in vitro* e a divulgação de bem-sucedidas concretizações, inclusive por celebridades e influenciadores mundialmente famosos, foram fatores que contribuíram para que a gravidez por substituição se tornasse uma realidade cada vez mais presente.

No Brasil, a questão ainda é muito lacunosa no ordenamento jurídico, apesar de extremamente atual. O presente estudo originou-se de um caso, no interior do Estado do Rio Grande do Sul, em que determinada servidora pública gerou uma criança utilizando a técnica de gravidez de substituição. Analisou-se, então, o regramento constitucional e legal sobre o tema a fim de identificar a correta aplicação da regra que concede a licença-maternidade.

Como mencionado, o tema da gestação por substituição toca diversas questões morais, religiosas, éticas e políticas. Contudo, o foco do presente estudo é analisar estritamente determinada situação jurídica concreta e encontrar, à luz da Constituição, qual a solução desejada.

---

3 MILHORANCE, Flavia. *Trinta anos depois, como está a jovem que foi o primeiro bebê de proveta do País*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/trinta-anos-depois-como-esta-jovem-que-foi-primeiro-bebe-de-proveta-do-pais-14163920> Acesso em:02 jul. 2018.

4 ANSA, Agência. *Há 30 anos, nascia primeira criança de barriga de aluguel*. 2016. Disponível em: <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2016/04/15/ha-30-anos-nascia-primeira-crianca-de-barriga-de-aluguel> Acesso em: 02 jul. 2018.

Para isso, serão desenvolvidos tópicos sobre a questão jurídica aqui proposta: quem faz jus à licença-maternidade no caso de gestação por substituição? O tema é interdisciplinar e tangencia diversos ramos como o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, o Direito Civil, o Direito Previdenciário, o Direito do Trabalho e o Biodireito.

Na análise do objeto proposto, inicialmente, há explanação sobre as técnicas de reprodução assistida e o conceito da gestação por substituição. Tópico seguinte analisa a formação do vínculo de filiação, à luz da Constituição. Em seguida, os aspectos constitucionais e a teleologia da licença-maternidade. Por fim, aplicação dos tópicos anteriores ao caso concreto, apresentado com mais detalhes ao final, e a conclusão.

2. REPRODUÇÃO ASSISTIDA

O conceito de reprodução assistida é o conjunto de procedimentos que visam contribuir para a procriação humana, superando as barreiras da infertilidade. Trata-se de técnica utilizada quando outras "terapêuticas ou condutas tenham sido ineficazes para a solução e obtenção da gravidez desejada"[5]. O objetivo é permitir a gestação substituindo ou facilitando alguma etapa deficiente do processo reprodutivo[6].

As modalidades mais conhecidas de reprodução assistida são a fertilização *in vitro*, também conhecida pela sigla F.I.V., a inseminação artificial e a fecundação artificial[7].

A primeira consiste na fecundação de uma célula sexual feminina pela masculina em laboratório, ou seja, fora do corpo feminino. Há estimulação hormonal da mulher para que produza uma maior quantidade de óvulos. Após isso, o óvulo é levado a laboratório para que seja exposto aos espermatozoides. Em seguida, o óvulo fecundado é implantado artificialmente na trompa de uma mulher que prosseguirá a gestação[8]. Por conta da fecundação extrauterina, essa

5 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 11a. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017, p. 763-764.

6 BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e reprodução assistida*, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 1.

7 Cabe destacar a comum utilização da nomenclatura de técnicas ZGIT e GIFT, conforme elucida Maria Helena Diniz: "A ectogênese ou fertilização in vitro concretiza-se pelo método ZIFT (Zibot Intra Fallopian Transfer), que consiste na retirada do óvulo da mulher para fecundá-lo na proveta, com sêmen do marido ou de outro homem, para depois introduzir o embrião no seu útero ou no de outra. Como se vê, difere da inseminação artificial, que se processa mediante o método GIFT (Gametha Intra Fallopian Transfer), referindo-se à fecundação in vivo, ou seja, à inoculação do sêmen na mulher, sem que haja qualquer manipulação externa de óvulo ou de embrião". In: DINIZ, Maria Helena. *A ectogênese e seus problemas jurídicos*. Revista Justitia (Ministério Público do Estado de São Paulo). Vol. 189-192. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/016308.pdf) Acesso: 02 jul. 2018.

8 SGRECCIA, Elio. *Reprodução assistida*: questões de bioética e de ética da política. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/bio_ciencias/19reproducao.html. > Acesso em: 02 jul. 2018.

técnica ficou popularmente conhecida como "bebe de proveta", em alusão ao vaso de vidro utilizado por cientistas em laboratório.

Outra modalidade bastante conhecida é a inseminação artificial, técnica em que a fecundação é feita no interior do útero materno sem necessidade de ato sexual propriamente dito. Como o próprio nome indica, a "inseminação artificial significa inserir o sêmen no corpo da mulher por meio de uma transferência feita artificialmente, mediante uma seringa, por via transabdominal, ou mediante um cateter, por via transvaginal"[9]. Diferentemente da fertilização *in vitro*, o óvulo não é extraído do corpo da mulher e a fecundação ocorre dentro do próprio organismo.

Há também a fecundação artificial, que consiste na transposição dos dois gametas (o óvulo e o sêmen) para dentro das trompas da mulher. Inicialmente, provoca-se a ovulação e usa-se uma mesma seringa para aspirar dois óvulos, uma bolha de ar e os espermatozoides previamente preparados. Por fim, "separados pela bolha de ar, os dois óvulos, às vezes três, são inseridos numa trompa e se encontram com os espermatozoides dentro do corpo da mulher[10]".

As técnicas de reprodução assistida não se limitam às acima mencionadas. Para identificar as modalidades, a professora Jussara Meirelles afirma que a palavra-chave é interferência. Nesse sentido, compreende que a reprodução assistida não é um processo artificial e sim uma interferência da ciência nos processos naturais de reprodução. Veja-se:

> "Muito embora os métodos mais conhecidos de reprodução assistida sejam a inseminação artificial e a fertilização in vitro, vale ressaltar que a expressão "reprodução assistida" não se limita somente a essas práticas de implantação artificial de gametas ou embriões humanos no aparelho reprodutor feminino, com a finalidade de facilitar a procriação. Em realidade, todas as práticas técnicas e biológicas que permitam a reprodução interferindo no processo natural, seja por meio da inseminação artificial, seja mediante a concepção in vitro, ou pela transferência embrionária, são consideradas "reprodução assistida". De igual forma, aquelas que consistem somente no acompanhamento médico e na eventual administração de medicamentos que facilitem o processo natural de reprodução[11]".

O Conselho de Justiça Federal, ao analisar o art. 1.597[12] do Código Civil, que

9 SGRECCIA, op. cit.

10 SGRECCIA, op. cit.

11 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Filhos de reprodução assistida*. In: Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a *vacatio legis*, em 26.10.2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf> Acesso em: 02 jul. 2018.

12 Código Civil: Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;
II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

versa sobre filiação, concluiu que os métodos aqui mencionados deverão ser interpretados como técnicas de reprodução assistida[13].

Por fim, importante a classificação das técnicas de reprodução assistida em concepção homóloga e heteróloga. A primeira consiste na "manipulação dos gametas masculinos e femininos do próprio casal. Procedida à fecundação *in vitro*, o óvulo é implantado na mulher, que leva a gestação a termo[14]". Já a concepção heteróloga difere da primeira por envolver a utilização de material genético de terceiro, geralmente um doador anônimo.

3. O CONCEITO DE GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

Gestação por substituição é a técnica, realizada após a concepção, em que determinada mulher mantém gestação em favor de outra pessoa, que, por alguma razão, não possui condições biológicas de gestar em seu próprio corpo. Assim, terceira pessoa cede temporariamente seu útero (às vezes, seus óvulos também) para o desenvolvimento do embrião.

A técnica utiliza algum dos métodos de reprodução assistida para a fecundação e, após isso, o zigoto é colocado no corpo da mulher que irá manter a gestação. Dessa forma, há um pacto prévio[15] de que, após o parto, aquela teve que manteve a gestação irá entregar a criança para os indivíduos que desejam implantar seu projeto parental.

Como explica Guilherme Calmon Nogueira Gama, a diferença nodal é que a gravidez está relacionada a uma mulher diferente daquela que deseja ser mãe[16]. Nesse sentido, Jussara Meirelles explica que há verdadeira renúncia da gestante dos direitos relativos à maternidade. Veja-se o conceito da professora:

> "[...] a gestação de um ser humano, mantida por uma mulher em favor de outra infértil (ou com alguma impossibilidade referente à gravidez), com a finalidade de, logo após o nascimento com vida, ser a criança entregue à interessada, renunciando a gestante, em favor dela, a todos os direitos relativos à maternidade[17]."

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;
IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;
V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

13 Enunciado 105 do CJF – As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial" constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 deverão ser interpretadas como "técnica de reprodução assistida".

14 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, seção 22.

15 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Meirelles. *Gestação por outrem e determinação da maternidade ("mãe de aluguel")*. Curitiba: Gêneses, 1998, p. 67.

16 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *A Nova Filiação*: O Biodireito e as Relações Parentais: O Estabelecimento da Paternidade-Filiação e os Efeitos Jurídicos da Reprodução Humana Assistida. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 745

17 MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. *Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas*. Curitiba: Gênesis, 2004, p. 37.

Há posicionamento de João Baptista Villela no sentido de que esse seria um negócio jurídico comportamental, que constitui obrigações de fazer e não fazer e culmina na obrigação de dar o bebê ao final[18]. Por esse aspecto, Maria Berenice Dias entende que o pacto seria nulo por ilicitude do objeto, pois a criança não pode ser objeto de contrato[19].

Ademais, predomina entendimento que a gestação por substituição só é constitucional de forma gratuita, pois o art. 199, §4º[20], da Constituição, veda todo tipo de comercialização que envolva o corpo humano[21]. Ao analisar a nomenclatura, Flávio Tartuce afirma que o instituto deveria ser chamado de "comodato do útero", tendo em vista a necessária gratuidade[22].

Para melhor compreensão do caso tratado adiante, é preciso ter claro três figuras essenciais da gestação de substituição: a mãe social, a mãe genética e a mãe biológica. Abaixo, a conceituação da professora Jussara Meirelles:

> "a **mãe social** (S) é a que pretende o filho, a **mãe genética** (G) é a doadora do óvulo que, fecundado, dará a origem a criança, e a **mãe biológica** (B), também denominada mãe hospedeira, ou mãe substituta, ou mãe portadora, é a que cede o útero, mantendo a gestação em favor da mãe social"[23].

Na prática, pode haver coincidência das figuras dessas três mães. Assim, continua a professora trazendo as hipóteses mais comuns:

> "a) fertilização in vitro, em qualquer óvulo e sêmen são provenientes do casal interessado e implantado no útero, a mãe hospedeira mantém a gestação (S = G);
>
> b) através de inseminação artificial ou de fertilização in vitro, a mãe portadora tem um óvulo seu fecundado com o sêmen do marido ou do companheiro da mãe social e, mantém a gestação para o casam interessado. Nesse caso, a mãe hospedeira é também mãe genética, enquanto a mãe social nenhuma participação biológica tem na gravidez (B = G)"[24].

18 VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, n. 21, maio de1979, p. 14.

19 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, seção 22.7.

20 Art. 199. § 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, *sendo vedado todo tipo de comercialização*.

21 MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade*. Curitiba: Genesis, 1998, p. 81.

22 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 260.

23 MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade ("mãe de aluguel")*. Curitiba: Gêneses, 1998, p. 69.

24 MEIRELLES, Jussara. *Gestação por outrem e determinação da maternidade ("mãe de aluguel")*. Curitiba: Gêneses, 1998, p. 69.

Não há no momento lei que regulamente a gravidez por substituição. Em razão da lacuna legal, o Conselho Federal de Medicina ("CFM") editou algumas normas sobre questões da reprodução assistida ao longo dos anos. Atualmente[25], a resolução CFM nº 2168/2017[26] trata do tema.

O ato do CFM sobre gestação por substituição (a denominando também de cessão temporária do útero) expressamente autoriza o procedimento para os casos em que a gravidez é impedida ou contraindicada por problema médico, desde que observados alguns requisitos.

Por exemplo, a resolução prevê que a cedente temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em parentesco consanguíneo até o quarto grau (prima), porém, afirma também outros casos podem ser autorizados pelos Conselhos Regionais de Medicina. Ademais, a cessão temporária não pode ter caráter lucrativo ou comercial e é preciso que haja um termo de consentimento livre e esclarecido sobre aspectos biopsicossociais e jurídicos (filiação) envolvidos.

Conforme visto, na gravidez por substituição, há uma renúncia da mãe biológica aos direitos relativos à maternidade, que ocorre em favor da mãe social. Esse ato tem uma série de implicações jurídicas, principalmente por conta da relação de filiação que é desenvolvida.

4. FILIAÇÃO NA GESTAÇÃO POR SUBSTITUIÇÃO

De início, é preciso compreender que, com a Constituição de 1988, a dogmática do Direito Civil sofreu alteração e a dignidade humana foi colocada como epicentro. O Código Civil de 1916, inspirado nas legislações francesas, era baseado em premissas como a igualdade formal e a não intervenção estatal. Por isso, havia forte tutela da autonomia da vontade e de bens como a propriedade, o contrato e família.

A partir do momento em que a dignidade humana passou a ser o centro do ordenamento jurídico (art. 1º, III, da CF/88), o Direito Civil passou a ser interpretado com base nos valores fundamentais da pessoa e sofreu a chamada despatrimonialização, isto é, a prevalência de direitos existenciais sobre direitos patrimoniais.

Sobre a nova "adjetivação"[27] do Direito Civil (constitucionalizado, despatri-

25 Já foram editadas e revogadas as resoluções CFM nº 1358/1992, 1957/2010, 2013/2013 e 2121/2015.

26 BRASIL, Conselho Federal de Medicina do. 2017. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acessado em: 02 jul. 2018

27 O Prof. Gustavo Tepedino (referência na nota seguinte) inclusive explica que essa adjetivação é desnecessária. Veja-se: "a adjetivação atribuída ao direito civil, que se diz constitucionalizado, socializado, despatrimonializado, se por um lado quer demonstrar, apenas e tão-somente, a necessidade de sua inserção no tecido normativo constitucional e na ordem pública sistematicamente considerada, preservando, evidentemente, a sua autonomia dogmática e conceitual, por outro lado poderia parecer desnecessária e até errônea. Se é o próprio direito civil que se altera, para que adjetivá-lo? Por que não apenas ter a coragem de alterar a dogmá-

monializado), esclarece o professor Gustavo Tepedino:

> "Há de se advertir, no entanto, desde logo, que os adjetivos não poderão significar a superposição de elementos exógenos do direito público sobre conceitos estratificados, mas uma interpenetração do direito público e privado, de tal maneira a se reelaborar a dogmática do direito civil. Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais"[28]

Reflexo do fenômeno foi a releitura do instituto da família, que deixou de ser entendida como um fim em si mesmo, utilizado com o intuito de proteger o patrimônio de seus integrantes (como era na visão do Código Civil de 1916). A convivência familiar é, então, analisada pela ótica dos princípios constitucionais.

Assim, a entidade familiar não é mais vista como instituição que, *per se*, recebe tutela privilegiada, mas sim como um instrumento para a realização da personalidade de seus integrantes[29] e como ambiente de afeto e companheirismo.

A professora Maria Celina Bodin de Moraes ensina que a nova concepção da família dá sinais de consolidação, visto que, por exemplo, a Constituição, inspirada na cláusula geral da tutela da pessoa humana, positivou a igualdade dos cônjuges no casamento (art. 226, §5º) e a posição de centralidade dos filhos no grupo familiar, essa verificada pela "absoluta prioridade" das crianças e dos adolescentes[30]. Assim, abandonou-se uma visão hierarquizada de família e adotou-se uma concepção democratizada.

Sobre a releitura da família, discorre ainda Gustavo Tepedino:

> "Verifica-se, do exame dos arts. 226 a 230 da Constituição Federal, que o centro da tutela constitucional se desloca do casamento para as relações familiares dele (mas não unicamente dele) decorrentes; e que a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e

---

tica, pura e simplesmente? Afinal, um direito civil adjetivado poderia suscitar a imprecisão de que ele próprio continua como antes, servindo os adjetivos para colorir, com elementos externos, categorias que, ao contrário do que se pretende, permaneceriam imutáveis. A rigor, a objeção é pertinente, e a tentativa de adjetivar o direito civil tem como meta apenas realçar o trabalho árduo que incumbe ao intérprete."

28 TEPEDINO, Gustavo. *Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil*. Revista de Direito do Estado - v.1, n. 2, abr./jun. 2006. Renovar: Rio de Janeiro, p. 52-53.

29 TEPEDINO, idem ibidem.

30 MORAES, Maria Celina Bodin de. *A nova família de novo – estrutura e função das famílias contemporâneas*. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago., 2013, p. 588.

> econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.
>
> De outra forma não se consegue explicar a proteção constitucional às entidades familiares não fundadas no casamento (art. 226, § 3§) e às famílias monoparentais (art. 226, § 4§); a igualdade de direitos entre homem e mulher na sociedade conjugal (art. 226, § 5§); a garantia da possibilidade de dissolução da sociedade conjugal independentemente de culpa (art. 226, § 6§); o planejamento familiar voltado para os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7§) e a previsão de ostensiva intervenção estatal no núcleo familiar no sentido de proteger seus integrantes e coibir a violência doméstica (art. 226, § 8§)"[31].

Como visto acima, a Constituição de 1988 trouxe especial proteção à entidade familiar e consagrou como fundamental o direito à convivência familiar (art. 227, *caput*). Com o abandono da feição patrimonialista da família, é proibida qualquer designação discriminatória à filiação, o que equipara juridicamente os filhos, sejam nascidos ou não da relação de casamento ou havidos por adoção (art. 227, §6º). Salienta-se também que, com as modernas técnicas de reprodução, a concepção não mais decorre exclusivamente do contato sexual, de modo que a origem genética não é decisiva para a fixação do vínculo de filiação[32].

Nesse contexto, verifica-se que a filiação, que possui como espécies a maternidade e a paternidade, é uma relação familiar central. Como não há um conceito legal, a doutrina busca definir o alcance desta relação jurídica entre ascendentes e descendentes de primeiro grau[33] (pais e filhos).

Heloisa Helena Barboza[34] menciona três critérios para definição da paternidade trazidos pela lei e doutrina brasileiras: (a) critério jurídico, baseado no Código Civil (art. 1597), segundo o qual a paternidade é presumida, sem haja necessariamente correspondência com a realidade; (b) critério biológico, em que prevalece a biologia; (c) critério socioafetivo, lastreado no melhor interesse da criança e na dignidade da pessoa humana, pelo qual pai é o que representa a função, ainda que ausente o vínculo sanguíneo.

Acrescenta-se ainda a relação entre os critérios biológicos e a jurídicos apresentada por Silvio Venosa:

---

31 TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: BARRETO, Vicente (Org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 47-69.

32 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, seção 22.

33 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 248.

34 BARBOZA, Heloisa Helena. *Direito à identidade genética*. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/208.pdf> Acesso em: 02 jul. 2018.

> "A filiação decorrente da natureza pressupõe um nexo biológico ou genético entre o filho e seus pais. A maternidade ou paternidade é certa quando esse nexo é determinado. A determinação da filiação, como categoria jurídica, procura assegurar a identificação pessoal em relação à identidade biológica. Nem sempre, porém, a identidade genética amolda-se à identidade jurídica."[35]

Nesse contexto, Maria Helena Diniz conceitua filiação da seguinte forma:

> "O vínculo jurídico existente entre pais e filhos; vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida, podendo, ainda ser uma relação socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial."[36]

Com bem destacado por Maria Berenice Dias, a realidade atual traz novos conceitos para análise da parentalidade, como as filiações social e socioafetiva. Assim como ocorreu com a mudança do conceito de família, a filiação passou a incluir o vínculo paterno-filial. Ampliou-se o entendimento para abarcar a parentalidade psicológica, em prevalência sobre a biologia e a realidade legal[37]. Exemplo da nova realidade são os métodos de reprodução assistida (homólogo e heterólogo), doação de células sexuais e a gravidez por substituição.

A visão mais antiga baseia os vínculos de filiação em presunções, como a *mater semper certa est* ("a mãe é sempre certa"), visto que a maternidade era verificada pela gravidez e pelo parto; e a *pater semper incertus est*, pela qual a paternidade era sempre incerta. Diante da incerteza e da insegurança jurídica, foram criadas outras presunções para definir a paternidade, como a *pater is est* (por exemplo, se a mãe for casada, presumiu-se que o pai seria o marido)[38].

Destaca-se que o art. 1.597 traz hipóteses de presunções de paternidade, o que inclusive é criticado por Maria Berenice Dias, pois, com o avanço da sociedade, presunções não fariam mais sentido. Por exemplo, menciona que a inseminação artificial está entre as hipóteses listadas no artigo. Como nesses casos é possível com absoluta certeza determinar o pai, não haveria do que se falar em "presunção", e sim, certeza[39].

Contudo, as antigas presunções foram abaladas com a realidade dos fatos. A paternidade, antes de difícil comprovação, agora pode ser verificada com um

35 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 220.

36 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 452.

37 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, seção 22.

38 FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimentos da filiação e paternidade presumida*. Belo Horizonte: Sergio Antônio Fabris, 1992, p. 21.

39 DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, seção 22.

exame de altíssima precisão (DNA). Já a maternidade, que era facilmente observada pela gravidez, ganhou um fator de complicação: a gestação por substituição e a cessão temporária do útero, caso em que a gestatriz não é a mãe-social da criança.

A complexidade das relações humanas e a centralização do ordenamento jurídico na dignidade da pessoa foram fatores que reforçaram ainda mais o critério socioafetivo para definição da filiação. Silvio Venosa define a filiação afetiva como "aquela na qual o amor e o carinho recíprocos entre os membros suplantam qualquer grau genético, biológico ou social"[40]

O art. 1593 do Código Civil diz que "[o] parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consangüinidade ou outra origem." Este último pode ser exemplificado justamente pela filiação afetiva. Nesse sentido há enunciado do IBDFAM[41] e CJF[42]. Maria Helena Diniz explica que "*a verdade real da filiação pode ser biológica ou socioafetiva; o que importa é a vontade procriacional conscientemente assumida e a afetividade. O laço que une pais e filhos funda-se no amor e na convivência familiar*"[43].

Nesse sentido, a partir da releitura da família como um núcleo de afeto e dos princípios do melhor interesse da criança, Guilherme Calmon Nogueira da Gama entende que tem prevalência o critério "critério socioafetivo para fins de assegurar a primazia da tutela à pessoa dos filhos, no resguardo de seus direitos fundamentais, notadamente o direito à convivência familiar"[44].

Válido também trazer à baila o posicionamento de Rose Melo Venceslau sobre a concepção constitucional de filiação:

> "Com efeito, o estatuto constitucional da filiação reflete uma filiação una, igualitária, qualquer que seja sua origem. Para a norma constitucional não há vínculo mais forte, nem o de sangue, nem o do amor. Filho é tão somente filho. E esse filho, não importa a que forma de família pertença, encontra nela instrumento de realização de direitos"[45].

Como visto, a gestação por substituição pode decorrer de fecundação homó-

40 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009, v.6, p. 220.

41 IBDFAM. Enunciado 07: A posse de estado de filho pode constituir paternidade e maternidade.

42 CJF. Jornadas de Direito Civil. Enunciado 256 - Art. 1.593: A posse do estado de filho (parentalidade socioafetiva) constitui modalidade de parentesco civil.
Enunciado 519 - Art.1.593: O reconhecimento judicial do vínculo de parentesco em virtude da socioafetividade deve ocorrer a partir da relação entre pai (s) e filho (s), com base na posse de estado de filho, para que produza seus efeitos pessoais e patrimoniais.

43 DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5, p. 515.

44 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. A nova filiação: o Biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 483.

45 VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 44- 45

loga (gametas do casal que planeja ter filhos) ou heteróloga (gametas de terceiro). Com fins didáticos, menciona-se a analogia trazida por Guilherme Calmon Nogueira da Gama para diferenciar tais situações: a reprodução homóloga está mais próxima da filiação decorrente da conjunção carnal, ao passo que a heteróloga assemelha-se à filiação nos casos de adoção[46]. Frisa-se, contudo, que a Constituição veda diferenciação entre filhos (art. 227, §6º), o que, por óbvio, aplica-se aos filhos gerados por fecundações homólogas e heterólogas.

No primeiro caso, além do fator afetivo, há o vínculo consanguíneo. Já nas inseminações heterólogas, o fator determinante para o surgimento do vínculo de filiação é a vontade de ter um filho. A mencionada técnica é uma maneira de superar algum obstáculo que impede a natural gestação, justamente para realizar o sonho de procriação e criar relações de afeto. Isso está em total consonância com a promoção da dignidade do filho, visto que o vínculo é estabelecido com aquelas pessoas que possuem o desejo parental.

Flávio Tartuce afirma que "o vínculo de parentesco, como regra, deve ser atribuído àqueles que tiveram a iniciativa de sua realização[47]". Guilherme Calmon Nogueira da Gama traz que "é fundamental considerar, no âmbito da parentalidade-filiação decorrente das técnicas de reprodução assistida, a vontade como elemento essencial para o fim de se admitir o estabelecimento do vínculo de paternidade-filiação e de maternidade-filiação"[48]. Nesse sentido, há enunciado do CJF[49].

Destaca-se ainda o enunciado 257 do CJF:

> "As expressões "fecundação artificial", "concepção artificial" e "inseminação artificial", constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser interpretadas restritivamente, não abrangendo a utilização de óvulos doados e a gestação de substituição".

A professora Jussara Maria Leal de Meirelles, autora do enunciado, esclarece que essas expressões "devem ser compreendidas somente no limite estreito dos seus próprios significados", estando sempre de acordo com a realidade técnica. Nesse sentido, o intuito do enunciado é afastar a presunção de paternidade do

46 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação*: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar. 2003, p. 626

47 TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 252.

48 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A nova filiação*: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 693.

49 Jornadas CJF, Enunciado 104: No âmbito das técnicas de reprodução assistida envolvendo o emprego de material fecundante de terceiros, o pressuposto fático da relação sexual é substituído pela vontade (ou eventualmente pelo risco da situação jurídica matrimonial) juridicamente qualificada, gerando presunção absoluta ou relativa de paternidade no que tange ao marido da mãe da criança concebida, dependendo da manifestação expressa (ou implícita) da vontade no curso do casamento.

art. 1597, de modo a esclarecer que não há vínculo de filiação com o marido da gestatriz. Isso porque, com a mencionada técnica, há apenas uma cessão temporária do útero[50].

Em consonância com o exposto é o art. 17, §1º do Provimento nº 63/2017 do Conselho Nacional de Justiça, que ao tratar dos requisitos para registro civil de pessoas naturais esclarece que, "na hipótese de gestação por substituição, não constará do registro o nome da parturiente, informado na declaração de nascido vivo, devendo ser apresentado termo de compromisso firmado pela doadora temporária do útero, esclarecendo a questão da filiação."

Por fim, questão comumente levantada sobre o tema é a relação do aleitamento materno com a filiação. O fato de a gestatriz estar em lactação não muda as conclusões aqui expostas, pois, conforme assevera Marianna M. Willeman[51], trata-se de questão fisiológica que não corresponde a uma necessidade estrita criança. Além disso, a mãe-social pode ser induzida, através de hormônios, a produzir seu próprio leite e existem diversos casos de mulheres que geram o próprio filho e não conseguem produzir o leite, utilizando, então, métodos alternativos como bancos de leite ou produtos substitutivos.

Estudo de Zingler et al. (2017)[52] versa justamente sobre a indução de produção de leite em mãe-social cujo filho foi gerado por substituição, mencionando inclusive os benefícios psicológicos na consolidação do vínculo mãe-filho. Por outro lado, há caso em que a gestatriz-avó[53] optou por não amamentar seu neto justamente para não criar relação emocional, tendo em visa as diversas questões psicológicas que envolvem a gravidez por substituição. Ainda que louvável eventual doação de leite da gestatriz e a amamentação nos primeiros dias de vida, a possibilidade de amamentação não interfere nas conclusões sobre vínculo de filiação, visto que é questão lateral.

4. ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DA LICENÇA-MATERNIDADE

A partir do momento em que a Carta de 1988 coloca a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III) e insere a tutela do indivíduo como um fim em si mesmo, passa-se a compreender a proteção à infância como sendo em razão de seu próprio bem-estar e desenvolvimento.

50 Justificativa encontrada em: < http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej>. Acessado em: 02 jul. 2018

51 TCE/RJ. Processo nº 105.328-1/15. Consulta. Data: 21/03/2007.

52 ZINGLER, Emilie et al. Lactation induction in a commissioned mother by surrogacy: effects on prolactin levels, milk secretion and mother satisfaction. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 86-89, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-72032017000200086&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 fev. 2018. doi: http://dx.doi.org/10.1055/s-0037-1598641.

53 G1/SP. Avó 'barriga de aluguel' deve amamentar netos durante um mês. São Paulo, Globo.com, 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL108413-5598,-00-AVO+BARRIGA+DE+ALUGUEL+DEVE+AMAMENTAR+NETOS+DURANTE+UM+MES.html> Acesso em: 02 jul. 2018.

Nessa lógica, o art. 227[54] da Lei Maior dispõe ser dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança um rol de direitos que propiciam sua proteção integral e absoluta prioridade, princípios que regem os direitos da infância e da adolescência.

O termo absoluta prioridade significa que, em caso de conflitos com outras normas, deve prevalecer a norma que melhor proteja os interesses das crianças, haja vista a sua nítida hipossuficiência e fragilidade.

Com a nova concepção de família como instrumento para o desenvolvimento dos direitos existenciais de seus membros, os filhos passam a ter papel de centralidade nesse instituto. Por isso, um dos direitos do art. 227 é a convivência familiar.

O art. 25[55] da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já consagrava a proteção à maternidade como direito fundamental. A Carta de 1998 consagrou como direito social (art. 6º), como objetivo da assistência social (art. 203), como direito previdenciário (art. 201, 11) e garantiu o direito de "licença à gestante" em favor de trabalhadoras e servidoras públicas (art. 7º, XVIII e art. 39, §3º, ambos da CF).

Havia uma concepção antiga, inclusive consubstanciada em julgamento do STF do ano 2000 (RE 197.807/RS), de que a "licença à gestante" estaria vinculada ao fato jurídico gestação, pois tal benefício teria o objetivo de proteger a saúde da mãe, no sentido de uma recuperação pós-parto. Por essa ótica, por exemplo, a situação da mãe adotante não seria equiparável à situação da mãe gestante, visto que como não teria ocorrido gravidez ou parto, não haveria direito à licença gestante.

Contudo, esse entendimento é ultrapassado, por não refletir o real bem jurídico tutelado, e subinclusivo, por não contemplar hipóteses que deveriam estar ali abarcadas. Um exemplo é posicionamento do STF no RE 778.889/PE, que esclarece a impropriedade da visão da "licença maternidade" apenas como "licença gestante". Veja-se trecho do voto do Min. Luis Roberto Barroso:

> "Assim, só se pode concluir que o texto do art. 7º, XVIII da Constituição (c/c art. 227, §6º, CF), ao se valer da expressão "licença gestante", produziu, inadvertidamente, um comando cujo teor literal

54 Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

55 Art. 25. 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle. 2. **A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social**. (grifei)

> foi subinclusivo. O exame dos demais dispositivos constitucionais já invocados confirma o entendimento – sistemático – de que o referido dispositivo, em verdade, assegurou a "licença maternidade" de 120 dias (tanto em caso de mãe gestante, quanto em caso de mãe adotante), sem diferenciar entre filhos biológicos e filhos adotivos, quaisquer que sejam as idades destes últimos. Por essa razão, são inválidas as normas infraconstitucionais que disponham em sentido contrário".

O Min. Barroso, ao analisar qual seria a função essencial da licença maternidade, conclui que, com a evolução normativa e social, essa "passava a ser a proteção do interesse do menor que, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, precisa adaptar-se à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável". Assim, "a licença maternidade tem por objetivo auxiliar a mulher a ultrapassar o período de adaptação e de transição em decorrência da chegada do novo filho".

No mesmo sentido é a decisão monocrática do Min. Joaquim Barbosa no RE 640.216/PR: "a licença maternidade tem como destinatário principal o filho ou a filha, sejam adotivos ou biológicos" e a compreensão do Min. Luiz Fux[56] de que a licença maternidade "diz muito mais respeito a um direito do filho do que ao direito da mãe. Quer dizer: a licença denomina-se de maternidade - e agora nós já vimos que tem uma licença-paternidade -, mas, na gênese, está a necessidade exatamente de decurso de um tempo para melhor adaptação daquela criança à família".

Reflexo desse posicionamento é a alteração promovida na Consolidação das Leis Trabalhistas pela Lei 12.873/2013, que ao tratar da licença maternidade das empregadas, assegurou o direito do cônjuge ou companheiro de fruir o restante da licença maternidade em caso de morte da mãe durante o período de gozo (exceto no caso de abandono ou falecimento do filho), incluindo expressamente as hipóteses de adoção[57]. Aqui fica clara a demonstração da nova concepção do instituto, visto que, em nenhuma das hipóteses mencionadas aqui, há necessidade de recuperação física do pai, visto que ausentes eventos como gestação e parto em sua pessoa. Mesmo nesses casos, o direito é garantido, pois o objetivo da norma é o desenvolvimento dos direitos existenciais da criança e o atendimento de suas necessidades básicas.

O Min. Edson Fachin[58] define a licença-maternidade como um benefício pre-

56 Voto no RE 778.889/PE.

57 CLT: Art. 392-B. Em caso de morte da genitora, é assegurado ao cônjuge ou companheiro empregado o gozo de licença por todo o período da licença-maternidade ou pelo tempo restante a que teria direito a mãe, exceto no caso de falecimento do filho ou de seu abandono. (Redação dada pela Lei nº 12.873, de 2013)Art. 392-C. Aplica-se, no que couber, o disposto no art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção. (Incluído pela Lei nº 12.873, de 2013)

58 Voto no RE 778.889/PE

videnciário cujo objetivo é assegurar à mãe um período de profundo convívio com a criança, sendo, por isso, devidamente remunerada e protegida da dispensa do labor por esse motivo. Por isso, reitera em seu voto o entendimento do Ministério Público Federal de que "está ultrapassada a leitura individualista da licença-maternidade de fundo biológico, fundada na exclusiva recuperação da mulher após o parto"[59].

Ao analisar o destinatário de tal norma constitucional, o Ministro entendeu que o benefício não é direito de dimensão meramente individual, não havendo apenas um sujeito protegido pela norma. Assim, concluiu que a norma tutela o vínculo maternal e que o bem jurídico protegido é a relação inicial entre mãe e filho, visto que a Constituição colocou o afeto como centro das relações familiares.

Em breve e sintética conclusão, observa-se predomina o entendimento de que a licença maternidade, tendo em ótica a centralidade da dignidade humana no ordenamento, tem como especial destinatário a criança, centro da estrutura familiar e dotada de absoluta prioridade, que necessita de intenso convívio com seus familiares no início de sua vida, principalmente na construção das relações de afeto, base da entidade familiar. Essa é importante premissa na análise da questão aqui trazida.

5. APLICAÇÃO CONCRETA DA LICENÇA-MATERNIDADE

Passa-se então à análise das regras e finalidades da licença-maternidade. Recapitulando, o benefício é um período em que a lei permite o afastamento do trabalho, com direito a percepção de remuneração, conferido à mãe para um período de intenso convívio com o filho, estreitamento de laços familiares e recuperação do processo de gestação.

A recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal equipara igual direito ao titular de guarda judicial e adoção (mesmo que seja pessoa do sexo masculino), a fim de facilitar a construção de laços da criança com sua nova entidade familiar. Como conclusão, verificou-se que o foco do benefício é o estreitamento do vínculo parental, desassociado puramente do evento parto e focado no início da relação de filiação.

Fator importante que deve ser levado em consideração para a compreensão da *ratio* da norma é o custo do direito à referida licença. Na lição dos professores Stephen Holmes e Cass Susstein[60], um direito somente existe de fato quando e se existir orçamento para custeá-lo. Relembrando a clássica expressão de Guido Calabresi e Philip Bobbitt[61], o legislador enfrenta escolhas trágicas na aloca-

59 Parecer do Ministério Público Federal nos autos do RE 778.889/PE.

60 HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000. p. 19. "A legal right exists, in reality, only when and if it has budgetary costs."

61 CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allo-*

ção dos recursos, isto é, a utilização dos recursos em determinada área exclui o emprego dos mesmos em outros setores.

Como a licença-maternidade implica em custos para a sociedade e impacta a economia, o legislador precisou ponderar o alcance do benefício. Flávio Galdino aconselha a "mudança de perspectiva, passando-se a trabalhar com os recursos econômicos como pressupostos, que tornam possível a realização dos direitos". Assim, entende que os custos possuem dupla perspectiva: óbice e pressuposto[62].

O direito à licença-maternidade em cenários que envolvam a gravidez por substituição é lacunoso, razão pela qual é necessária a análise sistêmica do benefício em busca de parâmetros normativos. Trazendo à baila a lei 12.873/13, que trouxe alterações no âmbito do Regime Geral de Previdência Social, verifica-se que houve inclusão de dispositivos na CLT, sobre a licença-maternidade (afastamento) e na Lei nº 8.213/91, que utilizou a nomenclatura "salário-maternidade" (benefício previdenciário).

Conforme alterações promovidas pela referida lei, o art. 392-A da CLT passou a prever que, no caso de adoção ou guarda judicial conjunta, somente haverá concessão de licença-maternidade a um dos adotantes ou guardiães. No mesmo sentido, o art. 71-A, §2º, da Lei nº 8.213/91, segundo o qual o benefício não poderá ser concedido a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a diferentes regimes de previdência (*i. e.*, Regime Próprio de Previdência Social).

Ainda que não aplicada aos servidores estaduais, consegue-se extrair das normas federais as conclusões do legislador. Como visto, a *ratio legis* é no sentido que a sociedade apenas suporte os ônus do afastamento remunerado de uma pessoa por núcleo familiar. Assim, mesmo nos casos como a adoção, em que há formação de vínculo inicial de parentalidade com duas pessoas, o ordenamento jurídico previu apenas a concessão de um benefício de afastamento longo.

Nesse sentido, no caso da gestação por substituição, em que há a gestatriz e a mãe-social, verifica-se que há apenas a formação de um vínculo de filiação, pois a gestatriz apenas cede temporariamente seu útero, não havendo intenção real de ser mãe. O núcleo familiar é considerado como um todo e, no caso, só há real vínculo parental entre a mãe-social e filho.

Portanto, parece ser o melhor entendimento a concessão de licença-maternidade apenas à mãe-social, ainda que vinculada a regime previdenciário distinto da gestatriz. Como a legislação só permite a concessão de uma licença-maternidade por núcleo familiar, a concessão do benefício à mãe-social, seja qual for o regime, exclui o equivalente benefício da gestatriz.

---

cation of tragic scarce resources. New York: Norton & Company, 1978.

62 GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: BARCELLOS, Ana Paula de, et al. Legitimação dos Direitos Humanos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 282-283.

Apesar de ser parturiente, não há criação de um vínculo com a criança, esse verdadeiro fato gerador de licença-maternidade, de modo que a licença mais adequada à gestatriz seria a licença-médica para recuperação do parto e não, propriamente, a licença-maternidade, a qual a mãe-social faz jus.

A ponderação feita pelo legislador considera não somente o custo social do benefício, isto é, quanto o benefício impacta a sociedade, como também o fato de que a licença-maternidade faz parte da Previdência Social, com previsão expressa no art. 201, II, da Constituição. Assim, o benefício, além de ser orientado pelo princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, deve ter correlação com as fontes de custeio como forma de viabilizar sua própria existência. Reiterando Holmes e Sunstein[63], o direito só existe quando e se houver orçamento para tanto.

Esse raciocínio é externado pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, em voto vencedor[64] da brilhante conselheira Marianna Montebello Willeman, que ensinou sobre a *ratio* da licença-maternidade[65], explicou, à luz do art. 201, II, da Constituição, a ponderação do legislador e reforçou, entre suas conclusões, que a licença-maternidade só pode ser concedida a uma pessoa por núcleo familiar. Veja-se:

> "Da leitura do *caput* do referido dispositivo, se extrai que a proteção à maternidade deve observar o equilíbrio financeiro e atuarial do respectivo regime previdenciário. O pretendido equilíbrio é obtido por meio de cálculos atuariais, realizados com base em estatísticas e hipóteses, identificadoras de risco e de retorno, que traduzem em valor presente (valor atual) o conjunto de fluxos de caixa futuro (obrigações a pagar ou a receber em uma ou várias datas) do órgão previdenciário. Nesse contexto, ganha especial relevo o papel do legislador, tanto na previsão das fontes de custeio quanto na delimitação dos benefícios, com o objetivo de assegurar a viabilidade e equilíbrio do sistema.
>
> Daí a relevância de se avaliar o impacto que a eventual aplicação de direitos importa às contas públicas, tarefa que deve ser conduzida, a meu ver, de forma preponderante, pelo próprio legislador. O argumento não é desimportante e apenas reforça a conclusão já antecipada acima, no sentido da impossibilidade de reconhecimen-

63 HOLMES e SUNSTEIN, op. cit.

64 TCE/RJ. Processo nº 105.328-1/15. Consulta. Data: 21/03/2007

65 Ressalta-se que a ilustre Conselheira comenta que essa nomenclatura é ultrapassada, tendo em vista a equiparação de direitos e deveres na sociedade conjugal. Assim, entende que o destinatário da licença-maternidade não deveria ter vinculação estrita com a gestação ou a mulher. Observa ainda que o ordenamento prevê a possibilidade de fruição simultânea de duas licenças por núcleo familiar: uma de maior duração ("maternidade") e uma de menor duração ("paternidade"). Conclui, assim, ao analisar a situação de uma família homoafetiva composto por duas mulheres, pela possibilidade de concessão de licença-maternidade para a mãe não gestante, desde que sua companheira comprove não usufruir de benefício análogo por outro regime previdenciário. Caso contrário, a licença cabível, pela legislação vigente, é a "paternidade", de menor duração.

to do benefício, de forma simultânea, às duas mães – gestante e não gestante".

6. DESLINDE DO CASO

O caso concreto que ensejou o presente estudo trata de uma servidora do Estado do Rio Grande do Sul que, em ato de grande humanismo, cedeu temporariamente seu útero para gestar o filho de seu irmão e cônjuge, que desejavam ter filhos.

A técnica utilizada foi a concepção homóloga, isto é, o óvulo era da mãe-social (portanto, genética também). Na certidão de nascimento, conforme instrução do CNJ, consta como filiação a mãe-social, sem fazer qualquer menção à gravidez por substituição.

Questionou-se, então, quem faria jus à licença-maternidade[66]. Além disso, no caso, o Estado do Rio Grande do Sul concedeu à gestatriz licença-médica de trinta dias após o parto, para viabilizar a recuperação do processo.

7. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, quanto à análise da licença-maternidade, conclui-se que: (i) a licença-maternidade é centrada na absoluta prioridade da criança, de modo a propiciar a consolidação do vínculo inicial de filiação; (ii) a filiação nos casos de gestação por substituiçao é desenvolvida com a mãe-social e não com a gestatriz; (iii) o ordenamento jurídico, lastreado na ponderação de valores, nas escolhas trágicas, no custo dos direitos e no equilíbrio do sistema previdenciário, optou por conceder uma licença-maternidade por entidade familiar, independentemente do regime previdenciário; (iv) o direito à licença-maternidade é devido à mãe-social.

Reitera-se ainda que, como a gestatriz necessita de recuperação após o parto, a respectiva licença-médica é devida. No caso real, esta foi concedida por trinta dias. Com comparativo, observa-se que conforme o art. 141, §único, da Lei Estadual/RS nº 10.098/94, há possibilidade de licença de trinta dias caso o bebê saia do útero sem vida (natimorto), visto que a gestante foi submetida à procedimento cirúrgico ou parto natural. Aqui, o intuito do legislador é, principalmente, a recuperação da gestante, diferentemente da licença-maternidade, focada no vínculo filial.

66 Lei Estadual/RS nº 10.098/94: Art. 141 - À servidora gestante será concedida, mediante inspeção médica, licença de180 (cento e oitenta) dias, sem prejuízo da remuneração.
Parágrafo único - No caso de natimorto, decorridos 30 (trinta) dias do evento, a servidora será submetida a inspeção médica e, se julgada apta, reassumirá o exercício do cargo.
Salienta-se, conforme inclusive visto no atual posicionamento do STF, a impropriedade do termo "gestante", visto ser subinclusivo, ultrapassado e não abarcar o real sentido da norma. Assim, deve ser entendido como a comumente mencionada 'licença-maternidade', nomenclatura que inclusive é alvo de críticas (v. Marianna M. Willeman supra) por conta da equiparação de funções na sociedade conjugal (CF, art. 226, §5º).

O caso ainda não foi sentenciado, contudo há decisão sobre o pedido de tutela antecipada no sentido de que a licença-maternidade não é devida a parturiente. Por exclusão, verifica-se que a mãe-social faz jus ao benefício. Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região concedeu licença-maternidade à mãe social[67].

Veja-se trecho da decisão[68]:

> "Ora, do todo acima exposto, conclui-se que **a finalidade da regra que confere a licença maternidade passa a ser a proteção do interesse da criança e da família**, tanto no caso da filiação natural, quanto da adotiva, pois se precisa adaptar à família e estabelecer laços de afeto que são fundamentais para o seu desenvolvimento saudável. **A "ratio da regra" da licença maternidade não é a proteção da gestante ou da maternidade em si, mas sim, da entidade familiar, buscando proporcionar ao infante período de atenção e aconchego maior, para firmar laços afetivos**. **Tanto é assim que, por exemplo, nos casos trágicos de abortamento, a gestante não recebe licença-maternidade, mas licença saúde - ainda que a criança estivesse, por exemplo, pronta para nascimento**.
>
> Assim, não obstante se reconheça, sem qualquer sombra de dúvidas, a grandiosidade, desprendimento, abnegação e altruísmo presentes no ato da parte autora - **um ser humano digno da mais alta admiração moral**, **juridicamente não há como, segundo penso, reconhecer-lhe o direito subjetivo à licença pleiteada**, considerando, inclusive, que, ao que se depreende dos elementos trazidos ao feito, a infante encontra-se sob os cuidados dos beneficiários do gesto grandioso, estando a ela assegurada todas as garantias referentes à proteção, cuidados e fortalecimento dos laços afetivos, como acima referido.
>
> Ainda, após o parto, **houve o cuidado de concessão à autora de período de licença saúde suficiente à sua recuperação**, cumprindo, por fim observar que não vieram aos autos quaisquer elementos a demonstrar a alegada dificuldade da mãe biológica em amamentar sua filha e consequente necessidade de disponibilidade, em tempo integral, por parte da gestante substitutiva, no ato da amamentação.
>
> **Logo, vinculado à regra da legalidade estrita, no âmbito do regime jurídico dos servidores públicos, inclusive ante a falta de razoabilidade em ampliar as hipóteses de cabimento da**

67 Destaca-se trecho da Apelação Civel 534.999/PE: "(...)3. A autora é, efetivamente, mãe biológica, não importa se a fertilização foi "in vitro" ou com "barriga de aluguel". Os filhos são sanguíneos e não adotivos. A autora faz jus à licença maternidade pelo período de 180 (cento e oitenta) dias, o que se justifica, sobretudo, por serem 03 (três) os filhos."

68 Intimidade das partes preservada.

> **licença-maternidade aos casos de "barriga afetiva", já que ausente as mesmas razões que permitiriam conceder tal benesse** - como no caso da adoção, por exemplo, **por mais admirável que seja o gesto da autora, ele não lhe confere, por si, direito à licença maternidade**. **Depende-se, no caso, de previsão legislativa, à míngua de princípios ou regras que permitam ampliar a hipótese de incidência da regra da vantagem do servidor**. Ante o exposto, num juízo perfunctório da lide, com os elementos acostados aos autos, diante da ausência de regulamentação acerca do tema e de elementos suficientes a embasar o deferimento da tutela de urgência pretendida, INDEFIRO a tutela provisória." (grifado)

REFERÊNCIAS

ANSA, Agência. *Há 30 anos, nascia primeira criança de barriga de aluguel*. 2016. Disponível em: <http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2016/04/15/ha-30-anos-nascia-primeira-crianca-de-barriga-de-aluguel> Acesso em: 02 jul. 2018.

BADALOTTI, Mariângela; PETRACCO, Álvaro; ARENT, Adriana Cristine. *Bioética e reprodução assistida*, In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord). Grandes temas da atualidade: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, página 1.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito à identidade genética. Anais do III Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família e Cidadania. 2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/208.pdf> Acesso em: 02 jul. 2018.

BRASIL, Conselho Federal de Medicina do. 2017. Disponível em: https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168> Acessado em: 02 jul. 2018

CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip. *Tragic Choices, The conflicts society confronts in the allocation of tragic scarce resources*. New York: Norton & Company, 1978.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias [livro eletrônico]*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

DINIZ, Maria Helena. *A ectogênese e seus problemas jurídicos*. Revista Justitia (Ministério Público do Estado de São Paulo). Vol. 189-192. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/016308.pdf) Acesso: 02 jul. 2018.

_____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*: Direito de Família. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 5.

FACHIN, Luiz Edson. *Estabelecimentos da filiação e paternidade presumida*. Belo Horizonte: Sergio Antônio Fabris, 1992.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. 11a. ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara Koogan, 2017.

FRANCE, Presse. *Primeira bebê de proveta está 'encantada' com Nobel para Edwards*. Globo.com, 2010. Disponível em: <http://g1.globo.com/ciencia-e-saude/noticia/2010/10/primeira-bebe-de-proveta-esta-encantada-com-nobel-para-edwards.html> Acesso em: 02 jul. 2018.

G1/SP. Avó 'barriga de aluguel' deve amamentar netos durante um mês. São Paulo, Globo.com, 2007. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Brasil/0,,MUL-108413-5598,00-AVO+BARRIGA+DE+ALUGUEL+DEVE+AMAMENTAR+ NETOS+DURANTE +UM+MES.html> Acesso em: 02 jul. 2018.

GALDINO, Flávio. *O custo dos direitos*. In: BARCELLOS, Ana Paula de, et al. Legitimação dos Direitos Humanos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da Gama. *A nova filiação*: O biodireito e as relações parentais: O estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. São Paulo/Rio de Janeiro: Renovar. 2003.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de Meirelles*. Gestação por outrem e determinação da maternidade ("mãe de aluguel")*. Curitiba: Gêneses, 1998, p. 67.

_____. *Filhos de reprodução assistida*. In: Palestra proferida no III Congresso Brasileiro de Direito de Família sobre o novo Código Civil Brasileiro e a *vacatio legis*, em 26.10.2001. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/209.pdf> Acesso em: 02 jul. 2018.

_____. *Reprodução Assistida e Exame de DNA: Implicações Jurídicas*. Curitiba: Gênesis, 2004.

MILHORANCE, Flavia. *Trinta anos depois, como está a jovem que foi o primeiro bebê de proveta do País*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/trinta-anos-depois-como-esta-jovem-que-foi-primeiro-bebe-de-proveta-do-pais-14163920> Acesso em:02 jul. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família de novo – estrutura e função das famílias contemporâneas. Pensar, Fortaleza, v. 18, n. 2, p. 587-628, maio/ago., 2013. p. 588.

SGRECCIA, Elio. *Reprodução assistida***:** questões de bioética e de ética da política. Disponível em: <http://www.pucsp.br/fecultura/textos/bio_ciencias/19reproducao.html. > Acesso em: 02 jul. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: Direito de Família*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina civil-constitucional das relações familiares. In: BARRETO, Vicente (Org.). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. Revista de Direito do Estado - v.1, n. 2, abr./jun. 2006. Renovar: Rio de Janeiro.

VENCELAU, Rose Melo. *O Elo Perdido da Filiação*: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*: direito de família. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

VILLELA, João Baptista. *Desbiologização da paternidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais: Belo Horizonte, n. 21, maio de 1979.

ZINGLER, Emilie et al. Lactation induction in a commissioned mother by surrogacy: effects on prolactin levels, milk secretion and mother satisfaction. Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 86-89, fev. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010020320170002000086&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 fev. 2018. doi: http://dx.doi.org/10.1055/s-0037-1598641.

E-GOVERNO, E-DEMOCRACIA E DESIGUALDADE DE ACESSO À INTERNET NO BRASIL

Alexandre Felix Gross [1]

RESUMO

As tecnologias da informação e comunicação (TICs) inauguraram novos modelos de relacionamento entre Estados e cidadãos. O e-governo permite que serviços e informações públicas sejam acessados pela internet, facilitando o controle social ao conferir maior transparência aos gastos, ações e decisões dos órgãos governamentais. Programas de e-democracia fomentam a participação na formulação de políticas públicas e nos processos legislativos, inserindo os cidadãos no processo de decisão governamental (*decision-making*). Os programas de e-governo e e-democracia, portanto, se estabelecem como importantes estratégias de promoção da cidadania, especialmente pela via da participação democrática. Contudo, o artigo procura entender quais os impactos da implementação dessas estratégias em um cenário marcado pela intensa desigualdade de acesso às TICs. A hipótese colocada é a de que a adoção do e-governo e da e-democracia, quando desacoplada de políticas públicas que sejam bem-sucedidas em atenuar as desigualdades de acesso à internet, tem o potencial de agravar as iniquidades historicamente percebidas no campo da cidadania.

Palavras-chave: E-governo; E-democracia; Internet; TICs; Desigualdade.

1. INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação (TICs) inaugurou novos modelos relacionais entre Estado e sociedade. Estratégias de *e-government* (e-governo ou e-gov) e *e-democracy* (e-democracia) permitem que a estrutura administrativa se conecte de maneira eficiente e fluida com pessoas, empresas e organizações não governamentais. De modo geral, políticas públicas que utilizam a internet para aprimorar a atuação estatal são responsáveis por proporcionar maior transparência e maior facilidade na obtenção de informações (*accountability*), por aproximar cidadãos e instituições, por diminuir os custos da atividade administrativa e por fomentar processos de participação democrática (ONU, 2008, p. 2; ROSSINI, OLIVEIRA, 2016, p. 4).

As primeiras experiências de governo digital no Brasil ocorreram no final dos anos 1990 e no início dos anos 2000, limitando-se à prestação de serviços eletrônicos via portais governamentais[2] (GARCIA; LANZA, 2016, p. 47). Hoje,

1 Procurador do Estado de Goiás. E-mail: alexandrefgross@hotmail.com.

2 Marco desse período, o Decreto Presidencial de 3 de abril de 2000 criou um grupo de trabalho interministerial para examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas com as novas formas eletrônicas de interação. O programa de e-gov foi instituído no âmbito

99% dos órgãos federais e 91% dos órgãos estaduais estão presentes na internet por meio de *web sites* que fornecem informações e serviços. Na maior parte desses ambientes governamentais virtuais é possível realizar o *download* e o envio de documentos e formulários, consultar processos administrativos e judiciais e emitir certidões e licenças. Em alguns casos, é possível fazer inscrição em cursos e concursos, realizar agendamento para atendimentos e consultas e emitir boletos e guias de pagamentos. Os ambientes virtuais, desta forma, proveem tanto serviços informacionais quanto transacionais (CGI, 2016, p. 158).

A internet também exerce papel relevante na consolidação da Lei n.º 12.527, que regula os procedimentos a serem observados pelos Entes Federados na garantia do acesso à informação prevista na Constituição da República (arts. 5º, XXXIII, 37, §3º, II e 216, §2º). O diploma, que ficou conhecido como Lei de Acesso à Informação, estabelece ser um dever dos órgãos públicos fornecer informações de interesse coletivo ou geral, por eles produzidas ou custodiadas, "*em sítios oficiais da rede mundial de computadores*" (BRASIL, 2011, art. 8º, *caput* e §2º). Quase 100% dos órgãos federais e estaduais divulgam na internet leis, decretos e portarias. Em âmbito federal, quase a totalidade dos órgãos também divulga seus contratos, compras e licitações, os salários dos servidores públicos, prestação de contas e informações relacionadas aos seus objetivos, planos e metas. Embora em nível estadual os índices sejam um pouco inferiores, não destoam significativamente da realidade constatada na União (CGI, 2016, p. 163).

A participação democrática pela internet ocorre através de estratégias e programas de e-democracia. Em uma das iniciativas consideradas bem-sucedidas nesse campo, o Ministério da Justiça realizou consulta pública *online* para elaboração da minuta do projeto de lei do *marco civil da internet*. Entre 8 de abril e 30 de maio de 2010, foram feitas 1.168 contribuições sobre cada um dos pontos da minuta disponibilizada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça.

No âmbito do parlamento federal, destacam-se os portais E-democracia, mantido pela Câmara dos Deputados, e E-cidadania, mantido pelo Senado Federal. As plataformas foram concebidas como canais de comunicação entre cidadãos e seus representantes, onde podem ser veiculadas contribuições para projetos de lei já existentes ou sugeridos novos temas para tratamento legislativo.

---

da Casa Civil da Presidência da República, contando com suporte técnico da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão (GARCIA; LANZA, 2016, p. 48). À época, o grupo de trabalho identificou a existência de iniciativas isoladas de prestação de serviços ao cidadão por meio das TICs, como a possibilidade de entrega de declarações de imposto de renda pela internet, divulgação de editais e acompanhamento de processos judiciais. Contudo, concluiu-se pela existência de uma estrutura deficitária, formada por sistemas pouco integrados. Mais informações sobre o histórico de implementação do e-gov no Brasil podem ser obtidas em https://www.governodigital.gov.br/egd/historico. Acessado em 14/05/2018.

A prestação de serviços públicos e a participação cidadã em ambientes virtuais é uma realidade em grande parte da estrutura estatal, que, presente nas três esferas federativas e nos três poderes da República, alterou a forma como se relacionam Poder Público e cidadãos, incrementando a participação social na gestão pública (GUIMARÃES; MEDEIROS, 2005, p. 14). Contudo, embora os índices de acesso à internet no Brasil tenham experimentado exponencial crescimento na última década, é marcante a desigualdade de acesso determinada por fatores como grau de instrução, desigualdade de renda e localização geográfica. Nas classes A e B, mais de 90% dos domicílios estão conectados à internet, enquanto nas classes D e E o índice de conexão domiciliar é de 23%. Nas áreas urbanas, 59% dos domicílios estão conectados, enquanto nas áreas rurais essa proporção é de apenas 26% (CGI, 2017, pp. 307-308). Dentre os motivos que justificam a carência de acesso à internet nas residências mais pobres, destacam-se a ausência de computador na residência, a falta de interesse dos moradores e o elevado custo do serviço (CGI, 2017, pp. 315-316).

Considerando o cenário posto, coloca-se a seguinte indagação: qual o impacto da implementação de estratégias e programas de e-gov e democracia sobre realidades marcadas pela intensa desigualdade de acesso às TICs? Em outras palavras, estratégias de aproximação de governos e cidadãos via TICs podem agravar as assimetrias observadas no campo da cidadania?

Como hipótese de base para o trabalho, sugere-se que a adoção de programas de e-gov e e-democracia, quando desacoplada de políticas públicas que sejam bem-sucedidas em atenuar as desigualdades de acesso à internet, tem o potencial de agravar as iniquidades historicamente percebidas nos campos da participação democrática e do acesso a serviços públicos.

O artigo adotará, como referencial teórico, a perspectiva crítica proposta por Tim Unwin (UNWIN, 2013). Segundo o autor, o desenvolvimento da internet projeta interesses específicos muito distantes dos interesses das populações mais pobres e marginalizadas. Assim, acaso não sejam desenvolvidas intervenções que objetivem favorecer esses grupos sociais, colocando ênfase nas dimensões culturais, sociais e políticas do desenvolvimento da internet, as iniquidades tendem a se perpetuar e a se intensificar (UNWIN, 2013, pp. 538-550). Essa perspectiva se aproxima da adotada por outros autores, como Stephen Coleman e Giles Moss (COLEMAN, MOSS, 2011), Eszter Hargittai e Yuli Hsieh (HARGITTAI; HSIEH, 2013) e Patrícia Rossini e Vanessa Oliveira (ROSSINI, OLIVEIRA, 2016).

No tocante à abordagem, portanto, o artigo adotará a vertente jurídico-sociológica, utilizando-se de uma investigação do tipo jurídico-propositivo, dando ênfase ao estudo do exercício da cidadania em ambientes virtuais. O tipo de pesquisa proposto é o teórico-empírico-prático, uma vez que, será realizada uma revisão da literatura sobre os conceitos estudados, bem como serão extraídas

informações da realidade fática que permeia as políticas públicas objeto de análise, apresentando, por fim, propostas de reforma, tendo sempre como parâmetro a concretização da cidadania.

2. E-GOVERNO E E-DEMOCRACIA

Tecnologias da Informação e Comunicação (TICs) têm sido utilizadas desde os anos 1990[3] para prover informações e serviços públicos, especialmente através da interface web, sendo estas práticas conhecidas como *e-government* (e-governo ou e-gov). Relacionadas às políticas de e-gov, mas com algumas características distintas, as práticas de *e-democracy* (e-democracia) são identificadas pela utilização de TICs para possibilitar a participação de cidadãos na formulação de políticas públicas, inserindo-os no processo decisório. Em conjunto, programas de e-governo e e-democracia despontam como relevantes estratégias de governança (LEE; CHANG; BERRY, 2011, pp. 444-445).

Para Andrew Chadwick e Christopher May, a ubiquidade da internet tem rapidamente se estendido aos governos[4][5]. Segundo os autores, são três os modos – tipos ideais - de interação entre instituições governamentais e cidadãos. No modo gerencial (*managerial*), em que preponderam preocupações com a redução de custos, a utilização das TICs objetivam melhorar a performance dos serviços públicos, diminuindo os entraves burocráticos e promovendo maior eficiência na entrega de informações. No modo consultivo, as TICs facilitam a comunicação da opinião dos indivíduos às estruturas governamentais, as informações são providas pelo cidadão no intuito de melhorar a administração e guiar a formulação das políticas públicas. Há um ganho qualitativo em relação ao modelo gerencial, na medida em que o fluxo de informações passa a ser bidirecional, configurando uma prática de e-democracia. Por fim, o modo participativo, que concebe uma forma de interação complexa, horizontal e multidirecional. Neste estágio, cidadãos e grupos de interesses se associam em espaços virtuais como fóruns e plataformas sociais com a finalidade de influenciar e pressionar governos. O papel do Estado, neste último estágio, se limita a prote-

3 Chadwick e May identificam que as primeiras ideias e técnicas relacionadas à utilização das TICs em âmbito governamental surgiram em países ocidentais onde a população foi pioneira na utilização da Internet. Na administração de Bill Clinton, os Estados Unidos experimentaram os primeiros projetos neste sentido, que se intensificaram no governo Bush à medida que se inseriam em uma agenda de intensa redução de custos e ganho de eficiência. Na Inglaterra, a implementação do "*joined-up government*" foi uma importante bandeira da gestão do Partido Trabalhista. Estes países, junto com Canadá e Austrália, foram os primeiros a desenvolver práticas identificadas como *e-government* (CHADWICK; MAY, 2003, p. 272).

4 A afirmação pode ser corroborada pelo *United Nations E-Government Survey 2016*, que constata que desde 2014 todos os 193 países das Nações Unidas possuem alguma forma de presença *online* (ONU, 2016, p. 5).

5 O governo eletrônico possibilita que serviços e informações públicas estejam disponíveis aos cidadãos que acessam a internet de qualquer lugar e em qualquer horário, alterando a forma como os governos entregam os serviços públicos (KUMAR, R.; SACHAN, A.; MUKHERJEE, A., 2017, p. 299).

ger a liberdade de expressão e opinião e a regular a infraestrutura (CHADWICK; MAY, 2003, pp. 274-280).

Soon Ae Chun, Stuart Shulman, Rodrigo Sandoval e Eduard Hovy afirmam que no processo de evolução do governo digital podem ser identificadas quatro fases principais. Na primeira delas, órgãos governamentais utilizam a internet para disponibilizar informações, transpondo para ambientes digitais dados públicos. Em um segundo momento, possibilita-se interações simples, via web, entre órgãos e agências governamentais, cidadãos, empresas e organizações da sociedade civil. O terceiro estágio permite que atos como renovação e obtenção de licenças, e pagamento de taxas e tributos sejam feitos em *websites* governamentais. No último estágio, onde se situam as estratégias de *e-democracy* ou *e-participation*, abre-se um canal democrático que objetiva a participação de cidadãos na tomada de decisões governamentais e na formulação de políticas públicas (CHUN, SHULMAN, SANDOVAL, HOVY, 2010, p. 1).

A implementação da e-democracia transforma os espaços de decisão estatal, tornando-os mais participativos, envolve cidadãos e organizações não governamentais no processo de formulação de políticas públicas. Esse novo paradigma é apontado como uma forma de aproximação de processos mais democráticos, na medida em que cidadãos, autoridades governamentais e outros interessados instauram um processo colaborativo de formulação da vontade governamental (CHUN, SHULMAN, SANDOVAL, HOVY, 2010, p. 5).

De acordo com as Nações Unidas, todos os 193 países da organização possuem algum tipo de presença na internet, dentre os quais 29 (15%) atingiram um índice (*E-Government Development Index - EGDI*[6]) considerado muito alto (≥ 0.75) no desenvolvimento de práticas de e-governo. Na faixa considerada como de alto desenvolvimento (<0.75 e >0.5) estão 65 países (34%), na faixa de médio desenvolvimento (<0.50 e >0.25) estão 67 países (35%) e na faixa de baixo desenvolvimento (<0.25) estão 32 países (16%) (ONU, 2016, pp. 107-108)

A maior parte dos países que alcançaram o índice muito alto está na Europa, acompanhada de alguns países asiáticos, dos Estados Unidos da América e do Canadá. A parte inferior do espectro, com índices considerados muito baixos, é formada majoritariamente por países africanos, que, como média, obtiveram um EGDI de apenas 0.2882. O Reino Unido obteve o primeiro lugar no ranking global com um EGDI de 0.9193, ante uma média 0.7241 dos países europeus. O Brasil figura na faixa dos países com EGDI alto, tendo alcançado um índice de

6 Segundo o *United Nations E-Government Survey 2016*, "*matematicamente, o Índice de Desenvolvimento do Governo Eletrônico (EGDI) é uma média ponderada da pontuação nas três mais importantes dimensões do governo eletrônico, a saber: escopo e qualidade dos serviços (Online Service Index, OSI), status do desenvolvimento de infra-estrutura de telecomunicações (Telecommunication Infrastructure Index, TII) e capital humano próprio (Human Capital Index, HCI). Cada um desses conjuntos de índices é em si uma medida composta que pode ser extraída e analisada de forma independente*" (tradução livre) (ONU, 2016, p. 133).

0.6377[7], ante uma média de 0.5245 do continente americano. A média global, por sua vez, ficou em 0.4992 (ONU, 2016, pp. 109-114).

O *UN Government Survey* também classifica os países segundo *o E-Participation Index (EPI)*, que procura mensurar o uso de TICs no fornecimento de informações governamentais aos cidadãos (*e-information sharing*), na consulta e deliberação de cidadãos sobre políticas públicas (*e-consultation*) e no engajamento e participação em processos decisórios inseridos em políticas públicas (*e-decision-making*), refletindo, portanto, a maneira como governos engajam seus cidadãos na formulação, implementação e avaliação de políticas públicas (ONU, 2016, p. 141). No ranking global, o Brasil figura na 37ª posição com um EPI de 0.7288, bem superior à média de 0.4765 constatada nos países do continente americano. Os países europeus obtiveram a média mais alta (0.6985), enquanto os países do continente africano obtiveram o menor índice (0.2599). A média global foi de 0.4625 (ONU, 2016, pp. 171-176).

Os números demonstram uma marcante disparidade entre os estágios de desenvolvimento do e-gov e da e-democracia entre os países. De certa forma, esses índices refletem a mesma desigualdade que se apresenta quanto à renda *per capita*, ao desenvolvimento humano (medido pelo IDH) e à distribuição de renda (medida pelo coeficiente de Gini). Inobstante, enquanto o Brasil está na posição 79º do ranking global do IDH (0.754) (ONU, 2016, p. 199) e é o 10º país com maior desigualdade de renda (Gini = 51.5) (ONU, 2016, p. 207), figura em posições comparativamente melhores nos rankings de índices que mensuram o nível de utilização de TICs pela estrutura estatal. Esse cenário, de intensa desigualdade de renda e baixo índice de desenvolvimento humano, está relacionado a uma intensa desigualdade de acesso à internet, o que sustenta a hipótese de que os brasileiros não se beneficiam das estratégias de e-gov e e-democracia em patamares igualitários.

3. PANORAMA DA DESIGUALDADE DE ACESSO ÀS TICS NO BRASIL

A participação cidadã e a fruição de serviços públicos em espaços virtuais depende do acesso à internet, da capacidade cognitiva para utilizar as TICs e, por último, da vontade das pessoas em acessar e participar dos espaços governamentais virtuais (NATCHAEVA, 2002, p. 417). A exclusão digital, portanto, não é determinada apenas pela existência ou inexistência de acesso físico às tecnologias da informação e comunicação, mas também pela desigualdade cognitiva, pela desigualdade que se estabelece quanto às competências digitais detidas por cada um dos indivíduos de um corpo social (HARGITTAI; HSIEH, 2013, p. 130).

7 Dentre os países da América do Sul, contudo, o Brasil tem índice inferior aos de Argentina (0.6978), Uruguai (0.7237) e Chile (0.6949). No ranking global, o Brasil está na 51ª posição (ONU, 2016, p. 114.)

A estratificação do acesso à internet é um obstáculo às estratégias de e-governo e democracia. A expansão dos serviços públicos e do exercício da democracia encontra limites nas assimetrias sociais. Os indivíduos excluídos da cidadania, excluídos da esfera pública, são os que, em regra, não detêm os meios de acesso e as capacidades cognitivas exigidas em espaços virtuais, o que acaba por promover "*um aprofundamento da assimetria de acesso a informações a aos mecanismos de Estado*" (RUEDIGER, 2002, p. 32). Ainda que sejam providos meios de acesso aos mais pobres e marginalizados, nada garante que essas populações utilizarão programas de e-governo e e-democracia para fins de inclusão na esfera pública e engajamento político (UNWIN, 2013, p. 544; ROSSINI; OLIVEIRA, 2016, p. 07).

O panorama do acesso à internet no Brasil reflete conhecidas facetas das iniquidades que permeiam nosso tecido social. O nível de acesso à internet é condicionado, prioritariamente, pela desigualdade de renda, mas também por segmentações de ordem territorial e de escolaridade. Os números indicam que a recente expansão do uso da internet pelas faixas mais pobres veio acompanhada da ampliação, em ritmo mais acelerado, das oportunidades de acesso dos mais ricos, mantendo a situação de desigualdade (VAZ, 2015, p. 55).

A Pesquisa sobre o Uso de Tecnologias de Informação e Comunicação nos Domicílios Brasileiros – 2016, realizada pelo Comitê Gestor da Internet, expõe as desigualdades regionais e socioeconômicas que marcam as oportunidades de acesso às TICs. Ainda são muitos os domicílios desconectados, principalmente nas áreas rurais e nas regiões economicamente menos desenvolvidas do país. No Brasil, 46% dos domicílios têm computador. Na região sudeste o número chega a 56%, enquanto nas regiões nordeste e norte a presença de computadores nos domicílios é de 33% e 32%, respectivamente. Nas áreas rurais, são apenas 20% os domicílios com computador, enquanto nas cidades são 50% (CGI, 2017, p. 123).

Quando analisada a relação da desigualdade de renda com o acesso às TICs, o cenário é ainda mais alarmante. Na classe A[8], 99% dos domicílios possuem computador, enquanto nas Classes D e E são apenas 10%. Os números colocam o Brasil em situação intermediária no cenário global, com percentuais superiores às medias dos países africanos e asiáticos, no entanto inferiores aos dos países europeus. Quando analisados os diferentes estratos sociais, no entanto, identifica-se que as classes A e B têm indicadores semelhantes ou até superiores aos obtidos pelos países europeus, enquanto as classes D e E têm números semelhantes aos dos países africanos (CGI, 2017, p. 122).

8 Segundo a pesquisa, "*A classificação econômica é baseada no Critério de Classificação Econômica Brasil (CCEB), conforme definido pela Associação Brasileira de Empresas de Pesquisa (Abep). A entidade utiliza para tal classificação a posse de alguns itens duráveis de consumo doméstico, mais o grau de instrução do chefe da família declarado. A posse dos itens estabelece um sistema de pontuação em que a soma para cada domicílio resulta na classificação como classes econômicas A1, A2, B1, B2, C, D e E*" (CGI, 2017, p. 96).

Em relação ao acesso à internet, constatou-se que 54% dos domicílios brasileiros estão conectados à rede, incluindo aqueles com conexão exclusivamente móvel (*tablets* e telefones celulares). Em áreas rurais, os domicílios conectados são 26%, enquanto nas áreas urbanas são 59%. A região sudeste obteve o melhor índice de conexão (64%), enquanto as regiões norte (46%) e nordeste (40%) obtiveram, mais uma vez, os piores. Já em relação às classes sociais, 98% dos domicílios da classe A e 91% da classe B possuem acesso à internet, enquanto esse percentual é de 60% na classe C e apenas 23% nas classes D e E. O custo elevado (57%), seguido da falta de interesse dos moradores (49%) são os principais motivos que justificam a ausência de acesso à internet nos domicílios. A falta de aptidão para usar a internet foi citada por 39% dos entrevistados. Por fim, os números apontam que a proporção de domicílios conectados vem crescendo desde 2008, dado que é compatível com a tendência verificada nas outras regiões globais. Contudo, embora tenha ocorrido um aumento considerável do acesso nas classes C, D e E entre 2008 e 2016, persistem as disparidades historicamente verificadas (CGI, 2017, pp. 124-126).

A infraestrutura se revela um fator determinante para o perfil de conexão utilizada nos domicílios. Nas regiões norte e nas residências rurais, onde são conhecidas as deficiências na infraestrutura de acesso, são significativamente mais altos os índices de domicílios que acessam a internet por conexão móvel. A mesma tendência foi verificada nos domicílios dos estratos sociais mais desfavorecidos. Nas classes D e E, 76% dos usuários da internet a acessaram exclusivamente por telefone celular, enquanto na classe A o índice é de 11%; nas áreas rurais esse índice é de 69%, enquanto as áreas urbanas é de 40%; nas regiões norte, nordeste e sudeste os índices são de 61%, 54% e 36%, respectivamente (CGI, 2017, p. 138)[9]. Dentre os usuários que acessam a internet apenas pelo celular, o uso predominante está relacionado à participação em redes sociais (*facebook, snapchat, instagram* etc), ao compartilhamento de fotos e vídeos e ao envio de mensagens instantâneas (*whatsapp, skype* etc) (CGI, 2017, p. 142). Os dados são preocupantes, especialmente se considerarmos que:

> "(...) *a emergência do celular como o dispositivo mais utilizado para o acesso à Internet, conforme revela a pesquisa, não necessariamente aponta para uma plena inclusão digital da população. Entre as limitações relacionadas ao uso do equipamento estão a realização de atividades que demandam maior capacidade de conexão e tráfego de dados, ações que vão além do uso de mensagens instantâneas ou de acesso às redes sociais. É justamente nos segmentos sociais mais vul-*

9 "*Outro aspecto revelado pelos dados é o número de indivíduos que se conectam à Internet exclusivamente por meio de telefones celulares. A despeito do caráter inclusivo da conexão à Internet via dispositivos móveis (Boyera, 2008), a literatura sobre o tema indica que a qualidade do acesso influencia consideravelmente tanto as habilidades individuais quanto os benefícios associados ao uso da rede (Mossberger, Tolbert, & Anderson, 2014; Pearce & Rice, 2013; Mossberger, Tolbert, & Franko, 2012).*" (CGI, 2017, p. 137).

> *neráveis em que se observa maior incidência de acesso à Internet por um único tipo de dispositivo (em geral o telefone celular), indicando o alargamento de situações de desigualdade mesmo entre aqueles já conectados.*" (CGI, 2016, p. 125).

A velocidade da conexão contratada também é marcada pela estratificação social. Enquanto 55% dos domicílios da classe A conectados à internet possuem velocidade superior a 8 Mbps, entre os domicílios das classes D e E conectados são apenas 6%. Nas áreas rurais, o índice é de 2%, enquanto nas áreas urbanas é de 25% (CGI, 2017, p. 129).

Nas classes D e E, pouco mais de um terço (35%) dos indivíduos são usuários da internet, enquanto na classe A o percentual é de 95%. As desigualdades regionais e geográficas também são percebidas. No norte e nordeste, o percentual de usuários é de 58% e 50%, respectivamente. Já na região sudeste, 69% dos indivíduos se declararam usuários da rede. Enquanto 65% da população urbana acessa a internet, esse número é de apenas 39% na população rural.

Os diferentes níveis de uso da internet também são marcados pelo nível de instrução. Enquanto 95% dos indivíduos com ensino superior de educação são usuários, esse índice é de apenas 46% entre os que têm ensino fundamental (CGI, 2017, pp. 131-133).

Por fim, constatou-se que é de 61% a proporção de usuários da internet que utilizaram ferramentas de e-gov nos últimos 12 (doze) meses. Entre os usuários de áreas rurais, esse percentual foi de 41%, enquanto entre os de áreas urbanas foi de 63%. Na região sudeste o percentual foi de 65%, já na região norte foi de 63% e na nordeste 53%. Dentre os usuários da classe A, 85% utilizaram a internet para acessar serviços e informações governamentais, enquanto nas classes D e E o percentual foi de 43% (CGI, 2017, pp. 356). No entanto, apenas 5% dos usuários responderam ter participado de fóruns ou consultas públicas governamentais e apenas 7% participaram de enquetes e votações em sites governamentais. Na classe A, esses percentuais são de 10% e 18%, e nas classes D e E são de 3% (CGI, 2017, p. 372). Os números demonstram ser incipiente a presença de usuários da internet em ambientes de e-democracia. Ainda, é mais de três vezes superior o índice de participação dos usuários da classe A, se comparado com o das classes D e E[10]. Esse resultado é compatível com estudos realizados em outros países, que identificam uma relação entre as classes sociais e a maneira como os indivíduos usam a internet. Integrantes das classes sociais mais altas, com mais experiência na utilização das TICs, utilizam a internet para fortalecer laços sociais e políticos, engajando-se economicamente, socialmente e politicamente na rede (CHADWICK, 2011, p. 24) (HARGITTAI; HSIEH, 2013, pp. 135-136).

10 A disparidade se revela ainda mais grave se considerarmos que a estatística foi colhida apenas entre os usuários da internet, que, por sua vez, são em número muito inferior nas camadas mais pobres da pirâmide social.

Como apontado por Tim Unwin, não basta enxergar as TICs sob o enfoque limitado das concepções hegemônicas de desenvolvimento. O foco das políticas públicas deve ser a diminuição das iniquidades relativas, a minoração da distância entre os diferentes estratos sociais. No processo de expansão das TICs, é necessário que seja dada a devida atenção às necessidades e demandas dos indivíduos mais pobres e marginalizados (UNWIN, 2013, p. 534). Mais do que proporcionar o simples acesso à internet – que, na maioria das vezes, proporciona acesso apenas a redes sociais e aplicativos de mensagem -, isso significa a inclusão desses indivíduos nos espaços virtuais de exercício da cidadania.

4. A DESIGUALDADE DE ACESSO ÀS TICS E A EXCLUSÃO NOS ESPAÇOS VIRTUAIS DE EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Estratégias de e-democracia e e-governo fomentam o engajamento cívico, possibilitam que cidadãos sejam ativamente incluídos nos processos decisórios, tornando as experiências políticas e sociais mais inclusivas (ONU, 2016, p. 49). Os alvos dos programas de e-governo e e-democracia são facilitar o acesso a informações e serviços públicos, e possibilitar que a formação da vontade governamental ocorra em espaços virtuais de construção colaborativa e de intensa interatividade. Nesse contexto, as TICs surgem não apenas como uma ferramenta de eficiência na gestão pública, tendo por objetivo último a promoção da cidadania.

Há um risco, contudo, em enxergar a internet como um mecanismo de desenvolvimento sem dar a devida atenção às demandas de comunicação e informação das populações mais pobres e marginalizadas (UNWIN, 2013, p. 536). Embora seja o governo digital uma ferramenta desenhada para a promoção da cidadania, o fato de as oportunidades de acesso serem determinadas por uma estrutura social pré-existente, acaba por reforçar as iniquidades existentes (HARGITTAI; HSIEH, 2013, p. 130). Como ressaltado por Luiz César Ribeiro, André Salata, Lygia Costa e Marcelo Ribeiro:

> "(...) *o pleno aproveitamento das oportunidades oferecidas pela rede dependeria de condições materiais (renda, localização geográfica e etc.) e imateriais (disposições culturais, conhecimento, informações), que são desigualmente distribuídas entre a população. Por essa razão, é possível que os setores já dominantes da sociedade sejam justamente aqueles que tiram maior proveito dessas oportunidades, empurrando para a 'infoexclusão' parte dos setores populares (Castells, 2007). Além disso, como os utilizadores da internet são ao mesmo tempo receptores e produtores das informações veiculadas na rede, quanto maiores as dificuldades de acesso das camadas inferiores da sociedade, quanto mais tempo elas passarem afastadas dessa tecnologia, mais a internet se moldará ao uso dos setores dominantes, criando barreiras duradouras à sua democratização* (...)*".* (RIBEIRO; SALATA; COSTA; RIBEIRO, 2013, p. 294)

A internet catalisou a descentralização da produção e veiculação da informação, permitindo que novas vozes e subjetividades fossem inseridas na esfera pública. Contudo, essa profusão do conhecimento é limitada pela lógica capitalista da exclusão pelo preço, que reforça as diferenças de classe e gera mais exclusão (MARCONDES, 2011, p. 91). O desenvolvimento das TICs, via de regra, é dirigido pela lógica do mercado, que, em vez de atender as demandas das populações marginalizadas, tende a reforçar as estruturas de dominação e exclusão já existentes (UNWIN, 2013).

A desigualdade digital é perniciosa. Brasileiros das classes C, D e E, moradores de zonas rurais e das regiões norte, centro-oeste e nordeste possuem oportunidades de acesso significativamente inferiores às dos brasileiros das classes A e B, dos que moram em zonas urbanas ou nas regiões sul e sudeste. Ainda assim, "*mesmo entre os que têm acesso, há grandes diferenças em termos de variedade e multiplicidade de dispositivos, disponibilidade de rede, velocidade de conexão e padrões de uso (intensidade e abrangência)*" (VAZ, 2016, p. 56). Como os serviços públicos e os espaços de deliberação e participação democrática estão, cada vez mais, se inserindo em ambientes virtuais, tem-se como consequência uma exclusão seletiva da cidadania.

Mas a exclusão não é apenas econômica. Ter acesso à internet, e por consequência aos programas de e-gov e e-democracia, não é apenas uma questão de estar ou não conectado, pois devem ser consideradas também as barreiras cognitivas impostas, principalmente, aos indivíduos mais pobres e marginalizados. A inclusão na esfera pública digital pressupõe a existência do elemento objetivo (acesso físico à rede) e do elemento subjetivo (capacidade cognitiva).

Assim, políticas públicas que pretendam incluir nos espaços digitais devem aliar a democratização do acesso à rede à "*reestruturação dos sistemas de ensino (formal e não formal), com o objetivo de garantir a socialização do capital cultural indispensável à apropriação massiva das novas tecnologias*" (MARCONDES, 2011, p. 93). As políticas públicas devem aliar o desenvolvimento do governo eletrônico à atenuação da estratificação digital, marcada pela desigualdade de acesso e de competências para utilizar as TICs (HENMAN, 2013, p. 293). É necessário que a utilização das TICs atenda a patamares mínimos de igualdade, a fim de que todos tenham a oportunidade de participar igualitariamente da gestão e do controle social dos governos.

O exercício da cidadania pressupõe a titularidade de direitos civis, políticos e sociais. A cidadania não pode ser enxergada apenas pelo viés formal, como se dependesse apenas de abstenções estatais. O direito de participar da vida política é, antes de tudo, um direito de participação igualitária. Assim, a cidadania pressupõe "*o direito de exigir do Estado prestações asseguradoras de condições sociais que propiciem a igualdade substancial entre os cidadãos, somada àquela igualdade formal antes já proclamada e assegurada*" (PASSOS, 2006, p. 08).

A dimensão social da cidadania[11] depende, no caso do acesso à esfera pública virtual, da existência de políticas públicas que promovam a efetiva e igualitária participação de todos os grupos sociais, sem que os custos de aquisição de tecnologias e limitações cognitivas – usualmente impostas aos mais pobres – atuem como mecanismos de exclusão. As políticas públicas devem, portanto, promover inclusão no espaço deliberativo instalado na internet, sob pena de reforçar as assimetrias historicamente verificadas no campo da cidadania.

5. CONCLUSÃO

A revisão da literatura e os dados empíricos levantados ao longo do artigo inferem algumas conclusões acerca da pergunta inicialmente proposta. Em primeiro lugar, verifica-se que a difusão das TICs tornou a relação entre Poder Público e cidadãos mais "digital". A adoção de programas de e-governo e e-democracia transpôs para espaços virtuais o exercício da cidadania. Pensar a esfera pública contemporânea impõe refletir sobre o papel exercido pelas tecnologias da informação e comunicação.

Em segundo lugar, fatores como renda, localização geográfica e escolaridade determinam uma intensa desigualdade de acesso às TICs e, por consequência, aos espaços virtuais de exercício da cidadania. Dessa maneira, é possível confirmar a hipótese de que a expansão de estratégias de e-governo e e-democracia, quando desacompanhadas de políticas públicas que promovam o acesso igualitário às TICs e o desenvolvimento das competências necessárias à atuação nesses espaços, acaba por reforçar as desigualdades historicamente percebidas no campo da cidadania. As barreiras que reforçam a exclusão no "espaço público virtual" são ainda mais fortes do que as barreiras que excluem os indivíduos do "espaço público real".

Políticas públicas que tenham por objetivo atenuar as estratificações verificadas em ambientes governamentais digitais devem, portanto, atender a dois objetivos: promover o acesso igualitário às TICs e implementar estratégias educacionais que sejam capazes de desenvolver as competências e habilidades

11 Como afirmado por Calmon de Passos, "*Correto, por conseguinte, falar-se numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. Ser cidadão implica na efetiva atribuição de direitos nas três esferas mencionadas, porque careceria de sentido participar do governo sem condições de fazer valer a própria autonomia, bem como sem dispor de instrumentos asseguradores das prestações devidas, pelo Estado, em nome da igualdade de todos* " (PASSOS, 2006, p. 08). No mesmo sentido, Marcelo Neves afirma que "*Definindo-se o Estado de bem-estar como 'inclusão política realizada' observa-se que os 'direitos fundamentais sociais' por ele instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política* (...) *Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, na sociedade supercomplexa de hoje, fundada em expectativas e interesses os mais diferenciados e contraditórios, o Direito só poderá exercer satisfatoriamente sua função de congruente generalização de expectativas normativas enquanto forem institucionalizados constitucionalmente os princípios da inclusão e da diferenciação funcional e, por conseguinte, os direitos fundamentais sociais (Estado de bem-estar) e os concernentes à liberdade civil e à participação política* " (NEVES, 1994, p. 72)

necessárias à sua utilização. Não basta promover o acesso físico à internet, é necessário que políticas educacionais promovam a inclusão, nos projetos pedagógicos da educação básica pública, de estratégias educacionais destinadas a despertar a consciência de que os espaços virtuais serão, cada vez mais, espaços de exercício da cidadania, e que a inserção e a atuação nesses ambientes dependem do domínio das competências relacionadas ao uso das TICs.

Há, contudo, um problema ainda mais profundo. A desigualdade de acesso à internet, em grande parte, é determinada pelo fator desigualdade de renda, que no Brasil assume contornos trágicos. A superação definitiva do problema passa pela diminuição da concentração de renda no Brasil, que coloca os mais pobres em situação de extrema iniquidade em todos os espaços de disputa política e social. Não é novidade que a desigualdade de renda conforma as iniquidades verificadas no campo da cidadania. No que se refere à cidadania exercida em espaços virtuais, no entanto, essa desigualdade se revela ainda mais perversa, notadamente em razão dos altos custos de aquisição dos equipamentos necessários ao acesso à internet.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei n.º 12.527 de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acessado em 22/05/2018.

CHADWICK, A. Explaining the Failure of an Online Citizen Engagement Initiative : The Role of Internal Institutional Variables. In: *Journal of Information Technology & Politics*, Philadelphia, Taylor & Francis Inc., p. 21–40, 2011.

CHADWICK, A.; MAY, C. Interaction between States and Citizens in the Age of the Internet : " e-Government " in the United States, Britain, and the European Union. In: *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*. Oxford: Blackwell Publishing, v. 16, n. 2, pp. 271–300, 2003.

CHUN, Soon Ae; SHULMAN, Stuart; SANDOVAL, RODRIGO; HOVY, EDUARD. Government 2.0: making connections between citizens, data and government. In: *Information Polity.* IOS Press, n. 15, pp. 1-9, 2010.

COLEMAN, S.; MOSS, G. Under Construction: The Field of on-line Deliberation Research. In: *Journal of Information Technology & Politics*, v. 9, n. 1, p. 1–15.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – CETIC. TIC Domicílios 2016: pesquisa sobre o uso de tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. São Paulo, 2017.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – CETIC. TIC Governo Eletrônico 2015: pesquisa sobre o uso de tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro. São Paulo, 2016.

GIL-GARCIA, J. Ramon; LANZA, Beatriz Barreto. Governo Digital no Brasil, México e Estados Unidos. In: COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – CETIC. *TIC Governo Eletrônico 2015: pesquisa sobre o uso de tecnologias da informação e comunicação no setor público brasileiro*. São Paulo, 2016.

GUIMARÃES, Tomás de Aquino; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. A relação entre Governo Eletrônico e Governança Eletrônica no Governo Federal Brasileiro. In: Cadernos *EBAPE*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, v. III, n.º 4, 2005.

HARGITTAI, Eszter; HSIEH, Yuli Patrick. Digital Inequality. In: DUTTON, William H. (Ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies*. Oxford: Oxford University Press. 2013, pp. 129-142.

HENMAN, Paul. Government and The Internet: envolving technologies, enduring research themes. In: DUTTON, William H. (Ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies*. Oxford: Oxford University Press. 2013, pp. 283-306.

KUMAR, R.; SACHAN, A.; MUKHERJEE, A. Qualitative Approach to Determine User Experience of E-government Services. In: *Computers in Human Behavior*. Elsevier, v. 71, p. 299–306, 2017.

LEE, C.; BERRY, F. S. Testing the Development and Diffusion of E-Government and E-Democracy: a global perspective. In: *Public Administration Review*. American Society for Public Administraton. Hoboken: Wiley Blackwell, May-june, pp. 444-454, 2011.

MARCONDES, Valéria. Internet, Democracia e Participação Popular: discutindo experiências participativas. 2011. 234 f. Tese (Doutorado em Comunicação Social) – Faculdade de Comunicação Social, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

NEVES, Marcelo. A Constitucionalização Simbólica. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NETCHAEVA, Irina. E-Government and E-Democracy: a comparison of opportunities in the north and south. *In: Gazette: the international journal for communication studies*. London, Sage Publications, vol. 64(5), pp. 467–477, 2002.

ONU. Department of Economic and Social Affairs. United Nations E-Government Survey 2016. New York, 2016.

ONU. Department of Economic and Social Affairs. United Nations E-Government Survey 2008. New York, 2008.

ONU. United States Development Programme. Human Development Report 2016. New York, 2016.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. In: *Revista Eletrônica de Direito de Estado*. Instituto de Direito Público da Bahia, Salvador, n.º 5, 2006.

RIBEIRO, Luiz César de Queiroz; SALATA, André; COSTA, Lygia; RIBEIRO, Marcelo Gomes. Desigualdades digitais: acesso e uso da internet, posição socioeconômica e segmentação espacial nas metrópoles brasileiras. In: *Revista Análise Social*. Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, n.º 207, xlviii(2.º), pp. 288-320, 2013.

ROSSINI, Patrícia Gonçalves; OLIVEIRA, Vanessa Veiga de. E-Democracia e Legislação Colaborativa : a discussão da reforma política no Brasil. In: *XXV Encontro Anual da Compós*. Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Comunicação, 2016, Goiânia, Universidade Federal de Goiás.

RUEDIGER, Marco Aurélio. Governo Eletrônico e Democracia: uma análise preliminar dos impactos e potencialidades na gestão pública. In: Revista Organizações e Sociedade. Salvador: Escola de Administração da Universidade Federal da Bahia, V. 9, n. 25, pp. 29-43, 2002.

UNWIN, TIM. The Internet and Development: a critical perspective. In: DUTTON, William H. (Ed.). *The Oxford Handbook of Internet Studies*. Oxford: Oxford University Press. 2013, pp. 531-554.

VAZ, José Carlos. O Acesso à Tecnologia como Objeto de Política Pública: direitos, democracia, desenvolvimento e soberania nacional. In: *COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL – CGI. Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação – CETIC. TIC Domicílios 2016: pesquisa sobre o uso de tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros*. São Paulo, 2017.

IDENTIFICANDO OS INCENTIVOS À RESOLUÇÃO CONSENSUAL E EXTRAJUDICIAL DOS LITÍGIOS EM SAÚDE: O PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA ENTRE PERSPECTIVAS E DESAFIOS

Victor Aguiar de Carvalho [1]

RESUMO

No artigo pretende-se analisar a judicialização da saúde sob a ótica de que a realidade de ajuizamento e julgamento em massa de tais demandas produz um sistema de incentivos que deveria influenciar o comportamento da Administração no sentido de mais ativamente buscar a resolução consensual e extrajudicial dos conflitos. Todavia, na prática, desafios que precisam ser superados, com o potencial auxílio da advocacia pública, acabam dificultando tal percepção.

1. INTRODUÇÃO

Diariamente, os Estados da federação são citados em uma expressiva quantidade de demandas individuais nas quais se requer, em face da Administração, o fornecimento das mais diversas prestações de saúde.

Tal realidade, tradicionalmente denominada de judicialização da saúde, acaba por consumir parcela relevante dos recursos humanos das Procuradorias Estaduais e dos demais órgãos atinentes às funções essenciais à justiça. Além disso, acarreta para o Poder Público custos de diversas ordens para a tramitação dos processos e para o atendimento dos comandos judiciais.

Um dos méritos trazidos pela cada vez mais importante associação entre os estudos do Direito e da Economia concerne à maior atenção concedida aos "incentivos" produzidos por normas jurídicas, decisões judiciais ou comportamentos juridicamente relevantes. O uso do termo "incentivo", por si só, já representa a apropriação de um jargão bastante utilizado nas ciências econômicas, que significa, em apertada síntese, qualquer fator que induza ou motive um indivíduo a se comportar de uma determinada forma, que será passível de ser prevista, em circunstâncias de adequada racionalidade, considerando-se o conjunto de incentivos presentes[2].

Neste estudo pretende-se analisar o sistema de incentivos relacionado

1 Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: victoraguiar@pge.rj.gov.br.

2 Para uma explanação ilustrativa sobre a importância do conceito de incentivos para o pensamento econômico e sobre as suas reflexões na organização social, ver o capítulo denominado "Os incentivos, sempre eles..." em GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo*: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015, pp. 211-232.

à judicialização da saúde sob um enfoque pouco usual na literatura: como o ajuizamento e o julgamento em massa de demandas da espécie, na forma que habitualmente realizados na atualidade, produzem incentivos que podem ou poderiam influenciar o comportamento da Administração no sentido mais frequentemente buscar a consensualidade e a solução extrajudicial dos conflitos.

Para tanto, na primeira seção se fará uma análise, ainda que breve, do atual cenário da judicialização em saúde e do entendimento adotado usualmente por Juízes e Tribunais para o julgamento de tais demandas. Ato contínuo, serão investigados os incentivos econômicos com os quais a Administração se depara nesse quadro, demonstrando-se que a solução consensual está consentânea à economicidade e à eficiência, razão pela qual deveria ser mais frequentemente buscada. Em seguida, serão examinadas algumas hipóteses que eventualmente poderiam explicar o porquê de a resolução extrajudicial dos conflitos ser menos comum do que se poderia imaginar a partir da análise do quadro de incentivos posto, que apontam, como dito, para a racionalidade da composição amigável. Defende-se, ainda, que a Advocacia Pública está em posição favorável para auxiliar no melhor tratamento da matéria. Por fim, conjuntamente com as conclusões, apresenta-se a proposição defendida.

2. A REALIDADE ATUAL DA JUDICIALIZAÇÃO EM SAÚDE E O ENTENDIMENTO DOMINANTE ADOTADO PELO JUDICIÁRIO

É conhecido o quadro de ajuizamento em massa de demandas em que se pleiteiam as mais diversas prestações sanitárias, muitas das quais não incorporadas para dispensação regular. Computando também os casos ajuizados em face de planos de saúde, em 2017 apenas o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro recebeu 16.491 novas ações na área de saúde, que foram incorporadas a um acervo total de 566.229 feitos da espécie em tramitação naquele Tribunal[3].

Não se trata, todavia, de uma realidade tão somente fluminense, mas sim nacional. Com efeito, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, ainda em 2011 já tramitavam no Judiciário 240.980 processos judiciais na área de saúde[4]. Em 2016, foram recebidos, apenas pela primeira instância, 87.505 casos novos, sendo que a maior parte eram relacionados ao fornecimento de medicamentos ou de tratamento médico-hospitalar[5].

A experiência prática, corroborada pelos dados empíricos existentes, indica

3 Cf. TJRJ. *Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/55518>. Acesso em: 14 mar. 2018.

4 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 03 fev. 2018.

5 IDEM. *Justiça em números* – Demandas por classe e assunto – 2016. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2F PainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em 23 jan. 2018.

que tais demandas vêm sendo, em regra, amplamente acolhidas pelo Judiciário. O entendimento dos Magistrados, em geral, quanto a que prestações estariam inseridas no conteúdo do direito constitucional à saúde parece ser bastante abrangente.

Pela interpretação que se tornou amplamente majoritária no Judiciário, a própria Constituição já concederia a todos, por si só, direta e imediatamente, o direito a receber do Poder Público qualquer prestação em saúde que lhes fosse receitada, cabendo, ainda, na ausência do fornecimento voluntário do item pelo Poder Público, a intervenção do Judiciário para obrigar a Administração à entrega da prestação requerida.

Tal entendimento dominante, que se consolidou ao longo das últimas décadas, levava à concessão, em geral, de qualquer prestação em saúde demandada por um paciente que não apresentasse condições financeiras para custear o tratamento, desde que o item lhe fosse devidamente prescrito por um médico, independentemente de o profissional estar vinculado ao SUS ou à rede privada de saúde. O índice de procedência já foi estimado em cerca de 90% dos processos[6].

Nesse cenário, o volume de recursos públicos alocados para o cumprimento de decisões judiciais na matéria é cada vez mais expressivo. Segundo dados do Tribunal de Contas da União, de 2008 a 2015, o gasto da União na aquisição de medicamentos e insumos para cumprimento das decisões saltou de aproximadamente R$ 70 milhões para R$ 1 bilhão, o que representa um aumento de mais de 1.300%[7].

Convém destacar que a dita judicialização da saúde não ocorre apenas em razão de falhas na execução da política pública estabelecida, como nas hipóteses de carência de estoques de medicamentos ou insumos nos hospitais públicos ou postos de saúde. Grande parte das demandas ajuizadas tem como objeto a pretensão de recebimento, pela via judicial, de medicamentos que jamais foram inseridos na política farmacêutica do SUS (ou seja, que não são incorporados para dispensação regular pelo Poder Público). Já se apurou que demandas do tipo representavam 80,6% das ações sobre o tema no Estado do Rio de Janeiro e 92,5% na capital[8].

É de se ver, ainda, que o pretensão de recebimento de prestações que não se

6 Cf. WANG, Daniel Wei L. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses, *Human Rights Law Review*, 15, pp. 617-641, 2015, p. 623. Também PRADO, Mariana Mota. *The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help?, Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, n.1 (Symposium: Global Health and the Law), pp. 124-137, Spring 2013, p. 125.

7 TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Aumentam os gastos públicos com a judicialização da saúde. Disponível em: <http://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/aumentam-os-gastos-publicos-com-judicializacao-da-saude.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

8 Os dados foram compilados e citados por Daniel Wang, fazendo referência a outros estudos acadêmicos. V. WANG, Daniel Wei L. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, 15, pp. 617-641, 2015, p. 619.

encontram padronizadas no SUS não concerne apenas a hipóteses em que o Poder Público esteja omisso no estabelecimento de uma adequada política pública para o tratamento de uma determinada enfermidade, não havendo expedido protocolo clinico, diretriz terapêutica ou organizado uma política de qualquer natureza para tratamento de uma data enfermidade. Com efeito, em pesquisas empíricas já se identificaram percentuais de 73%[9] ou 79%[10] quanto à parcela de medicamentos não padronizados cujo fornecimento fora determinado judicialmente, mas que apresentavam uma alterativa terapêutica ao seu uso disponível no SUS.

Recentemente, o STJ teve a oportunidade de enfrentar esse quadro ao julgar o Resp 1.657.156/RJ, que havia sido submetido à sistemática dos recursos repetitivos para a definição do tema nº 106, concernente à obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Na oportunidade, o STJ decidiu que constitui obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos, ainda que não incorporados pelo SUS, desde que presentes, cumulativamente, três requisitos: a) comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira do paciente de arcar com o custo do medicamento prescrito; e c) existência de registro do medicamento na Anvisa[11].

Considerando o pouco tempo decorrido desde a prolação do julgamento, bem como o fato de aquela Corte haver modulado seus efeitos para estabelecer que os critérios estipulados somente seriam exigidos para processos que fossem distribuídos a partir da conclusão do referido julgamento, ainda não houve amadurecimento suficiente para se afirmar que o entendimento judicial passará a ser mais restritivo do que aquele que se assentava de maneira dominante até então.

Por outro lado, para os fins do presente trabalho, pelo teor do julgamento do STJ é possível constatar que o Judiciário inequivocamente consolida o entendimento de que seria obrigação do Poder Público o fornecimento de medicamentos, ainda que não incorporados pelo SUS, desde que respeitados determinados requisitos estabelecidos.

As críticas à atual realidade da judicialização e à interpretação jurídico-

9 VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Rev. Saúde Pública*, vol.41, n.2, pp. 214-222, 2007, p. 218.

10 MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil, *Revista de Saúde Pública*, vol. 45, n. 3, pp. 590-598, 2011, p. 593.

11 Para uma análise crítica mais detalhada dos requisitos estabelecidos pelo STJ no referido julgamento, v. CARVALHO, Victor Aguiar de. *A política pública na caneta do médico*: avanços e incertezas no julgamento sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. Disponível em: < https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-politica-publica-na-caneta-do-medico-19052018>. Acesso em: 12 jun. 2018.

constitucional adotada majoritariamente pelo Judiciário para o julgamento de tais lides já foram exaustivamente deduzidas em diversos trabalhos acadêmicos, tanto no campo do Direito[12], como das ciências da saúde[13]. O presente estudo não tem por escopo revisitar tais críticas, mas sim analisar como a judicialização em massa, somada a uma jurisprudência em regra desfavorável à Fazenda Pública (e que restará ainda mais consolidada em desfavor da Administração Pública nas hipóteses em que restarem preenchidos os requisitos recentemente estabelecidos pelo STJ), poderia ou deveria, em razão dos incentivos que gera, impulsionar a Administração à consensualidade.

3. INCENTIVOS RECEBIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: ESTÍMULO À RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS COMO FORMA DE EVITAR A JUDICIALIZAÇÃO

É legítimo que os entes públicos eventualmente discordem juridicamente do entendimento majoritariamente adotado pelo Judiciário quanto ao conteúdo do que se insere no direito fundamental à saúde. Todavia, ainda que possuam alguma aspiração de modificação futura da corrente interpretação judicial, no momento presente a jurisprudência dos Tribunais, em especial quando estiver de acordo com os termos recentemente fixados pelo STJ em julgamento de recurso repetitivo, pode ser encarada como um dado ou um fato posto que os entes réus precisam considerar quando da decisão por suas estratégias de conduta ou quando do desenho de suas organizações internas.

Reforçando a percepção de que a jurisprudência dominante é um fato posto,

12 Como exemplos, v. BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1, n. 1, jul/dez 2008.; IDEM. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público*: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2018.; FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?, *Health and Human Rights Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 33-45, 2009.; TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais – uma perspectiva de Direito e Economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts*: the exclusion of the already excluded. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 24 jan. 2018.; WANG, Daniel Wei Liang. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, 15, pp. 617-641, 2015.

13 Apenas exemplificativamente v. VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde, *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, n. 1, pp. 77-100, 2010.; VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Rev. Saúde Pública*, vol.41, n.2, pp. 214-222, 2007.

há que se observar que se encontram em julgamento os recursos extraordinários nos 566.471 e 657.718, com repercussão geral reconhecida pelo STF, por meio dos quais a Corte pretende fixar, em definitivo, eventualmente até modificando a leitura recentemente realizada pelo STJ quanto ao tema, teses sobre a obrigação de fornecimento, respectivamente, de medicamentos que não se encontrem padronizados para dispensação no SUS e de fármacos sem registro na Anvisa. Ao menos até que ocorram esses novos eventos, a Administração precisará lidar com a jurisprudência como sedimentada no momento e, nesse quadro, adotar escolhas econômica e processualmente racionais.

Ocorre que diversos elementos relacionados à judicialização da saúde indicam que a passiva aceitação do ajuizamento em massa de tais demandas não parece ser uma escolha eficiente para a Administração. Há vários incentivos que indicam que a mais frequente busca pela solução extrajudicial dos conflitos, anteriormente ao possível ajuizamento de demandas, poderia ser uma estratégia racional e consentânea à economicidade, além de estar de acordo com a lógica de uma administração mais consensual.

Com efeito, a análise econômica do Direito apresenta raciocínios úteis para que se compreendam as hipóteses em que a celebração de um acordo, que é uma forma de solução cooperativa para o conflito, seria uma estratégia ótima para os envolvidos[14]. Em linhas gerais, pode-se afirmar que as partes estariam dispostas a celebrar um acordo extrajudicial sempre que por essa via conseguissem obter um resultado ao menos igual ao que esperariam conquistar por meio do litígio em juízo, já se computando os custos envolvidos e a probabilidade de êxito de cada um. Sob outra ótica, mas em idêntico caminho, Richard Posner aponta que a condição necessária para um acordo é a de que a oferta mínima que o potencial autor esteja disposto a aceitar seja inferior ao máximo que o eventual réu estaria disposto a conceder para evitar a disputa[15].

Há ainda que se observar que, caso o réu em potencial pretenda solucionar extrajudicialmente seu conflito, também não restará livre de despesas. Afinal, no mínimo suportará os custos de transação inevitáveis para a pactuação de um acordo, quando não tiver que contar com a assistência profissional para tanto.

14 Sobre o tema, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, pp. 428-435.; SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven (Ed.). *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Oxford: North-Holland, 2007, pp. 268-282.; MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. Análise Econômica do Processo. In: TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 394-399.; POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, pp. 399-458, jun. 1973, pp. 417-429.

15 Cf. POSNER, Richard. Op. cit. pp. 417-418. Há que se ver, todavia, que não se trata de uma condição suficiente, como bem ressalta o autor nas mesmas páginas anteriormente citadas, uma vez que é possível que as partes envolvidas não consigam chegar em um acordo acerca dos exatos termos e montantes envolvidos na negociação. Ou, utilizando-se a nomenclatura de Robert Cooter e Thomas Ulen, não consigam concordar sobre como dividir o excedente cooperativo. Nesse sentido, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. p. 429.

Todavia, parece possível aceitar a hipótese de que os custos necessários para a pacificação extrajudicial de uma disputa são usualmente menores do que aqueles envolvidos em um litígio judicial. Tanto é assim que a maior parte dos conflitos sociais não desaguam no judiciário[16].

Nesse passo, o valor máximo que um potencial réu estaria disposto a conceder para evitar um litígio em juízo seria uma função do que despenderia no caso de êxito em juízo da parte contrária, ponderado pela probabilidade de que a eventual demanda fosse julgada procedente, acrescendo-se, ainda, por um lado, todos os custos que potencialmente suportaria para litigar em juízo e subtraindo-se, por outro lado, os custos que arcaria para entabular uma solução extrajudicial. Por simplificação, aqui se consideram conjuntamente, em cada variável, todo e qualquer custo relacionado a estar em juízo, bem como todo e qualquer custo relativo a solucionar extrajudicialmente o conflito.

Em singela formulação matemática, tal montante máximo a ser potencialmente oferecido pelo réu em uma negociação seria[17]:

$$p.D + C_L - Ce, \text{ em que:}$$

p – probabilidade de procedência da demanda a ser ajuizada pela parte contrária;

D – dispêndio que o réu terá no caso de procedência da demanda;

C_L – custos totais a serem suportados pelo potencial réu para litigar em juízo;

Ce – custos relacionados à solução extrajudicial do conflito;

Especificamente em relação à judicialização da saúde, a equação acima merece algumas observações, que revelarão a existência de diversos incentivos para que os entes públicos busquem a consensualidade e tentem solucionar extrajudicialmente os conflitos com os particulares que manifestem a intenção de ajuizar uma demanda.

A probabilidade de que o processo a ser levado ao Judiciário seja julgado procedente é bastante alta, conforme estudos empíricos a que já se fez referência. Com algum esforço estatístico, a Administração poderia identificar quais hipóteses são reiteradamente acolhidas e quais são rechaçadas pelo Judiciário, adotando estratégias de conciliação ou não, a depender do resultado histórico em juízo daquele tipo de feito.

O dispêndio, por sua vez, muito provavelmente ocorrerá efetivamente caso a pretensão autoral seja acolhida pelo Judiciário. Afinal, na hipótese de a Admi-

16 A hipótese de que, em geral, os custos envolvidos em uma negociação extrajudicial são menores do que aqueles que devem ser suportados para se litigar juízo é também adotada pela literatura que se debruça sobre o tema. Exemplificativamente, v. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Op. cit. pp. 429-430.; e POSNER, Richard. Op. cit. p. 417

17 A equação aqui apresentada, com singelas modificações, baseia-se em POSNER, Richard. Op. cit. p. 419.

nistração tardar a cumprir voluntariamente a decisão judicial, a jurisprudência admite a constrição patrimonial dos entes públicos para a imediata satisfação da obrigação, inclusive por meio do arresto de verbas públicas, mediante posterior prestação de contas a ser realizada pela parte beneficiada[18].

Em relação aos custos para litigar em Juízo, os entes públicos arcam com as despesas associadas à manutenção, em seus quadros, de advogados públicos e do pessoal que os auxiliam, bem como com a estrutura física e material imprescindível para o desempenho de suas funções. É usual que no corpo dos órgãos de representação judicial existam advogados públicos que se dedicam exclusivamente à defesa do ente em ações concernentes ao direito à saúde. Naturalmente, a despesa pública necessária para a manutenção de tal estrutura não é desprezível.

Especificamente quanto aos Estados e à União, há outro fator a ser destacado no que tange aos custos dos litígios judiciais. De fato, o dispêndio de tais entes não se limita ao corpo de advogados públicos e à estrutura correlata. Também arcam com os custos advocatícios da parte contrária quando assistida pela Defensoria Pública[19]. Custeiam, em adição, a atuação do Ministério Público, eventualmente necessária em tais feitos. Suportam, ainda, a maior parte das despesas concernentes à manutenção, em suas esferas, do Poder Judiciário, que irá processar e julgar, dentre outras causas, aquelas atinentes à judicialização da saúde, com a frequente concessão do benefício da gratuidade de justiça.

Convém ressaltar que o custo para a processamento e julgamento de uma demanda judicial é bastante expressivo. De acordo com a pesquisa denominada Índice de Desempenho da Justiça – IDJus, do Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro do Instituto Brasiliense de Direito Público, o custo médio de um processo no Brasil poderia ser estimado em R$ 2.369,73[20]. Tratando

18 Em julgamento conforme procedimento previsto para recursos repetitivos, o STJ firmou a tese de que "tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação". Nesse sentido, v. Resp no 1069810, Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento 23 out. 2013.

19 É de se ver que, em estados como o Rio de Janeiro e o Rio Grande do Sul, a maior parte dos demandantes já são patrocinados pela Defensoria Pública. Todavia, conforme apontado por Daniel Wei Liang Wang, essa não parece ser uma realidade nacional. Segundo os dados por ele compilados, à exceção do que ocorre nos estados do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, a maior parte dos litigantes são representados por advogados privados. Nesse sentido, v. WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers*: the problem, the responses to the problem and problems in the responses, p. 14. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2018.

20 O dado se refere ao ano de 2013. O custo médio do processo foi definido e calculado dividindo-se a despesa total da Justiça pelo número total de processos baixados. Para os dados, v. Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro. *Índice de Desempenho da Justiça – IDJus 2013*, p. 39. Disponível em: <http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23.02.15.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

apenas de execuções fiscais, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA já apontou que o custo médio provável dos insumos diretamente empregados no processamento dos feitos em primeira instância seria de R$ 1.854,23[21]. Independentemente das críticas metodológicas que eventualmente possam ser tecidas a tais estudos, certo é que não será irrelevante o custo médio a ser suportado pelo Poder Público tão somente em razão da tramitação e julgamento de uma demanda judicial.

Portanto, diferentemente do que ocorre com os particulares ou até mesmo com os Municípios, uma demanda judicial acarreta, para Estado e União enquanto réus, custos que não se limitam àqueles atinentes às suas próprias defesas em juízo. Assim, em especial para tais entes públicos, os custos de um litígio judicial são bastante elevados. Tal circunstância precisa ser considerada para o cálculo sobre a racionalidade, economicidade e eficiência de celebração de um acordo, prévio à existência da demanda judicial, para a solução extrajudicial de um conflito.

Nesse cenário, cabe perceber de plano que, para os entes públicos, não parece razoável permitir o ajuizamento de uma demanda cuja pretensão seja a de obter um item em saúde que tenha custo menor do que o custo total que suportarão em razão do litígio.

Indo além, com algum esforço estatístico, os entes públicos poderiam tentar identificar as hipóteses em que a sucumbência em juízo é muito provável, quando não certa, uma vez que, nesses casos, alcançar uma solução extrajudicial para o conflito significaria ao menos economizar a diferença entre os custos atinentes à judicialização e os custos relacionados à solução extrajudicial, que são usualmente menores.

Por exemplo, é de duvidosa racionalidade que o ente público permita o ajuizamento em face de si de uma demanda atinente a uma prestação que já se encontra padronizada para dispensação pelo SUS, mas que, eventualmente, por irregularidade do estoque, não se encontre à disposição na ponta do sistema. Ora, nessas hipóteses, o próprio ente público já se obrigou a fornecer o item, não havendo, como regra, resistência jurídica capaz de evitar o acolhimento dos pedidos autorais, sendo a sucumbência praticamente certa, portanto. A solução extrajudicial do conflito, no caso, ao menos permitiria a economia dos custos de judicialização.

Reconduzindo-se o raciocínio à equação vista acima, para o ente público réu seria vantajoso solucionar extrajudicialmente o conflito oferecendo um valor

21 O IPEA buscou diferenciar o custo médio total provável da execução fiscal, que seria de R$ 4.685,39, do custo médio das movimentações do processo, no valor de R$ 1.854,23, que excluiria os custos dos processos parados e da mão-de-obra empregada em atuações do Judiciário que não estão relacionadas às suas atividades-fim. Para tanto, v. IPEA. *Comunicados do IPEA no 83* – Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal, pp. 9-10. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

máximo equivalente a p.D + C_L – Ce. No caso de alta probabilidade de procedência da demanda (p), um acordo em que simplesmente se aceitasse ofertar extrajudicialmente o tratamento requerido já seria uma estratégia racional e amparada pela eficiência e economicidade, haja vista que provavelmente representaria um dispêndio menor do que o teto que a entidade deveria estar disposta a pagar para evitar a judicialização da questão, em sendo suficientemente baixos os custos para solução extrajudicial (Ce) e suficientemente altos os custos de litígio (C_L). Sob a ótica de Estados e União, a propensão ao acordo deveria ser ainda maior, haja vista que o custo para litígio (C_L) envolve também os custos de processamento e julgamento do processo e, possivelmente, os custos advocatícios da parte contrária, o que torna o valor gasto por estar em juízo bastante elevado.

No mais, embora não seja este o cerne da presente análise, cabe destacar que a solução do conflito pela via da consensualidade, além de consentânea à economicidade e à eficiência, também promove mais eficazmente os direitos fundamentais em jogo, uma vez que os pacientes passam a ter acesso, de modo mais célere, às prestações em saúde necessárias para o tratamento de seus quadros clínicos. Portanto, sob diversas óticas, a atuação aqui defendida está de acordo com a tutela do interesse público.

4. A EXPERIÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

No Estado do Rio de Janeiro, há alguns anos iniciou-se um projeto que buscava reduzir a quantidade de novas demandas ajuizadas em face do Poder Público por meio de maior consensualidade na solução dos conflitos atinentes à pretensão de recebimento de prestações em saúde. Por meio do Termo de Convênio n° 003/0504/2012, firmado entre Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Secretaria de Estado de Saúde, Defensoria Pública Geral do Estado, Tribunal de Justiça do Estado, Procuradoria Geral do Município, Secretaria Municipal de Saúde e Defensoria Pública da União, criou-se a Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS.

A CRLS tem por escopo receber e atender os potenciais assistidos das Defensorias Públicas, que estariam dispostos a ajuizar, se fosse o caso, uma demanda judicial em face dos entes públicos, e buscar a solução administrativa para oferta do serviço ou prestação em saúde de modo a evitar o surgimento de um processo judicial. Caso não se revele possível obter a solução extrajudicial, os pacientes são encaminhados para atendimento, no mesmo local, pelos Defensores Públicos ali lotados, que podem promover, se entenderem cabível, o ajuizamento da demanda em face dos entes públicos.

O êxito na solução administrativa dos casos gradativamente cresceu ao longo dos anos e acabou por se revelar bastante expressivo. Em 2013, ano da inauguração da CRLS, 35,26% dos casos recebidos receberam solução adminis-

trativa. Em 2016, pela primeira vez tal percentual de solução superou a metade dos casos tratados, alcançando 53,82% dos pleitos recebidos pela Câmara. Em 2017, o percentual de encaminhamento administrativo atingiu a marca de 62,74% dos casos[22].

Por tais percentuais verifica-se que uma quantidade relevante de processos judiciais em potencial deixou de ser inaugurada ante o fato de que os entes públicos conseguiram habilmente satisfazer administrativamente as demandas apresentadas pelos particulares.

Tal resultado apresenta duas facetas positivas: primeiramente, o direito fundamental à saúde dos administrados acabou por ser tutelado de maneira mais célere e mais efetiva, mediante a satisfação da pretensão diretamente pela Administração, afastando-se a necessidade de ajuizamento de uma demanda judicial em potencial; em adição, ainda que arcando com significativa parcela dos custos necessários à criação de uma estrutura administrativa para a solução consensual dos conflitos (suportados, em parte, também por Município do Rio de Janeiro e pala União Federal), o Estado consegue por meio da CRLS evitar os custos que adviriam, como explicado na seção anterior, do ajuizamento e processamento de tais demandas em potencial perante o Judiciário.

Convém esclarecer, todavia, que na prática a CRLS atualmente somente consegue evitar o ajuizamento de demandas relacionadas a prestações que já se encontram padronizadas para dispensação pelo SUS. No momento, não se pactua, ainda, o fornecimento de prestações que exorbitem o SUS.

Entretanto, nos termos da seção anterior, haveria espaço para a mais ousada busca na solução extrajudicial de conflitos, em especial nos casos em que seja alta a probabilidade de procedência de uma demanda judicial. Afinal, em tais hipóteses, um acordo para ofertar extrajudicialmente a prestação requerida provavelmente representaria um dispêndio menor do que o teto que o ente deveria estar disposto a pagar para evitar a judicialização da questão, em sendo suficientemente baixos os custos para solução extrajudicial e suficientemente altos os custos de litígio.

Nesse passo, a oferta de itens, ainda que não padronizados pelo SUS, poderia, em alguns casos, a serem adequadamente identificados pela Administração, também representar a melhor estratégia de atuação, ante o sistema de incentivos com o qual o Poder Público se depara na matéria.

Tentando seguir esse caminho, o Estado do Rio de Janeiro publicou o Decreto nº 45.034/2014, que pretendia regulamentar o procedimento para a realização de acordos, no âmbito da Câmara de Resolução de Litígios em Saúde existente naquele ente público, visando ao fornecimento extrajudicial de medicamentos.

22 SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS – Relatório Interno*. Jan-Abr. 2018.

O mencionado decreto previa diversos requisitos para a celebração da pactuação, dentre os quais figurava que as tratativas somente poderiam se dar sobre patologias e medicamentos, a serem indicados pela Secretaria de Saúde, relativos a hipóteses em que o Estado já houvesse sido condenado pelo Judiciário, em decisão de mérito confirmada em segundo grau de jurisdição, ao fornecimento da prestação. No mais, dentre outras exigências, os fármacos deveriam ser registrados pela Anvisa, os pacientes deveriam apresentar laudo e receita médica atualizados emitidos por profissional habilitado vinculado ao SUS que demonstrassem a necessidade de utilização do produto e deveria haver parecer elaborado por comitê técnico indicado pela Secretaria de Estado de Saúde que, após a avaliação dos documentos médicos do paciente, concluísse fundamentadamente pela necessidade de utilização do medicamento em razão da inexistência de alternativa terapêutica já incorporada ao SUS para o tratamento da patologia ou, quando houvesse, pela impossibilidade de sua utilização pelo interessado.

Todavia, a despeito do avanço que tal decreto poderia representar para solução consensual de conflitos em saúde, até o momento da elaboração do presente artigo o seu teor ainda não havia sido efetivamente implementado na rotina da Administração Pública, inexistindo, salvo equívoco, notícias de acordo celebrado sob seu fundamento.

5. HIPÓTESES EXPLICATIVAS PARA QUE A SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL SEJA POUCO FREQUENTE

Se os entes públicos se deparam com uma estrutura de incentivos que os deveria conduzir ao maior empenho na tentativa de obtenção de soluções consensuais dos conflitos em potencial, por que tais acordos parecem ser pouco frequentes no dia-a-dia da Administração? Apresentam-se, abaixo, cinco possíveis hipóteses explicativas. Como se verá, tais fatores podem ou dificultar a correta percepção dos incentivos que são postos à Administração ou até mesmo podem de fato os modificar, tornando menos óbvia a opção pela conciliação, ao menos para todas as entidades federativas que frequentemente figuram no polo passivo das demandas em tela. Em alguma medida, tais hipóteses possivelmente também ajudam a explicar o porquê de a experiência do Rio de Janeiro relativa à consensualidade na solução extrajudicial de conflitos não haver avançado, na prática, em toda a sua potencialidade.

5.1. DIFERENÇA ENTRE CUSTOS MARGINAIS E CUSTOS MÉDIOS

O custo médio de litigio relativo a cada demanda judicial pode ser significativo, nos termos acima expostos. Todavia, o custo marginal, ou seja, o custo para atuar em um processo judicial a mais, pode não ser tão expressivo.

Com efeito, a estrutura administrativa e o corpo burocrático da advocacia pública, do Poder Judiciário, do Ministério Público e das Defensorias Públicas já

se encontram montados e em operação, razão pela qual o incremento de uma demanda a mais, por si só, não representa um impacto financeiro considerável.

Assim, somente soluções sistêmicas – que evitem uma quantidade expressiva de demandas – impactariam na estrutura de custos totais suportados pelos entes públicos e permitiriam a reorganização dos agentes públicos envolvidos para o desempenho de outras atividades dentro de seus órgãos.

5.2. INEXISTÊNCIA DE DADOS OBJETIVOS PARA A TOMADA DE DECISÕES RACIONAIS

A Administração Pública brasileira não está habituada a coletar dados úteis para subsidiar a sua tomada de decisão. Informações objetivas, atinentes a custos de suas estruturas administrativas ou a resultados obtidos nos litígios em que se insere, possivelmente não estão disponíveis na maior parte dos entes federativos. Nesse cenário, o emprego de métodos quantitativos não faz parte da rotina da Administração de boa parte dos entes federativos.

Assim, é provável que, em regra, o Poder Público, no momento presente, sequer tenha as informações necessárias para verificar, matematicamente, se a celebração de um acordo extrajudicial, além de eventualmente auxiliar a promover o direito fundamental de um particular de modo mais imediato, poderia também ser uma medida eficiente e de acordo com a economicidade para a Fazenda.

Sem a presença de dados objetivos e confiáveis e inexistindo cálculo de custos envolvidos, a opção pela solução extrajudicial pode se tornar pouco intuitiva para o gestor público.

5.3. LITIGÂNCIA EM LITISCONSÓRCIO PASSIVO E AUSÊNCIA DE REGRAS OBJETIVOS QUANTO A QUEM SUPORTARÁ OS ÔNUS FINANCEIROS EM CADA HIPÓTESE

As demandas judiciais nas quais se pleiteiam prestações de saúde são rotineiramente ajuizadas mediante a constituição de litisconsórcio passivo entre os entes públicos envolvidos, em especial entre o Estado e a municipalidade em que o autor reside.

Segundo o entendimento jurisprudencial consolidado pelo STF, reafirmando quando do julgamento do recurso extraordinário nº 855.178, os entes federados teriam responsabilidade solidária quanto ao fornecimento de tratamento médico adequado. O entendimento merece críticas doutrinárias sob diversos aspectos[23], mas aqui cabe observar os incentivos que acaba por produzir.

Quando o objeto da controvérsia judicial se refere a uma prestação que não

23 Para tanto, v. SARMENTO, DANIEL; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.) *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

está padronizada no SUS, ou seja, em relação a qual nenhum ente público obrigou-se ao fornecimento, não existe um critério inequívoco para a definição de qual pessoa jurídica teria o primário dever de cumprir o comando judicial. Em se tratando de uma responsabilidade solidária, qualquer um deles pode ser demandado, independentemente da espécie de prestação, para o cumprimento imediato, o que leva alguns Magistrados a, por vezes, direcionar a determinação em um primeiro momento a apenas um dos entes, que lhes pareça estar em melhor posição para arcar com o comando. Embora compensações financeiras ou outras medidas de cooperação pudessem ocorrer entre as entidades federadas que restaram solidariamente condenadas, na prática tais mecanismos nem sempre existem de fato.

Nesse passo, pode-se imaginar um Município que acabe por suportar ônus muito além daqueles previstos na repartição de competências do SUS ou um Estado que, em razão da judicialização, rotineiramente assuma atribuições que tipicamente deveriam ser dos Municípios ou da União.

Assim, a depender de como se posiciona quanto ao atendimento dos comandos judiciais em seu desfavor, um ente público pode enfrentar maiores ou menores incentivos à conciliação prévia, uma vez que, na realidade da judicialização e das práticas administrativas de um determinado lugar, algumas entidades federativas podem acabar por suportar maiores ou menores ônus financeiros do que outras para atender os comandos judiciais.

5.4. POTES ORÇAMENTÁRIOS DIVERSOS

Não são apenas os diferentes entes públicos que lidam com incentivos diversos entre si. Mesmo dentro de uma mesma pessoa jurídica, seus diferentes órgãos podem observar incentivos distintos, que acabarão por justificar diferentes comportamentos sobre um mesmo tema.

Observou-se anteriormente que União e Estados se deparam com custos de litígios significativos. Além disso, caso restem derrotadas judicialmente, deverão ainda, naturalmente, arcar com a prestação requerida.

Ocorre que, embora todos os custos devam ser suportados pela pessoa jurídica, os órgãos que arcarão com tais despesas possivelmente serão distintos. Com efeito, no caso de sucumbência do ente, a obrigação de direito material atinente ao objeto da demanda será cumprida pelo Ministério ou Secretaria de Saúde. Já os custos concernentes, por exemplo, ao funcionamento adequado do Judiciário não possuem relação com os órgãos especializados em saúde. Em outros termos, para o Ministério ou para as Secretarias de Saúde, o custo relativo à existência, por si só, de uma demanda judicial a mais (ou seja, o custo atinente à movimentação da máquina judiciária e dos demais órgãos a ela relacionados) será zero ou praticamente zero. Tal despesa estará relacionada a outro órgão daquela entidade administrativa, como, hipoteticamente,

ao Ministério ou Secretaria da Fazenda ou do Planejamento, responsável por repassar o orçamento devido ao Judiciário. Para o Ministério ou a Secretaria de Saúde, o único custo relevante será aquele atinente ao efetivo cumprimento da obrigação.

Veja-se que, assim, as diferentes espécies de custos atinentes à judicialização incidem sobre potes orçamentários diversos entre si. Como cada órgão é afetado apenas por uma parcela dos custos que recaem sobre o ente público, restam incentivados a considerar em suas estratégias tão somente os custos suportados por si, e não pela pessoa jurídica como um todo. Caberia, assim, ao ente público envolvido computar e somar as diferentes despesas suportadas por seus órgãos, o que exigiria adequada coordenação entre as suas diferentes unidades de poder.

5.5. POUCA COORDENAÇÃO ENTRE DIFERENTES ÓRGÃOS E ENTES

Os diferentes órgãos que suportam distintos custos atinentes à judicialização integram uma única pessoa jurídica. Portanto, as decisões estratégicas da Administração Pública deveriam idealmente considerar os custos integrais suportados pelo ente, e não os incentivos com os quais cada um dos seus órgãos se depara.

Igualmente, ainda que o comando judicial seja, em um primeiro momento, cumprido integralmente apenas por um dos entes que figura no litisconsórcio passivo, os demais poderiam compartilhar da responsabilidade, nos termos pactuados entre os diferentes entes públicos envolvidos.

Todavia, por vezes, a coordenação entre diferentes órgãos e a ainda mais complexa coordenação entre diferentes entes públicos não ocorre como se poderia idealmente imaginar, razão pela qual as diferentes esferas podem adotar estratégias e comportamentos de acordo com as escolhas que sejam racionais para melhor atenderem seus interesses individuais.

6. RELEVANTE PAPEL A SER DESEMPENHADO PELA ADVOCACIA PÚBLICA

As hipóteses acima suscitadas relevam algumas possíveis dificuldades de assimetria informacional e de coordenação entre diferentes órgãos de uma mesma pessoa jurídica ou entre entes públicos diversos.

Nesse cenário, a advocacia pública parece bem situada para a melhor coordenação de interesses divergentes e para contribuir na obtenção dos dados necessários para a melhor tomada de decisão. Aliás, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da Administração, bem como de controle da juridicidade dos atos do Poder Executivo, é inerente à atuação da advocacia pública a busca pelo aprimoramento das práticas da Administração quando puderem resultar em melhor tutela de princípios constitucionais da administração e em mais adequada promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Com efeito, por seu contato diário com as demandas da espécie, os órgãos de advocacia pública podem contribuir com as unidades de poder especializadas em saúde para a identificação dos casos que são reiteradamente acolhidos pelo Judiciário e que, assim, deveriam receber maior atenção quanto à possibilidade de conciliação prévia para evitar o surgimento de processos judiciais.

Além disso, a advocacia pública também pode auxiliar no convencimento dos gestores quanto à economicidade, em relação ao ente público como um todo, da adoção de determinadas medidas de solução prévia de conflitos. Afinal, essa percepção por vezes somente poderá ser identificada por atores que consigam enxergar os diversos custos suportados pelo ente, e não apenas aqueles que atingem determinadas Secretarias ou Ministérios isoladamente.

No mais, a advocacia pública possui maior capacidade institucional para formular, de acordo com a evolução da jurisprudência e das normas do SUS, os requisitos que deveriam ser atendidos pelos pacientes para que possam se habilitar como possíveis beneficiários de tal acordo extrajudicial com a Administração. No Rio de Janeiro, dentre os requisitos que restaram formalizados em um decreto figuravam, como dito, que os fármacos fossem registrados pela Anvisa, que os laudos apresentados fossem emitidos por profissional habilitado vinculado ao SUS e que comitê técnico concluísse fundamentadamente pela necessidade de utilização do medicamento em razão da inexistência de alternativa terapêutica já incorporada ao SUS para o tratamento da patologia ou, quando houvesse, pela impossibilidade de sua utilização pelo interessado

A experiência do Rio de Janeiro reforça a percepção do relevante papel a ser desempenhado pela advocacia pública na ampliação das hipóteses de conciliação, uma vez que o esforço de criação e organização da Câmara de Resolução de Litígios originou-se da atuação da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro, embora haja contado, também, com a adesão e colaboração, ao longo do percurso, de outros órgãos relevantes para o êxito do projeto.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS E PROPOSIÇÃO

Ao longo do presente trabalho, foram examinados os incentivos econômicos que conduzem à judicialização em massa, bem como de que modo tal realidade posta acarreta ou deveria acarretar incentivos para que a Administração busque a solução extrajudicial de conflitos.

As principais conclusões expostas, obtidas a partir dos dados e argumentos deduzidos, podem ser sintetizadas nos seguintes termos:

1. A judicialização da saúde é um fenômeno que, pela quantidade de demandas judiciais envolvidas, consome uma quantidade expressiva de recursos – humanos e financeiros – do Poder Público;
2. As demandas por prestações de saúde são amplamente acolhidas pelo Judiciário, que apresenta, em geral, uma compreensão bastante abran-

gente quanto ao que estaria contido no direito à saúde constitucionalmente previsto;

3. Considerando o entendimento judicial majoritário como um dado ou fato posto – que tende a não se alterar ao menos até o julgamento em definitivo dos pontos juridicamente controvertidos pelo Supremo Tribunal Federal – a Administração Pública se depara com incentivos para a busca por soluções extrajudiciais dos conflitos;
4. Especialmente para União e Estados, a propensão ao acordo deveria ser maior, haja vista que os seus custos para litígio judicial englobam também aqueles relativos ao processamento e julgamento das demandas e, possivelmente, os custos advocatícios da parte contrária, quando os pacientes-autores são assistidos pela Defensoria Pública. Com isso, seus custos totais para figurarem em um litígio judicial são bastante expressivos;
5. Todavia, apesar do cenário que aponta para a racionalidade da mais efetiva busca pela solução judicial dos conflitos, tais acordos, na prática, não parecem ser frequentes. Apresentam-se, assim, cinco hipóteses explicativas para essa realidade, quais sejam, a diferença entre os custos marginais e os custos médios suportados pelo Poder Público, a inexistência de dados objetivos para a tomada de decisões racionais, a litigância em litisconsórcio passivo somada à ausência de regras objetivas quanto a quem suportará os ônus financeiros em cada hipótese, o fracionamento orçamentário entre os diferentes órgãos e a pouca coordenação entre diferentes órgãos e entes. Tais hipóteses, se comprovadas, a depender da realidade de cada ente público, podem de fato dificultar a correta compreensão dos incentivos que se colocam para a Administração ou até mesmo os modificar, talvez tornando a opção pela conciliação menos atraente para algumas das entidades federativas.

Nesse cenário, a advocacia pública poderia contribuir para a melhor coordenação entre os diferentes órgãos da Administração e para a identificação das hipóteses em que as soluções extrajudiciais dos conflitos deveriam ser buscadas.

Assim, em atenção especificamente às Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal, formula-se como **proposição**: "As Procuradorias Estaduais e do Distrito Federal devem envidar esforços para, em conjunto com os demais órgãos pertinentes da Administração e em cooperação com outros entes públicos envolvidos, identificar as hipóteses de demandas por prestações em saúde em que, ante a alta probabilidade de sucumbência em juízo, dever-se-ia buscar a resolução extrajudicial do litígio, ainda que mediante o fornecimento imediato da prestação almejada, desde que atendidos determinados requisitos a serem estabelecidos em ato normativo, com o escopo de evitar o dispêndio com os altos custos relacionados à judicialização do conflito".

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. *Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo*. Ano 1, n. 1, jul/dez 2008.

_____. O direito constitucional à saúde: o caminho percorrido e algumas reflexões para o futuro. In: FERRARI, Sergio; MENDONÇA, José Vicente. *Direito em público*: homenagem ao professor Paulo Braga Galvão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: Direito à Saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/saude/Saude_-_judicializacao_-_Luis_Roberto_Barroso.pdf>. Acesso em: 09 de janeiro de 2018.

CARVALHO, Victor Aguiar de. *A política pública na caneta do médico*: avanços e incertezas no julgamento sobre fornecimento de medicamentos não incorporados ao SUS. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-politica-publica-na-caneta-do-medico-19052018>. Acesso em: 12 jun. 2018.

Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro. *Índice de Desempenho da Justiça – IDJus 2013*. Disponível em: <http://cpjus.idp.edu.br/wp-content/uploads/2015/03/IDJUSn4_relatorio_pesquisa_23. 02.15.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Brasil tem mais de 240 mil processos na área de saúde.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/56636-brasil-tem-mais-de-240-mil-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 03 fev. 2018.

_____. *Justiça em números* – Demandas por classe e assunto – 2016. Disponível em: <http://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT>. Acesso em: 23 jan. 2018.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

FERRAZ, Octavio Luiz Motta. The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?, *Health and Human Rights Journal*, vol. 11, n. 2, pp. 33-45, 2009.

GIAMBIAGI, Fabio. *Capitalismo*: modo de usar – porque o Brasil precisa aprender a lidar com a melhor forma de organização econômica que o ser humano já inventou. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

IPEA. *Comunicados do IPEA no 83* – Custo unitário do processo de execução fiscal na justiça federal, pp. 9-10. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/comunicado/110331_comunicadoipea83.pdf>. Acesso em: 09 mar. 2018.

MACHADO, Marina Amaral de Ávila et al. Judicialização do acesso a medicamentos no Estado de Minas Gerais, Brasil, *Revista de Saúde Pública*, vol. 45, n. 3, pp. 590-598, 2011.

POSNER, Richard A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration, *The Journal of Legal Studies*, vol. 2, n. 2, pp. 399-458, jun. 1973.

PRADO, Mariana Mota. *The Debatable Role of Courts in Brazil's Health Care System: Does Litigation Harm or Help?, Journal of Law, Medicine and Ethics*, Vol. 41, n.1 (Symposium: Global Health and the Law), pp. 124-137, Spring 2013.

SECRETARIA DE ESTADO DE SAÚDE. *Câmara de Resolução de Litígios de Saúde – CRLS – Relatório Interno*. Jan-Abr. 2018.

SARMENTO, DANIEL; TELLES, Cristina. Judicialização da saúde e responsabilidade federativa: solidariedade ou subsidiariedade? In: ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Org.) *Direito Sanitário*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da; TERRAZAS, Fernanda Vargas. *Claiming the Right to Health in Brazilian Courts*: the exclusion of the already excluded. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1133620>. Acesso em: 24 jan. 2018.

SPIER, Kathryn E. Litigation. In: POLINSKY, Mitchell; SHAVELL, Steven (Ed.). *Handbook of Law and Economics*. Vol. 1. Oxford: North-Holland, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. Direito à saúde e a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais – uma perspectiva de Direito e Economia? In: NOBRE, Milton Augusto de Brito; SILVA, Ricardo Augusto Dias da (Coords.). *O CNJ e os desafios da efetivação do direito à saúde.* 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TJRJ. *Processos na área de saúde atingem no TJRJ a marca de mais de meio milhão em 2017*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/home/-/noticias/visualizar/55518>. Acesso em: 14 mar. 2018.

VENTURA, Miriam et al. Judicialização da saúde, acesso à justiça e efetividade do direito à saúde, *Physis - Revista de Saúde Coletiva*, vol. 20, n. 1, pp. 77-100, 2010.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil, *Rev. Saúde Pública*, vol.41, n.2, pp. 214-222, 2007.

WANG, Daniel Wei Liang. *Courts as healthcare policy-makers*: the problem, the responses to the problem and problems in the responses. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11198/RPS_75_final.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 23 jan. 2018.

_____. Right to health litigation in Brazil: The problem and the Institutional Responses. *Human Rights Law Review*, 15, pp. 617-641, 2015.

DIREITO
PROCESSUAL CIVIL

ACORDO EXTRAJUDICIAL DE DANOS NA PGE SÃO PAULO

Cláudio Henrique de Oliveira [1]

RESUMO

O artigo busca analisar a legislação do Estado de São Paulo sobre o Procedimento Administrativo de Reparação de Danos causados pelo Estado propondo melhorias e sistematizações que, ao final, poderão ser compartilhadas pelos colegas dos demais estados. Além da análise normativa, o texto relatará a experiência com um caso concreto e as dificuldades dos procuradores na adoção dos mecanismos de resolução consensual dos conflitos.

CONCLUSÃO

A Lei Estadual nº 10.177/98 trouxe avanços na resolução consensual de conflitos indenizatórios no âmbito do Estado de São Paulo. Contudo, sua aplicação no dia-a-dia é diminuta, seja por falta de informação ou interesse dos particulares, seja pelo excesso de burocracia da Administração que desestimula a postura de conciliação pelos próprios Procuradores. Propõe-se, portanto, a atualização do diploma legislativo, com o consequente aprimoramento do decreto de regulamentação e das Rotinas do Contencioso; divulgação da existência de instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos com a Administração Pública; além do trabalho junto ao Poder Judiciário no sentido de extinguir ou, ao menos, suspender os processos em que não foi demonstrado o interesse de agir diante da ausência de submissão prévia da questão ao procedimento administrativo de conciliação.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo analisar, divulgar e propor melhorias ao sistema normativo de resolução consensual de conflitos de natureza não-tributária, especialmente litígios indenizatórios, no âmbito do Estado de São Paulo.

Para tanto, serão analisados: a Lei Estadual nº 10.177/98, que inaugurou a possibilidade de a Procuradoria Geral do Estado firmar acordos antes do ajuizamento de ação judicial de reparação de danos; o Decreto Estadual nº 44.422/99, que regulamenta a lei ordinária; a Resolução PGE nº 17, de 28 de junho de 2017, que institui as rotinas do Contencioso Geral Não-tributário, notadamente os procedimentos de conciliação envolvendo a Fazenda Autora e a Fazenda ré.

1 Procurador do Estado de São Paulo. E-mail: claudiooliveira@sp.gov.br.

Após a análise formal dos diplomas legislativos, serão abordadas as antinomias encontradas entre as normas, a forma de pagamento da indenização reconhecida e a aplicação prática do instituto.

Em continuidade, será aberto capítulo para análise do caso envolvendo tiroteio dentro de Delegacia de Polícia de Santo André – processo judicial que este Procurador teve a oportunidade de trabalhar.

Na conclusão, será proposta a melhoria do arcabouço legislativo que fundamenta a atuação do Poder Público na resolução consensual dos conflitos indenizatórios, propondo um sistema mais harmônico e eficaz na apresentação de propostas de acordos pelos Procuradores do Estado.

Por fim, no Anexo, serão elaboradas minutas sugerindo a melhoria da Lei e Resolução que alicerçam a atividade consensual.

O objetivo maior do artigo, portanto, é compartilhar a breve experiência da Procuradoria Geral do Estado na resolução de consensual dos conflitos, permitindo que através de cooperação entre os colegas dos demais Estados, seja sistematizado procedimento simples, objetivo e eficaz com vistas à consensualidade.

2. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RESOLUÇÃO DE DANOS CAUSADOS PELO ESTADO

A Lei Estadual nº 10.177/1988 - que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual - estabelece, em seus artigos 65 a 71, o Procedimento de Reparação de Danos.

Dispõe que aquele que pretender obter da Fazenda Pública ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerer a reparação administrativamente, direcionando o pedido à Procuradoria Geral do Estado [art. 65].[2]

A norma estabelece que o prazo prescricional de reparação dos danos contra o Poder Público é de 5 (cinco) anos[3] e que o protocolo do requerimento sus-

2 A lei estabelece que o pedido será protocolado sempre na Procuradoria Geral do Estado, mas que a decisão poderá ser do Procurador Geral do Estado ou do Dirigente da Entidade Descentralizada, dando a entender que cabe à PGE receber e encaminhar os requerimentos quando o ato ilícito foi praticado por ente da administração indireta. É certo que o Estado de São Paulo ruma para uma carreira única de Procuradores do Estado, mas ainda subsiste a carreira dos autárquicos, de forma que o melhor é estabelecer que o protocolo será dirigido à Procuradoria Geral do Estado apenas se o ato for praticado por agente público da Administração Direta, se o evento for causado por agente da Administração Indireta, o requerimento deverá ser protocolado junto à entidade descentralizada – sem prejuízo da autoridade pública dar o devido encaminhamento caso o protocolo tenha sido realizado em local equivocado.

3 O Superior Tribunal de Justiça definiu que a prescrição contra o Poder Público é de 5 (cinco) anos nos termos do art. 1 do Decreto nº 20.910/32. Contudo, estranhamente, a cartilha da Procuradoria Geral afirma que o prazo prescricional é de 3 anos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo nº 553: REsp nº 1.251.993/PR**. 1ª Seção. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 12/12/2012.

pende[4] a prescrição da pretensão até o encerramento do procedimento.

O procedimento é instruído e presidido por Procurador do Estado ou Procurador Autárquico, cabendo ao Procurador Geral do Estado ou ao Dirigente da entidade descentralizada decidir o requerimento, submetendo a decisão por remessa necessária ao governador do Estado nas hipóteses previstas em regulamento. A competência decisória pode ser delegada, caso em que o delegante atuará como instância recursal máxima.

O acolhimento total ou parcial do pedido gera a "inscrição do valor atualizado". Os valores inscritos até 1º de julho serão pagos até o último dia útil do exercício seguinte, à conta de dotação orçamentária específica[5]. Se o pagamento não for realizado no prazo previsto, a Administração poderá notificar o interessado indicando que seu requerimento foi indeferido.[6]

O acolhimento do pedido pelo Poder Público, com a futura desistência do interessado ou da própria Administração, não gera o reconhecimento do pedido para eventual ação judicial e não pode ser utilizado como fundamento da demanda. Sobre o valor reconhecido incidirá apenas correção monetária, afastando juros e honorários advocatícios.

Ainda no caso de acolhimento do pedido pelo Poder Público, o Procurador do Geral do Estado determinará a instauração de procedimento para apurar a responsabilidade do agente público se houve culpa *lato sensu*. Verificada a responsabilidade do agente, este será intimado para recolher aos cofres públicos o valor do prejuízo suportado pelo Poder Público.

O Decreto nº 44.422/99 inova ao estabelecer que: (i) o interessado deve declarar a inexistência de ação judicial ou, se o caso, deve desistir de eventuais ações em curso (ii) em caso de acidente de veículos, pode ser exigido que a prova do dano esteja arrimada em laudo de vistoria emitido por órgão estadual (iii) além do Procurador-Instrutor [responsável pelo processamento do requerimento e relatório final] poderá ser designado Procurador-curador para atuar na defesa dos interesses do Poder Público, inclusive com poder recursal (iv)

4 Considerando que a suspensão e interrupção de prescrição envolve Direito Civil – matéria de competência legislativa privativa da União [art. 22, I da CF] -, questão interessante [mas que foge ao escopo do presente artigo] é saber se a lei estadual pode criar uma hipótese de suspensão ou interrupção da prescrição. Vale lembrar que o artigo 202 do Código Civil não prevê a interrupção pelo mero pedido administrativo de reparação de danos.

5 Apesar de parecido com o sistema de pagamento de Precatório, em uma interpretação literal, o valor obrigatoriamente deverá ser pago até o final do exercício financeiro seguinte – enquanto a dívida de Precatório normalmente não é paga dentro deste prazo. Ademais, as preferências constitucionais em favor do crédito alimentar, idoso ou pessoa com doença grave não se aplicam, sendo uma fila única.

6 Causa espécie que a Administração Pública, com respeito ao princípio da boa-fé, possa simplesmente indeferir o acordo celebrado apenas porque ela própria descumpriu a avença. Trata-se de cláusula potestativa pura [art. 122 do Código Civil] que dificilmente terá sua validade reconhecida pelo Poder Judiciário por inexistir elemento público suficiente para conferir o tratamento diferenciado em favor do ente federado.

da decisão originária do dirigente superior da entidade descentralizada caberá pedido de reconsideração a mesma autoridade, atuando o Governador apenas no caso de remessa necessária (v) em sendo a pessoa pobre, os Procuradores do Estado poderão dar início ao respectivo processo administrativo de reparação de danos.[7]

O decreto escalona a competência da instrução e o cabimento da remessa necessária ao valor da indenização reconhecida. A indenização de até R$ 25.000,00 será processada pelo Procurador-Instrutor, com remessa necessária ao PGE se a indenização superar R$ 10.000,00. Se a indenização superar a competência do Procurador-Instrutor, a função será exercida pelo Procurador Geral do Estado, com remessa necessária ao Governador se a indenização superar R$ 50.000,00.[8]

Em caso de pretensão envolvendo pensionamento, deverá ser levado em consideração o valor total da indenização reconhecida, incluídas as verbas vencidas e vincendas. Nesse caso, somente haverá remessa necessária ao Governador se a indenização superar R$ 100.000,00.

Por fim, a norma inferior delega a função atribuída ao Governador para o Secretário do Governo e Gestão Estratégia.

No site da Procuradoria Geral do Estado - http://www.pge.sp.gov.br/ - no canto inferior aparece o *link* "Procedimento Administrativo de reparação de danos causados pelo Estado", ao clicar no item, abre-se uma aba com uma cartilha didática explicando o procedimento adotado pelo Poder Público.

Um dos pontos que mais chama a atenção é o vocabulário utilizado para aproximar o tema ao cidadão que, muitas vezes, não conhece os termos técnicos utilizados no ambiente jurídico - ao invés da expressão "agente público", prefere-se "funcionário estadual"; no lugar de "Fazenda Pública", utiliza-se "Estado".

A cartilha informa que o interessado pode atuar sem a assistência de advogado, mas não esclarece sobre a assistência da Defensoria Pública ou do Procurador do Estado [hipótese expressamente prevista no decreto]. Informa, ainda, que a intimação será feita diretamente ao advogado ou, se o caso, à parte através de carta com aviso de recebimento, cabendo ao interessado manter o endereço atualizado.

Outras previsões da cartilha, ora sem respaldo legal ou jurisprudencial consolidado, ora incompatível com a previsão na lei, decreto ou na própria cartilha são:

---

7 O decreto, editado em 1999, surgiu no contexto em que a Procuradoria Geral do Estado de São Paulo acumulava a função de Defensoria Pública – situação que só se encerrou em 2006 com a edição da Lei Complementar Estadual nº 988 de 9 de janeiro de 2006. Assim, o termo 'Procurador do Estado', quanto ao ponto, deve ser lido como 'Defensor Público'.

8 Como será visto mais adiante, a Res. PGE nº 17/2017 adota o critério de Unidades Fiscais do Estado de São Paulo (UFESP) para a definição da competência, a despeito do decreto utilizar valores fixos em reais.

(i) Prazo prescricional contra o Poder Público de 3 (três) anos [quando a lei estadual dispõe 5 (cinco) anos];[9]

(ii) Impossibilidade de acumular a pensão com benefício previdenciário;[10]

(iii) Necessidade de comprovar que o falecido exercia atividade remunerada;[11]

(iv) A pensão paga aos herdeiros será de 2/3 da remuneração auferida pelo *de cujos*, limitada ao casamento/união-estável ou até completar 25 anos de idade;

(v) Pagamento da pensão ao cônjuge-viúvo será até a data que o falecido completaria 65 anos;[12]

(vi) Pagamento de pensão aos pais vigorará até a data na qual o descendente completaria 25 anos porque é a "data provável de casamento,

---

9 Vide nota nº 3.

10 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO CIVIL EX DELICTO. INDENIZAÇÃO. PENSÃO MENSAL À VIÚVA (CC, ART. 1.537, II). PRÉVIO RECEBIMENTO DE PENSÃO ESPECIAL PREVIDENCIÁRIA. EXCLUSÃO DE OFÍCIO DA PENSÃO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 128, 460, 512 E 515 DO CPC. CUMULAÇÃO DAS PENSÕES. POSSIBILIDADE. DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (...).
3 - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que "o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência. A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba" (...).
(REsp 776.338/SC. 4ª Turma. Rel. Min. Raul Araújo. Julgado em 06/05/2014).

11 ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. FALECIMENTO EM SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO. PENSIONAMENTO MENSAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELA VÍTIMA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
(...).
II - Assim, a jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que em caso de responsabilidade civil por morte, é devida a condenação ao pagamento de pensão mensal a familiares do falecido, ainda que a vítima não exerça atividade remunerada.
(AgInt no REsp 1.605.821/RS. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 16/11/2017)

12 Considerando que a expectativa de vida é atualizada periodicamente, seria melhor falar em "o pagamento da pensão ao cônjuge viúvo perdurará pela expectativa de vida do falecido definida na tabela do IBGE ou naquela que lhe substituir". Nesse sentido:
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE. CHOQUE ELÉTRICO. ART. 393 DO CPC/1973. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. NEXO CAUSAL, EXCLUDENTES DE RESPONSABILIDADE, VALOR DE DANOS MORAIS E DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. (...).
3. A jurisprudência desta Corte possui entendimento no sentido de que "a fixação da idade de 65 anos como termo final para pagamento de pensão indenizatória não é absoluta, podendo ser estabelecido outro limite com base com base nas informações do IBGE, no que se refere ao cálculo de sobrevida da população média brasileira" (...).
(AgInt no AREsp 1.032.790/CE. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 08/05/2018).

quando deixaria de sustentar o lar materno"; [13'14]

(vii) A indenização por danos morais pela morte do filho só é devida aos pais se o filho não era casado ou não tinha filhos;[15'16]

(viii) Existência de uma espécie de coisa julgada *secundum eventum litis in probationis*, permitindo que o interessado apresente novo pedido desde que haja prova nova;

(ix) Afirma que o pagamento será realizado "até dezembro do outro ano" quando a lei fala em "até o último dia útil do exercício seguinte".

A cartilha tabela a indenização por danos morais: Morte, 100 a 600 salários-mínimos considerando a proximidade com a vítima e a "expectativa de vida" da vítima; Lesão Corporal, 10 a 300 salários-mínimos; Ofensa à Liberdade, 20 a 300 salários mínimos de acordo com o tempo de prisão; Ofensa à Honra, 20 a 300 salários-mínimos; demais casos, 10 a 500 salários-mínimos.

Após breve resumo do procedimento de ressarcimento, algumas perguntas merecem enfrentamento em artigos específicos: o pagamento da indenização é processado pelo sistema de Precatório? Quais as vantagens e desvantagens do procedimento extrajudicial para o particular? E para o Poder Público? Inadimplido o débito reconhecido, haverá formação de título executivo ou o interessado deve ajuizar ação de conhecimento? Permanece aplicável a previsão de atuação dos Procuradores do Estado em favor da pessoa pobre? O tabelamento

13 O entendimento administrativo, limitando a pensão à 2/3 da remuneração e à idade de 25 anos do falecido, é apenas parcialmente acolhida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, considerando que a corte confere o direito à pensão de 1/3 da remuneração entre a idade de 25 anos e a data que o falecido completaria 65 anos em se tratando de família for de baixa renda. Neste sentido:

RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. FALECIMENTO DE MENOR IMPÚBERE VÍTIMA DE AFOGAMENTO EM PISCINA DE CLUBE ASSOCIATIVO. CULPA IN VIGILANDO. RESPONSABILIDADE CONCORRENTE DOS PAIS. NÃO OCORRÊNCIA. PENSIONAMENTO AOS PAIS. FIXAÇÃO DO TERMO FINAL. DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS DE IDADE, SOB PENA DE JULGAMENTO ULTRA PETITA, ASSEGURADO O DIREITO DE ACRESCER. RECURSO ESPECIAL DA RÉ DESPROVIDO E PROVIDO PARCIALMENTE O DOS AUTORES. (...)

8. Segundo precedentes deste Tribunal, é devido o pensionamento aos pais, pela morte de filho, nos casos de família de baixa renda, equivalente a 2/3 do salário mínimo ou do valor de sua remuneração, desde os 14 até os 25 anos de idade e, a partir daí, reduzido para 1/3 até a data correspondente à expectativa média de vida da vítima, segundo tabela do IBGE na data do óbito ou até o falecimento dos beneficiários, o que ocorrer primeiro. No caso, tendo os recorrentes formulado pedido apenas para que o valor seja pago até a data em que o filho completaria 65 (sessenta e cinco) anos, o recurso deve ser provido nesta extensão, sob pena de julgamento ultra petita.

(REsp 1.346.320/SP. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 16/08/2016).

14 Essa expressão não tem qualquer razão de ser, além de utilizar "lar materno", termo de duvidosa atualidade.

15 A cartilha é inconsistente ao responder à pergunta "quem pode pedir indenização por dano moral", ao não prever a hipótese de os pais requererem o pagamento de indenização.

16 Desconhece norma legal ou jurisprudência que afaste o direito dos pais de serem indenizados pela morte do filho se este era casado ou possuía descendentes.

da indenização pode ser estabelecido por norma infralegal? É imprescindível autorização legal para que a Procuradoria Geral do Estado possa conciliar? A previsão dos artigos 11, §ú da Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Federal [Lei nº10.259/01] e 1º, §1 da Lei de Arbitragem [Lei nº 9.307/96] dispensam a autorização específica em ato normativo estadual[17]?

3. ROTINAS DO CONTENCIOSO NÃO-TRIBUTÁRIO

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, através da Resolução PGE nº 17, de 28 de junho de 2017, aprovou as novas Rotinas do Contencioso Geral – normas procedimentais aplicáveis à atuação não-tributária da instituição.[18][19]

O art. 14, inciso XV da Resolução dispõe que compete ao Procurador-oficiante celebrar acordos ou transações [atuação executiva], enquanto os artigos 19, IX e 20, VI atribuem ao Procurador do Estado Chefe da Unidade ou Procurador do Estado de Chefe de Subprocuradoria autorizar a celebração destes negócios jurídicos conforme o valor envolvido [atuação decisória].

Outrossim, as Rotinas do Contencioso estabelecem dois gêneros de procedimento – Fazenda-autora e Fazenda-ré. Quando o Poder Público é demandado, existem, ainda, duas subespécies de rito: acordo em ação estritamente indenizatória e acordo em ação não-indenizatória.

No procedimento da Fazenda-autora [art. 82], o Procurador do Estado deverá notificar o devedor para comparecer a unidade da Procuradoria para tentativa de cobrança amigável, sendo autorizado o parcelamento sem honorários, juros e correção monetária em: 24 vezes [regra]; 60 vezes, se o interessado for hipossuficiente econômico; 3 vezes, com abatimento de até 50% do valor.

No parcelamento em 3 vezes, com desconto de até 50%, a competência varia conforme o valor proposto: se a proposta for até 1.000 UFESPs, o Procurador poderá decidir de forma independente; entre 1.000 e 10.000 UFESPs, a competência passa para chefia de unidade; sendo do Subprocurador Geral se o valor ficar entre 10.000 e 25.000 UFESPs; e do Procurador Geral acima de 25.000 UFESPs.[20]

Se a pasta de origem já tiver tentado a cobrança amigável, se existirem me-

17 A Lei 12.153/09 – Lei dos Juizados Especiais da Fazenda Pública Estadual – não repete a norma do JEF.

18 SÃO PAULO. Diário Oficial. Resolução PGE-17, de 28-06-2017: Aprova as Rotinas do Contencioso Geral. Disponível em:<ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2017/iels.jul.17/Iels123/E_RS-PGE-17_280617.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2018.

19 Interessante notar que é mais fácil acessar as Rotinas pelo site da Secretaria da Saúde do que pelo próprio site da Procuradoria Geral do Estado [se não for possível utilizar a área restrita do site da PGE].

20 1 UFESP/2018 – R$ 25,70
1.000 UFESPs – R$ 25.700,00
1.135 UFESPs – R$ 29.169,50
10.000 UFESPs – R$ 257.000,00
25.000 UFESPs – R$ 642.500,00.

didas judiciais urgentes ou se o prazo prescricional estiver próximo, o procedimento é dispensado. Nos demais casos, é obrigatória a tentativa de conciliação extrajudicial.

Em caso de inadimplemento do acordo celebrado, o devedor é notificado e é tentada a repactuação da dívida por uma única vez, sendo dispensada nova autorização quando se limitar aos termos da autorização original. Consolidado o não-pagamento, incidirá multa de 5% sobre o débito remanescente e o crédito será inscrito no CADIN-Estadual e levado à protesto.

O procedimento de conciliação extrajudicial não se aplica às ações de responsabilidade por improbidade administrativa ou decorrentes de atos infracionais graves sujeitos à pena de demissão ou ilícitos penais graves.[21]

Com fim de efetivar o controle interno da Administração, as rotinas determinam que os órgãos de execução da PGE instituirão mecanismos de controle e registro para fins estatístico das obrigações assumidas, cumpridas e descumpridas.[22]

No âmbito da Fazenda Ré, o procedimento de conciliação em ação estritamente indenizatória é simplificado [art. 92].

A competência para decidir sobre o acordo também varia conforme o valor proposto, inexistindo previsão de atuação que dispense autorização da chefia. Se o valor for até 1.135 UFESPs, a autorização é da Chefia Imediata; entre 1.135 e 2.500 UFESPs, a autorização é da Chefia da Unidade; entre 2.500 e 5.000 unidades fiscais, exige-se autorização do Subprocurador Geral do Estado; e acima de 5.000 UFESPs, cabe ao Procurador Geral do Estado autorizar o acordo.[23]

Em caso de litisconsórcio ativo ou substituição processual, considerar-se-á o "valor global da causa" para fins de definição da chefia e, em caso de descompasso entre o valor da causa e o conteúdo econômico da lide, deverá prevalecer este último critério.[24]

Na proposta ofertada pela Procuradoria Geral do Estado deve haver redução de, no mínimo, 20% do valor estimado da condenação – com correção monetária, mas sem honorários de advogado. Os juros deverão ser excluídos ou, ao menos, fixado apenas a partir da citação válida. O termo de acordo deve conter cláu-

21 A Resolução não conceitua 'ilícito penal grave'. Podemos interpretar o termo como sendo o crime sujeito à pena de prisão em regime fechado [pena privativa de liberdade acima de 8 anos, nos termos do art. 33 §2, 'a' do CP] ou aquele que justifica a perda do cargo como efeito da sentença criminal condenatória [pena privativa de liberdade acima de 4 anos, nos termos do artigo 92, I, 'b' CP]. Ocorre que o art. 14, I, 'c' dispõe que cabe ao Procurador responsável pelo caso representar à Chefia se entender ser o ajuizamento manifestamente econômico, exceto nos casos de (...) ilícitos penais dolosos. Assim, a resolução transmite a ideia de que o ilícito grave é o doloso, o que não parece a melhor conclusão.

22 Desconhece a existência desse registro no âmbito da instituição.

23 Chama atenção a diferença do número de UFESPs estabelecido na Fazenda Autora [1.000,00] comparado ao da Fazenda Ré [1.135], sendo preferível unificar os valores para fim de definição de competência.

24 É irrelevante o valor atribuído à causa, devendo ser adotado o valor da proposta de acordo.

sula de ampla quitação, com renúncia aos direitos decorrentes do mesmo fato ou fundamento jurídico[25] que deu origem à ação judicial, sendo vedado estabelecer cláusula penal para hipótese de eventual descumprimento do Poder Público.

O art. 95, §2 da Resolução PGE nº17/2017, determina que o acordo submeter-se-á à ordem de pagamento de precatórios judiciais ou Requisições de Pequeno Valor, conforme o caso.[26] Se a parte preferir receber através de pagamento administrativo, nos termos da Lei Estadual nº 10.177/98, deverá desistir da demanda judicial e ingressar com pedido administrativo de reparação de danos.

De outro lado, em se tratando de procedimento para pôr fim à ação não-exclusivamente indenizatória[27], o *iter* é mais complexo, diante da necessidade de aferir, além da viabilidade jurídica[28], a conveniência e oportunidade administrativa para a avença [art. 91].

A viabilidade jurídica da proposta é analisada pela Procuradoria Geral do Estado. Não será admitida a proposta de acordo se houver orientação interna fundada em parecer, súmula de tribunais superiores ou decisão em procedimento administrativo de reparação de danos contrários à pretensão. Tampouco caberá proposta de acordo se a pretensão estiver prescrita ou puder ser fulminada por preliminares processuais.[29]

De outro lado, a conveniência e oportunidade é decidida pelos Secretários Estaduais e dirigentes de autarquia que deve verificar também a possibilidade de cumprir a avença.

Em ambos os ritos da Fazenda-ré, existindo ação em curso, o Procurador-oficiante deverá, em conjunto com a parte contrária, requerer a suspensão do processo judicial para submissão da questão ao exame do Procurador Geral do Estado.

---

25 O termo "fundamento jurídico" não parece adequado - é desimportante o fundamento utilizado para o acolhimento da pretensão, sendo relevante apenas o evento discutido e os pedidos que poderiam decorrer do evento. Pelo termo utilizado, passa a falsa percepção que uma vez pleiteada a indenização de acidente de veículo com fundamento no art. 186 do Código Civil, se o interessado, por azar, for vítima de novo abalroamento, não poderá pedir novamente a indenização, eis que fundada no mesmo "fundamento jurídico".

26 É discutível a possibilidade de Resolução da Procuradoria Geral do Estado determinar que o acordo se submeta ao regime de precatório/RPV considerando que o artigo 100 da Constituição Federal é categórico ao afirmar que os pagamentos devidos pelo Poder Público em virtude de sentença judiciária se submeterão ao precatório/RPV. No caso, o pagamento decorre de acordo administrativo, apenas homologado pelo juízo – se o caso.

27 Se ação envolver pretensões indenizatória e não-indenizatória, aplica-se, no que couber, a regras do procedimento da ação indenizatória para fins de conciliação [*verbi gratia,* desconto de 20% do valor estimado da condenação].

28 A viabilidade jurídica, como não poderia deixar de ser, é analisada em todos os procedimentos – Fazenda Autora e Fazenda Ré.

29 Matérias processuais não fulminam a pretensão de direito material, sendo melhor utilizar a expressão: não será admitido o acordo se puder ser alegada preliminar processual peremptória. Todavia, o ideal é não prever essa hipótese, já que o acordo sequer pressupõe a existência de processo em curso, inexistindo motivo para que a alegação que possa levar à extinção sem resolução do mérito tenha, sempre, o condão de impedir a conciliação do Poder Público.

4. APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO – TIROTEIO EM DELEGACIA DE SANTO ANDRÉ

No dia 26 de abril de 2014, no 2º Distrito Policial de Santo André, uma confusão no interior do estabelecimento, decorrente de mal-entendido, acabou com a morte de um médico e com a lesão corporal grave de um estudante que estavam no distrito para registro de boletim de ocorrência.

No dia, do lado externo da delegacia, um policial militar à paisana que estava trocando tiros com criminosos foi buscar abrigo na delegacia. As pessoas que estavam no distrito, com o susto, correram para o interior da unidade. Neste momento, um agente policial, acreditando se tratar de invasão de criminosos, efetuou diversos disparos contra os civis – atingindo o médico e o estudante – sendo contido somente após também ser atingido por outro agente policial. O evento foi amplamente abordado na mídia nacional e local.[30]

30 FANTÁSTICO. Ele pedia socorro, conta irmão de baleado por policial em delegacia. In: **G1**. 04/05/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/ele-pedia-socorro-conta-irmao-de-baleado-por-policial-em-delegacia.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

FERNANDJES, Natália. Tiroteio em delegacia faz vizinhança mudar rotina. In: **Diário do Grande ABC**. 29/04/2014. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/525958/tiroteio-em-delegacia-faz-vizinhanca-mudar-rotina>. Acessado em 23 de maio de 2018.

FERNANDJES, Natália. Um ano após tiroteio em DP, famílias buscam recuperação. In: **Diário do Grande ABC**. 28/04/2015. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/1317509/um-ano-apos-tiroteio-em-dp-familias-buscam-recuperacao>. Acessado em 23 de maio de 2018.

G1. Médico morto em delegacia no ABC ia registrar acidente de trânsito: erro de interpretação de policiais provocou tiroteio, de acordo com a SSP. Delegado diz que mais de 30 tiros foram disparados; dois estão feridos. In: **G1**. São Paulo. 27/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/medico-morto-em-delegacia-no-abc-ia-registrar-acidente-de-transito.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

G1. Morre médico baleado em tiroteio dentro de delegacia em Santo André: corregedoria diz que incidente foi provocado por erro de policiais do DP. Outras duas vítimas permanecem internadas em hospitais da região. In. **G1**. São Paulo. 27/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/morre-medico-baleado-em-tiroteio-dentro-de-delegacia-em-santo-andre.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

MAIS VOCÊ. Vítima de violência [nome omitido] toma café da manhã com Ana Maria. In Globoplay. 20/11/2014. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-globo/mais-voce/v/vitima-de-violencia-ricardo-grillo-toma-cafe-da-manha-com-ana-maria/3777836/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

O Estado de S. Paulo. Médico morre em tiroteio dentro de delegacia em Santo André: Vítima estava no local registrando boletim de ocorrência quando foi atingida na cabeça por disparo durante um tumulto provocado pelos próprios policiais. In. **Estadão**. 27/04/2011. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,medico-morre-em-tiroteio-dentro-de-delegacia-em-santo-andre,1159397>. Acessado em 23 de maio de 2018.

RECORD. Médico é morto ao prestar queixa em delegacia de Santo André (SP). In: **SP no AR**. 28/04/2014. Disponível em: <http://rederecord.r7.com/video/medico-morre-baleado-durante-tiroteio-em-delegacia-de-santo-andre-535e44fc0cf271f2e43b91fa/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

UOL Notícias. Corpo de médico baleado em delegacia é enterrado no ABC paulista. In. **Uol Notícias**. Cotidiano. 28/04/2014. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/28/corpo-de-medico-baleado-em-delegacia-e-enterrado-no-abc

A vítima da lesão corporal, após sua recuperação parcial, ingressou com ação indenizatória contra o Estado de São Paulo pleiteando o ressarcimento integral das despesas médicas e das mensalidades com a faculdade que teve que trancar [R$ 85.886,13], pensão vitalícia pela perda da capacidade de trabalho [R$1.575,00] e indenização por danos morais e estéticos a serem arbitrados pelo juízo.

Recebida a citação – em 06 de agosto de 2015 – foi apresentado Agravo de Instrumento para reformar a decisão que deferiu pensão provisória[31] e, paralelamente, foi elaborada representação propondo autorização para celebração de acordo para extinção do processo.

Na representação, datada de 14 de agosto de 2015, foram narrados os fatos, indicando que o interessado foi atingido por 5 (cinco) disparos de arma de fogo, ficando 35 (trinta e cinco) dias internado no hospital, além de ter utilizado, por um período, bolsa de colostomia – foram anexados laudos técnicos indicando a natureza grave da lesão diante do perigo de vida e da debilidade da função digestiva e do membro inferior direito. No aspecto jurídico, esclareceu se tratar de responsabilidade objetiva do Poder Público por ato comissivo, não vislumbrando culpa exclusiva de terceiros ou da vítima no caso concreto.

Com relação ao *quantum* indenizatório, a representação foi contrária ao pedido de pensão vitalícia - já que havia notícias de que o interessado estava empregado – e ao pedido de indenização pelos custos integrais da faculdade de Educação Física – já que o evento não impediu a conclusão do curso, apenas o atraso de um semestre. Propôs o acolhimento parcial da indenização pelas despesas médicas para que fossem pagos os custos não cobertos por eventual plano privado de saúde.

No que se refere ao dano estético, verificou-se a presença de duas cicatrizes – ambas no abdômen – que ficam escondidas com uso de camisa de maga curta e que, pelas redes sociais do interessado, o mesmo possuía namorada com relacionamento iniciado após o evento lesivo, não indicando prejuízo da estética.

Com relação aos danos morais, foram analisados precedentes do Tribunal de Justiça de São Paulo que fixavam indenização entre R$ 30.000,00 a R$ 90.000,00, conforme a gravidade do dano, possibilidade de recuperação, quantidade de cirurgias e tempo de internação.

Em suma, a proposta inicial foi de ressarcimento dos danos materiais com

---

-paulista.htm>. Acessado em 23 de maio de 2018.

VEJA. Policial que matou médico em DP será indiciado por homicídio: Agente de telecomunicações do 2º DP de Santo André teria iniciado um tiroteio dentro da delegacia pensando que o local estava sendo invadido. In: **Veja**. 28/04/2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/policial-que-matou-medico-em-dp-sera-indiciado-por-homicidio/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

31 Verificou-se, através das redes sociais do requerente, que o mesmo estava empregado, inexistindo motivos para fixação de pensão provisória – especialmente em decisão *inaudita altera parte*. O Agravo de Instrumento foi provido, sendo cessado o pensionamento.

as despesas médicas [exclusão do pedido de pensão vitalícia e despesas com a faculdade] e indenização de danos morais e estéticos no valor de R$ 50.000,00. Subsidiariamente, em caso de indeferimento da proposta, que fosse autorizado que a contestação do Poder Público se limitasse a discutir o valor da indenização – mas não o *an debeatur,* considerando que os fatos e a responsabilidade eram claros.

A representação contou com proposta de indeferimento da chefia imediata - aduziu que inexistiam informações oficiais sobre o evento, apenas notícias divulgadas na mídia. No mesmo sentido foi o entendimento da Subchefia da Unidade.

Em sentido oposto, propondo o deferimento parcial, se manifestou a chefia da Unidade. O colega entendeu que sobre a proposta de indenização de R$ 50.000,00 deveria ser aplicado o desconto de 20% previsto nas rotinas do contencioso, de forma que o valor ofertado deveria ser de R$ 40.000,00.

Recebida as manifestações, em 22 de setembro de 2015, o Subprocurador Geral do Estado do Contencioso não-Tributário aduziu que a fase processual, antes da apresentação da contestação, não é propícia à apresentação de valor a título de acordo e que não foi demonstrado o interesse do autor na celebração de acordo. Ademais, não houve conclusão do procedimento administrativo disciplinar contra o policial que efetuou os disparos contra o autor.

Foi determinada a apresentação de defesa integral – discutindo a obrigação de indenizar e o valor da indenização – sem prejuízo de ser requerida a designação de audiência para propor indenização pelas despesas médicas e indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00, sem honorários advocatícios. Como segunda proposta, foi permitido oferecer a mesma quantia de danos morais, mas com atualização monetária, e com honorários advocatícios em valores módicos – entre R$ 2.000,00 e R$ 3.000,00.

A contestação foi apresentada, constando preliminar requerendo que o interessado fosse intimado para comparecer à Procuradoria Geral a fim de verificar a possibilidade de acordo para pôr fim ao processo. Diante do desinteresse do particular, a PGE peticionou novamente, desta vez requerendo a designação de audiência de conciliação a ser presidida pelo magistrado do caso – audiência que restou designada para 12 de julho de 2016.

Na audiência, o autor fez contraproposta de indenização total e final – sem correção monetária e juros – no valor de R$ 120.000,00. Considerando a impossibilidade de concordância imediata – em razão do limite de competência do Procurador-oficiante –, a audiência foi suspensa e a questão foi objeto de nova representação [datada de 12 de julho de 2016].

A representação contou com manifestação favorável da chefia imediata, desfavorável da chefe da 1ª Subprocuradoria da Unidade, favorável do chefe da Unidade e parcialmente favorável da Subprocuradoria Geral do Contencio-

so [manifestação em 06 de setembro de 2016]. Este último órgão determinou a apresentação de contraproposta no valor de R$ 99.000,00, com exclusão de todas as demais verbas.

Ciente da proposta, o Procurador-oficiante peticionou ao juízo requerendo a intimação da parte contrária para manifestar sobre seus termos. Sobreveio, em 19 de setembro de 2016, a concordância com a proposta apresentada.

O juízo, então, homologou o acordo e extinguiu o processo com resolução do mérito nos termos do artigo 269, III do CPC/73 [atual art. 487, III 'b' do CPC/15].

Não obstante, considerando a obrigatoriedade do procedimento, o requerente peticionou requerendo o início da fase de cumprimento de sentença, sucedendo impugnação ao cumprimento de sentença por excesso de execução diante do erro na aplicação dos juros e correção monetária a partir da celebração do acordo. O interessado concordou com os cálculos apresentados pela Fazenda, a questão novamente foi homologada pelo juízo e foi determinada a expedição de Precatório – ainda no aguardo de pagamento até a presente data.

No caso narrado, a representação inicial foi encaminhada – por sistema eletrônico – em 14/08/2015, sendo decidida pelo Subprocurador Geral do Contencioso em 22/09/2015 [40 dias corridos ou 27 dias úteis após o requerimento]. A segunda representação foi proposta em 12/07/2016, obtendo decisão final do Subprocurador Geral em 06/09/2016 [57 dias corridos ou 41 dias úteis após o requerimento].

Desta experiência, que infelizmente ainda é rara no âmbito da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, podemos concluir que o procedimento de autorização de acordo é extremamente demorado e burocrático, com excessivas manifestações e encaminhamentos.

5. CONCLUSÃO

Conforme se verificou ao longo do texto, a Lei Estadual nº 10.177/98 trouxe avanços na resolução consensual de conflitos indenizatórios no âmbito do Estado de São Paulo. Contudo, sua aplicação no dia-a-dia é diminuta, seja por falta de informação ou interesse dos particulares, seja pelo excesso de burocracia da Administração que desestimula a postura de conciliação pelos próprios Procuradores.

A demora, no âmbito da Procuradoria, decorre do excesso de manifestações: a representação é realizada pelo Procurador-oficiante que encaminha para chefia imediata que encaminha para a 1ª Subprocuradoria da Unidade que encaminha para o chefe da Unidade que encaminha para o Subprocurador Geral do Contencioso que encaminha para o Procurador Geral.

Se, por exemplo, o Subprocurador Geral despachar requerendo diligências – *i.e.* juntada de documentos – a representação é indeferida, sendo necessária sua renovação com a reiteração de todo o *iter* burocrático. Cumprida a diligên-

cia, não há possibilidade de encaminhamento direto ao Subprocurador Geral, exigindo a manifestação – ainda que seja de mero encaminhamento – de todas as chefias intermediárias.

Mesmo após o acordo, é ônus da parte atualizar monetariamente o crédito e iniciar a fase de cumprimento de sentença. Neste ponto, diante da boa-fé objetiva e racionalização dos procedimentos, a Procuradoria Geral do Estado poderia desenvolver solução tecnológica que permitisse aos demandantes calcular seus créditos segundo os índices entendidos como corretos pelo Poder Público.

A burocracia na obtenção de acordos desestimula as partes e os próprios Procuradores do Estado, inexistindo vantagens claras na suspensão do processo no aguardo da conciliação extrajudicial - sendo evocado o 'brocardo' "é sempre mais fácil contestar".

No âmbito da Fazenda-ré, ainda que o interessado tenha o risco da improcedência, o Poder Público, a depender do caso, tem o risco da condenação em valores muito superiores ao que iria propor no acordo extrajudicial.

Propõe-se, portanto, a atualização do diploma legislativo, com o consequente aprimoramento do decreto de regulamentação e das Rotinas do Contencioso, divulgação da existência de instrumentos extrajudiciais de resolução de conflitos com a Administração Pública, além do trabalho junto ao Poder Judiciário no sentido de extinguir ou, ao menos, suspender os processos em que não foi demonstrado o interesse de agir diante da ausência de submissão prévia ao procedimento administrativo de conciliação.

Uma regulamentação adequada da conciliação no âmbito da Administração Pública, como autora ou ré, deveria adotar as seguintes diretrizes:

(i) Fixação de valor no qual a atuação do Procurador do Estado será independente;

(ii) Padronização dos valores na atuação da Fazenda Autora e Fazenda Ré;

(iii) Contagem diferenciada do acordo para fins de estatísticas de produtividade considerando que, a depender da fase processual, o acordo evita a apresentação de contestação, apelação, embargos de declaração e Recursos Extravagantes, economizando recursos da Procuradoria, do Poder Judiciário e, em certos casos, da Defensoria Pública;

(iv) Caso a competência seja atribuída à autoridade superior, o encaminhamento deve se dar diretamente entre o Procurador-oficiante e essa autoridade, sem necessidade de sucessivas manifestações das chefias intermediárias;

(v) Fixação de prazo de 30 dias corridos para a definição da questão submetida, tratando o procedimento de resolução amigável como prioritário para o fluxo de atendimento;

(vi) Diálogo institucional com o Poder Judiciário sustentando a tese de que inexiste interesse-necessidade no ingresso da ação judicial se o interessado sequer requereu a indenização administrativa, utilizando como argumento a decisão do Supremo Tribunal Federal no RE nº 631/240;[32]

(vii) Tramitação da representação em duas direções de forma concomitante – uma direcionada à Procuradoria, para análise da viabilidade jurídica; outra direcionada ao Secretário ou Chefe da Entidade da Administração Indireta, para a análise da conveniência e oportunidade;

(viii) Revogação da previsão de remessa necessária ou, subsidiariamente, adotar o recurso de ofício apenas para questão de conveniência e oportunidade se ultrapassar valores excessivamente altos – aplicando por analogia o art. 496 §3, II do CPC;

(ix) Adoção do sistema da *Discovery* ou *Disclosure*, obrigando o interessado a apresentar todas as provas que tenha em seu favor sob pena de não poder apresentar em juízo aquelas que forem omitidas;

(x) Aproveitamento das provas documentais e testemunhas produzidas no âmbito extrajudicial;

(xi) Destacar, no site da Procuradoria e dos demais órgãos públicos, a possibilidade de resolução extrajudicial das controvérsias indenizatórias;

(xii) Efetiva estruturação de dados estatísticos sobre o número de acordos; valores inicialmente pleiteados e acordados; tempo estimado do processo judicial e tempo efetivamente despendido com o acordo;

(xii) Recomendação de acordo-padrão em situação envolvendo pluralidade de vítimas;

(xiv) Em caso de pensão, a definição da atribuição levará em consideração os valores vencidos e a soma de 12 (doze) prestações mensais vincendas [aplicando a mesma estrutura do art. 292 §2 do CPC];

(xv) Intimação do requerente, na pessoa de seu advogado ou pessoalmente, preferencialmente através de sistema eletrônico [e-mail] ou por telefone, admitindo o envio de correspondência em último caso;

(xvi) Desenvolvimento de ferramenta que permita a parte calcular o crédito utilizando os parâmetros adotados pela Procuradoria Geral do Estado.

32 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 631.240/MG**. Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 09 de dez. de 2010.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1.032.790/CE**. 1ª Turma. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Julgado em 08/05/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no REsp 1.605.821/RS**. 2ª Turma. Rel. Min. Francisco Falcão. Julgado em 16/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Repetitivo nº 553: REsp nº 1.251.993/PR**. 1ª Seção. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Julgado em 12/12/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.346.320/SP**. 3ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 16/08/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário nº 631.240/MG**. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Brasília: 09 de dez. de 2010.

FANTÁSTICO. Ele pedia socorro, conta irmão de baleado por policial em delegacia. In: **G1**. 04/05/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2014/05/ele-pedia-socorro-conta-irmao-de-baleado-por-policial-em-delegacia.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

FERNANDJES, Natália. Tiroteio em delegacia faz vizinhança mudar rotina. In: **Diário do Grande ABC**. 29/04/2014. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/525958/tiroteio-em-delegacia-faz-vizinhanca-mudar-rotina>. Acessado em 23 de maio de 2018.

FERNANDJES, Natália. Um ano após tiroteio em DP, famílias buscam recuperação. In: **Diário do Grande ABC**. 28/04/2015. Disponível em: <http://www.dgabc.com.br/Noticia/1317509/um-ano-apos-tiroteio-em-dp-familias-buscam-recuperacao>. Acessado em 23 de maio de 2018.

G1. Médico morto em delegacia no ABC ia registrar acidente de trânsito: erro de interpretação de policiais provocou tiroteio, de acordo com a SSP. Delegado diz que mais de 30 tiros foram disparados; dois estão feridos. In: **G1**. São Paulo. 27/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/medico-morto-em-delegacia-no-abc-ia-registrar-acidente-de-transito.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

G1. Morre médico baleado em tiroteio dentro de delegacia em Santo André: corregedoria diz que incidente foi provocado por erro de policiais do DP. Outras duas vítimas permanecem internadas em hospitais da região. In. **G1**. São Paulo. 27/04/2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/04/morre-medico-baleado-em-tiroteio-dentro-de-delegacia-em-santo-andre.html>. Acessado em 23 de maio de 2018.

MAIS VOCÊ. Vítima de violência [nome omitido] toma café da manhã com Ana Maria. In Globoplay. 20/11/2014. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-globo/mais-voce/v/vitima-de-violencia-ricardo-grillo-toma-cafe-da-manha-com-ana-maria/3777836/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

O ESTADO DE S. PAULO. Paulo. Médico morre em tiroteio dentro de delegacia em Santo André: Vítima estava no local registrando boletim de ocorrência quando foi atingida na cabeça por disparo durante um tumulto provocado pelos próprios policiais. In. **Es-**

tadão. 27/04/2011. Disponível em: <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,-medico-morre-em-tiroteio-dentro-de-delegacia-em-santo-andre,1159397>. Acessado em 23 de maio de 2018.

RECORD. Médico é morto ao prestar queixa em delegacia de Santo André (SP). In: **SP no AR**. 28/04/2014. Disponível em: <http://rederecord.r7.com/video/medico-morre-baleado-durante-tiroteio-em-delegacia-de-santo-andre-535e44fc0cf271f2e43b91fa/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

SÃO PAULO. Diário Oficial. **Resolução PGE-17, de 28-06/2017: Aprova as Rotinas do Contencioso Geral**. Disponível em: <ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2017/iels.jul.17/Iels123/E_RS-PGE-17_280617.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2018.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Lei nº 10.177/98: Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10177-30.12.1998.html>. Acesso em: 26 de maio de 2018.

SÃO PAULO. Diário Oficial. Resolução PGE-17, de 28-06-2017: Aprova as Rotinas do Contencioso Geral. Disponível em:<ftp://ftp.saude.sp.gov.br/ftpsessp/bibliote/informe_eletronico/2017/iels.jul.17/Iels123/E_RS-PGE-17_280617.pdf>. Acessado em: 25 de maio de 2018.

SÃO PAULO. Procuradoria Geral do Estado. **Procedimento Administrativo de reparação de danos causados pelo Estado: cartilha**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/apresentacoes/CartilhaRepDanos.pdf>. Acessado em: 27 de maio de 2018.

UOL Notícias. Corpo de médico baleado em delegacia é enterrado no ABC paulista. In. **Uol Notícias**. Cotidiano. 28/04/2014. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2014/04/28/corpo-de-medico-baleado-em-delegacia-e-enterrado-no-abc-paulista.htm>. Acessado em 23 de maio de 2018.

VEJA. Policial que matou médico em DP será indiciado por homicídio: Agente de telecomunicações do 2º DP de Santo André teria iniciado um tiroteio dentro da delegacia pensando que o local estava sendo invadido. In: **Veja**. 28/04/2017. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/policial-que-matou-medico-em-dp-sera-indiciado-por-homicidio/>. Acessado em 23 de maio de 2018.

ANEXOS

PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA

Artigo 1 - Aquele que pretender, do Estado de São Paulo, ressarcimento por danos causados por agente público, agindo nessa qualidade, poderá requerê-lo administrativamente, observadas as seguintes regras:

I. o requerimento será protocolado em qualquer unidade da Procuradoria Geral do Estado, se o dano for causado por agente público da Administração Direta, ou em qualquer unidade da Entidade Decentralizada se o dano for causado por agente público desta entidade;
II. o protocolo do requerimento suspende a prescrição pelo período que durar sua tramitação;
III. o requerimento deverá conter causa de pedir e pedido líquido e atualizado
IV. o interessado deve apresentar todas as provas que fundamentam o pedido, sendo que as provas omitidas não poderão ser utilizadas em eventual ação judicial;
V. as provas testemunhais poderão ser aproveitadas, por ambas as partes, em eventual ação judicial, dispensada a nova oitiva em juízo;
VI. a intimação do requerente será feita através de seu advogado, se constituído, ou pessoalmente, preferencialmente através de sistema eletrônico ou por telefone, admitida a correspondência com aviso de recebimento em último caso;
VII. a análise da viabilidade jurídica do requerimento caberá à Procuradoria do Estado, se o dano for cometido por agente da Administração Direta, ou à Procuradoria Autárquica, se o dano for causado por agente da respectiva entidade;
VIII. a análise da conveniência e oportunidade do requerimento, se envolver obrigação diversa da indenizatória, caberá ao Secretário da Pasta ou Dirigente da Autarquia;
IX. a Administração poderá acolher, total ou parcialmente, o pedido ou rejeitá-lo
X. acolhido parcialmente o pedido, o interessado será intimado para, em 10 dias, aceitar a decisão parcial ou desistir do procedimento, interpretando o silêncio como aceitação;
XI. os débitos dentro do teto da Requisição de Pequeno Valor serão pagos em 90 dias;
XII. os débitos que superarem o teto da Requisição de Pequeno Valor, se inscritos até 1º de julho, serão pagos até o último dia do exercício financeiro seguinte;

XIII. o depósito importará em quitação do débito;

§ 1º - Em caso de equívoco quanto ao direcionamento:

a) Se a atribuição for de órgão ou entidade da Administração Estadual, a autoridade oficiante encaminhará o requerimento à autoridade competente, notificando o interessado;

b) Se a atribuição for de for de órgão ou entidade de outra esfera federativa, a autoridade oficiante intimará o interessado, indicando a autoridade responsável se possível;

§ 2º No acordo, não serão devidos honorários de advogado, custas e despesas processuais ou quaisquer outros dispêndios com a demanda;

§ 3º - Em caso de desistência do pedido, a decisão administrativa não importará confissão e não poderá ser invocada em eventual processo judicial;

§ 4º – O indeferimento do requerimento administrativo por falta de provas não impede sua reapresentação se acompanhado de provas novas;

§ 5º – A autoridade decisória, antes de conhecer matéria de ordem pública ou não alegada nos autos, intimará o requerente para se manifestar;

§ 6º – A existência de ação em curso não impede o conhecimento do requerimento administrativo, caso em que o processo deverá ser suspenso por requerimento do interessado;

§ 7º - O Procurador Geral do Estado expedirá resolução para regulamentar o processamento do requerimento no âmbito da Procuradoria Geral do Estado;

§ 8º – Os débitos serão pagos à conta de dotação orçamentária específica;

§ 9º - Reconhecida a responsabilidade do Poder Público, independentemente da efetiva quitação do débito, o Procurador do Estado representará para que seja instaurado procedimento administrativo para apurar a responsabilidade do agente público responsável pelo dano.

Artigo 2 – Nas indenizações pretendidas pelo Poder Público será permitida a transação, observadas as seguintes regras:

I. parcelamento em até 24 (vinte e quatro) prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais;
II. parcelamento em até 60 (sessenta) prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais, se verificada a incapacidade econômica do devedor;

III. parcelamento em até 3 (três) prestações mensais, iguais e sucessivas, com abatimento de até 50% (cinquenta por cento) do valor atualizado do débito, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais;

§ 1º- Não será admitida a transação nos casos de improbidade administrativa, ilícito administrativo punido com demissão ou ilícito penal cuja pena privativa de liberdade mínima abstratamente prevista importar, como efeito da condenação, a perda do cargo público;

§ 2- Sobre as indenizações incidirá apenas correção monetária, pelos índices oficiais, afastando a incidência de juros, honorários advocatícios ou quaisquer outros acréscimos;

§ 3º- O Procurador Geral do Estado expedirá resolução para regulamentar o procedimento do requerimento no âmbito da Procuradoria Geral do Estado.

PROPOSTA DE MODIFICAÇÃO DAS ROTINAS – FAZENDA RÉ E AUTORA

Artigo 1 – Nas pretensões estritamente indenizatórias contra o Estado, o Procurador-oficiante poderá celebrar acordo para encerrar o litígio, exigindo as seguintes autorizações:

I. da Chefia de Unidade, se o valor da proposta for entre 1.000 (mil) e 10.000 (dez mil) UFESPs;
II. do Subprocurador Geral do Estado, se o valor da proposta for entre 10.000 (dez mil) e 25.000 (vinte e cinco mil) UFESPs;
III. do Procurador Geral do Estado, se o valor da proposta for superior a 25.000 (vinte e cinco mil) UFESPs.

§ 1º - Havendo litisconsórcio ativo ou substituição processual, considerar-se-á o valor global dos acordos para fins de aplicação dos limites de que trata este artigo.

§ 2º- Em caso de pensão, a definição da atribuição levará em consideração os valores vencidos e a soma de 12 (doze) prestações mensais vincendas;

§3º - Serão observadas as seguintes regras para formalização da transação:

a) haver redução de, no mínimo, 20% (vinte por cento) do valor estimado da condenação;

b) deverá conter cláusula de ampla e irrevogável quitação e de renúncia a direitos decorrentes do mesmo fato que deu origem à ação judicial;

c) o acordo ou transação não pode conter cláusula de multa cominatória para a hipótese de eventual descumprimento.

§ 4º- O procedimento, a partir da representação, deve ser encerrado em 30 dias, prorrogáveis por igual período, devendo ser fixado como atendimento prioritário no caso de prorrogação.

§ 5º – O trâmite da representação será direto entre o Procurador oficiante e a chefia com atribuição para decidir, dispensada a atuação dos demais órgãos;

Artigo 2 – Nas pretensões não-indenizatórias contra o Estado, o Procurador -oficiante encaminhará representação devidamente instruída ao:

I- Procurador Geral do Estado, para análise da viabilidade jurídica do ajuste;
II- À Secretaria de Estado ou Dirigente da Autarquia, para análise da conveniência e oportunidade do ajuste

§ 1º - A representação deve ser acompanhada das peças processuais e documentos necessários ao entendimento da controvérsia, assinalando a existência de prazo judicial em curso, se o caso;

§ 2º - Paralelamente, deverá o Procurador encarregado do caso, em conjunto com o patrono da parte contrária, requerer a suspensão do processo judicial;

§ 3º – O interessado deve apresentar todas as provas que fundamentam o pedido, sendo que as provas omitidas não poderão ser utilizadas em eventual ação judicial;

§ 4º - A representação encaminhada ao Procurador Geral do Estado contará com parecer da Subprocuradoria Geral do Contencioso e, se o caso, da Subprocuradoria Geral da Consultoria

§ 5º – O trâmite da representação será direto entre o Procurador oficiante e a chefia com atribuição para decidir, dispensada a atuação dos demais órgãos;

§ 6º - O Procurador Geral do Estado pode estabelecer hipóteses nas quais o acordo é previamente autorizado.

Artigo 3 - No prazo de 10 (dez) dias do recebimento do procedimento administrativo, o Procurador do Estado notificará o devedor e agendará audiência para tentativa de cobrança amigável, podendo propor e celebrar acordos, na seguinte conformidade:

I. parcelamento em até 24 (vinte e quatro) prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais, excluindo-se juros moratórios e honorários advocatícios;

II. parcelamento em até 60 (sessenta) prestações mensais, iguais e sucessivas, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais, excluindo-se juros moratórios e honorários advocatícios se verificada a incapacidade econômica do devedor;

III. se o débito decorrer de dano extracontratual, parcelamento em até 3 (três) prestações mensais, com abatimento de até 50% (cinquenta por cento) do valor atualizado do débito, corrigidas monetariamente pelos índices oficiais, excluindo-se juros moratórios e honorários advocatícios, caso em que será necessária autorização:

a) da Chefia de Unidade, se o valor for entre 1.000 (mil) e 10.000 (dez mil) UFESPs;

b) do Subprocurador Geral do Estado, se for entre 10.000 (dez mil) e 25.000 (vinte e cinco mil) UFESPs;

c) do Procurador Geral do Estado, se o valor for superior a 25.000 (vinte e cinco mil) UFESPs.

§ 1º - A tentativa de cobrança amigável pode ser dispensada quando já tenha sido feita pela Secretaria ou Autarquia de origem ou quando forem necessárias medidas judiciais urgentes.

§ 2º - Nos acordos de parcelamento deverá constar cláusula de vencimento antecipado pelo atraso superior a 60 (sessenta) dias, corridos ou não, com incidência de multa de 10% (dez por cento) sobre o débito remanescente, autorização para protesto do título executivo e inscrição no CADIN – Cadastro Informativo dos Créditos não Quitados de Órgãos e Entidades Estaduais.

§ 3º - Descumprido o acordo por mais de 60 (sessenta) dias, o Procurador do Estado notificará o devedor para tentativa de repactuação do acordo por uma única vez, sendo desnecessária nova autorização quando se limitar aos termos da autorização original.

§ 4º - As regras deste artigo se aplicam, no que couber, às ações judiciais em curso, inclusive aquelas em que já houve tentativa ou celebração de acordo, antes do respectivo ajuizamento.

§ 5º – O trâmite da representação será direto entre o Procurador oficiante e a chefia com atribuição para decidir, dispensada a atuação dos demais órgãos;

Artigo 4 – A Corregedoria da Procuradoria Geral do Estado expedirá ato para estruturação estatística dos acordos para:

I. Contagem de produtividade dos procuradores;
II. Verificação da economia e efetividade da atuação institucional;

O PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO E CONTRADITÓRIO NO MS: A APLICAÇÃO DOS ARTS. 338 E 339 DO CPC/15 NO PROCEDIMENTO ESPECIAL DO MS E POSSÍVEIS BENEFÍCIOS PROCESSUAIS

Thiago Vasconcellos Jesus [1]

RESUMO

Analisa-se o possível reflexo do CPC/15 no procedimento do MS, a partir da cooperação, contraditório e primazia do mérito em detrimento da extinção terminativa ou encampação na eventual indicação errônea da autoridade coatora, admitindo-se a aplicação dos arts. 338 e 339 do NCPC a implicar possíveis benefícios a todos os polos da demanda, quais sejam, o impetrante, a autoridade coatora, a Fazenda Pública e o Juiz.

Palavras-chave: Teoria da Encampação. Indicação errônea. Autoridade coatora. Primazia do Mérito. Cooperação. Contraditório. Efetividade. Legitimidade.

1. INTRODUÇÃO

A partir do novo ordenamento constitucional e mais recente publicação do novo Código de Processo Civil, há que se destacar as possíveis implicações dela decorrentes.

Tendo em vista as várias novidades trazidas pelo CPC/15 em relação ao CPC/73, o estudo objetiva demonstrar a possível aplicação dos arts. 338 e 339 do NCPC na busca da primazia do mérito no MS, implicando possíveis benefícios a todos os pólos da demanda, inclusive, viabiliza maiores elementos para uma decisão judicial dialética, qualitativa, leal, adequada e legítima.

Isto porque atualmente a jurisprudência majoritária entende que, na eventualidade de indicação errônea da autoridade coatora, há extinção terminativa ou adoção da encampação. Contudo, será demonstrado que isso pode gerar prejuízos a todos os pólos processuais, além de ir de encontro ao novo ordenamento constitucional e processual.

Além disso, dada a restrição recursal e respectivos efeitos, não se descarta a crescente utilização do MS (ARAÚJO, 2017, p. 272), a exigir uma revisitação procedimental e jurisprudencial que viabilizem a efetiva prestação jurisdicional e acesso à ordem jurídica justa.

O artigo se propõe a demonstrar os possíveis benefícios a todos os sujeitos processuais na eventualidade de aplicação dos arts. 338 e 339 do NCPC no MS, na busca da primazia do mérito, cooperação processual e acesso à ordem jurí-

1 Procurador do Estado do Pará. E-mail: thiago.jesus@pge.pa.gov.br.

dica justa, prestigiando-se a inafastabilidade do controle jurisdicional e devido processo legal.

O ineditismo do presente estudo ocorre em virtude de se concentrar na evolução legislativa processual associado ao neoconstitucionalismo com eventuais reflexos no procedimento especial do MS, como meio de assegurar a atual primazia do mérito associado à boa-fé objetiva, cooperação e paridade de armas buscados pelo ordenamento processual, em razão dos possíveis benefícios processuais ao impetrante, à Fazenda Pública e autoridade indicada como coatora, bem como ao próprio juízo sentenciante sob a vertente da lealdade, efetividade e legitimidade democrática das decisões judiciais.

Serão abordadas as principais e recentes alterações na legislação processual civil e a importância das normas fundamentais de processo civil, em especial a primazia do mérito, cooperação processual, boa-fé objetiva e paridade de armas.

Apresentar-se-ão as disposições ligadas ao Mandado de Segurança e a criação jurisprudencial da Teoria da Encampação, bem como os possíveis reflexos do novo CPC no MS.

Após, questionaremos sobre os possíveis prejuízos envolvendo a adoção da Teoria da Encampação e a extinção do feito sem resolução de mérito (na eventualidade de indicação errônea da autoridade) a todos os pólos do *mandamus*, inclusive, ao juiz.

Por derradeiro, seguirá um estudo sobre a possível solução da indicação errônea da autoridade coatora, a partir da aplicação dos arts. 338 e 339 do CPC/15 ao MS, como medida a possivelmente implicar benefícios a todos os sujeitos processuais do MS, com fundamentos legais e práticos.

2. FUNDAMENTAÇÃO

A relevância da nova ordem processual civil ganhou maior sustentação com o neoconstitucionalismo e posterior publicação do novo digesto processual, buscando atualizar o ordenamento processual com fundamento, inclusive, nos princípios e critérios interpretativos constitucionais sobre processo, consubstanciando uma quarta fase de evolução do direito processual.

FARIA (2017, p. 51) leciona que houve um avanço para o "formalismo-valorativo, com o aprimoramento das relações entre a Constituição e o processo, deixando-se este de atender aos contornos frios das leis para ceder espaço às exigências do *devido processo constitucional*".

Observa-se o possível rompimento de paradigmas, em especial pela inserção da primazia do mérito e cooperação como normas fundamentais de processo civil, permissão de uma participação mais ativa e atuante das partes processuais, novo papel do Juiz na reconstrução do ordenamento jurídico a partir da dialeticidade com os pólos processuais, entre outros; cujos possíveis reflexos

nos procedimentos extravagantes já são previstos expressamente no art. 318, PU, do CPC/15.

Dentre as normas fundamentais de processo civil se encontram a primazia do mérito, a cooperação, a boa-fé processual e paridade de armas, nas pegadas dos princípios constitucionais, além da expressa previsão no sentido de que ele será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal.

Registre-se o atual entendimento jurisprudencial majoritário pela extinção terminativa do processo (STJ - MS 14256/DF[2] e STF – MS 23977/DF[3]) ou adoção da Teoria da Encampação na eventualidade de indicação errônea da autoridade coatora (entre outros, STJ – AgRg no RMS 39048/SC[4]). Igualmente, é o atual entendimento do TJE/PA, entendendo pela extinção terminativa do feito[5],

2 ... APLICAÇÃO DA TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. (...) 2. Configurada a ilegitimidade passiva do Ministro da Defesa, apontado como autoridade coatora, não se faz possível a sua substituição pelo Diretor do Pessoal Militar da Marinha, verdadeiro responsável pelo ato questionado, porquanto tal alteração resultaria na modificação da competência para o julgamento da ação mandamental, circunstância que, na linha de reiterados pronunciamentos deste Tribunal, inviabiliza a aplicação da teoria da encampação. 3. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito (MS 14.256/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p/ Acórdão Min. Marco Aurélio Belizze, 3ª Seção, julgado em 11/06/2014, Dje 11/09/2014).

3 ... Não compete ao Supremo, mas à Justiça Federal, conhecer de mandado de segurança impetrado contra ato, omissivo ou comissivo, praticado não pela Mesa, mas pelo presidente da Câmara dos Deputados (MS 23.977/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 12/05/10).

4 ... A aplicação da chamada Teoria da Encampação reclama o preenchimento, cumulativo, dos seguintes requisitos: (i) existência de vínculo hierárquico entre a autoridade que prestou informações e a que ordenou a prática do ato impugnado; (ii) ausência de modificação de competência estabelecida na Constituição Federal; e (iii) manifestação a respeito do mérito nas informações prestadas (Precedente da Primeira Seção: MS 12.779/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 13.2.2008, DJe 3.3.2008) ... (STJ - AgRg no RMS 39.048/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje 02/02/15).

5 ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA - AFASTAMENTO DO CARGO DE PREFEITO. ATO COATOR OMISSIVO. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DEFESA. COMISSÃO PROCESSANTE. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRESIDENTE DA COMISSÃO DE INVESTIGAÇÃO. EXTINÇÃO DO MANDAMUS SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. SENTENÇA MANTIDA. 1- Em se tratando de Mandado de Segurança impetrado contra ato omissivo, pelo qual, supostamente, o impetrante deixou de ser notificado para apresentar defesa perante a Comissão de Investigação, é de reconhecer a ilegitimidade passiva da autoridade apontada como coatora, ou seja, o Presidente da Câmara Municipal de Porto de Moz; 2- A indicação errônea da autoridade coatora, conduz à extinção do processo sem julgamento do mérito; 3- Embora o Presidente da Câmara Municipal de Porto de Moz não tenha alegado a sua ilegitimidade, não há vínculo hierárquico entre o Presidente da Câmara e o Presidente da Comissão Processante. Logo, inviável a adoção da "teoria da encampação"; 4- Apelação conhecida e desprovida (TJE/PA – Acórdão n. 188069 – Processo CNJ n. 0001361-69.2014.8.14.0075, 1ª Turma de Direito Público, Rel. Des. Celia Regina de Lima Pinheiro, p. em 06/04/18).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ERRÔNEA INDICAÇÃO DA AUTORIDADE COATORA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ART. 485 VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. NECESSÁRIA EXTINÇÃO DO PROCESSO ORIGINARIO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. 1. Autoridade coatora, no mandado de segurança, é aquela que pratica, ordena ou omite a prática do ato impugnado (Lei Federal nº 12.016/09, art. 6º, § 3º), além de deter, na ordem hierárquica, poder de decisão, com competência para praticar atos administrativos

na qual não se descarta a judicialização futura via ação ordinária, que possivelmente trará prejuízos, inclusive, à Fazenda Pública, em especial pelos honorários advocatícios (art. 25 da LMS) e remessa necessária mais flexível (art. 496 do CPC/15 e art. 14, §1º, da LMS).

Sustenta-se, assim, que não se pode descartar que a permissão da correta indicação da autoridade coatora com fundamento nos arts. 338 e 339 do CPC/15 possivelmente viabilizará benefícios a todas as partes da demanda[6], com a consequente necessidade de afastamento da jurisprudência ora majoritária.

Referida tese já é admitida pela doutrina (Enunciados n. 511 e 42 do Fórum Permanente de Processualistas Civis[7]) e jurisprudência (STJ – ARESP 368159/PE e MS 17889/RS[8]).

Acrescente-se como fundamento à admissão dos arts. 338 e 339 do NCPC no MS a eficácia irradiante e vertical decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais; bem como de ALEXY (2012, p. 86) quanto aos direitos a proce-

---

decisórios. 2. A ilegitimidade passiva da autoridade coatora acarreta na extinção do feito, sem resolução do mérito, a teor do art. 485, inciso VI, do Código de Processo Civil, ante à impossibilidade de o Poder Judiciário corrigir de ofício o pólo passivo do mandamus. 3. No caso em tela, a autoridade apontada como coatora na exordial, sr. Bruno Jorge Rodrigues Alcântara, tido como responsável em suspender a remuneração da impetrante, é responsável apenas por atividades meramente operacionais, não possuindo competência e tampouco poderes à prática de atos administrativos decisórios. Assim, descuidando-se a agravada de indicar corretamente a Autoridade Coatora, ônus que lhe incumbia, deve o feito ser extinto, sem julgamento do mérito. 4. Recurso conhecido e Provido para conceder efeito translativo e extinguir a ação mandamental no juízo de piso (TJE/PA – Acórdão n. 179504 – Processo CNJ n. 0001444-14.2017.8.14.000, 2ª Turma de Direito Público, Rel. Desa. Nadja Nara Cobra Meda, p. em 18/08/17).

6 Será afastado, também, eventual fundamento de que a correção da autoridade coatora seria descabida pela impossibilidade de intervenção de terceiros no remédio heróico, notadamente pela inovação processual do CPC/15 que não elencou a nomeação à autoria como hipótese de intervenção, mas sim, técnica de saneamento do processo.

7 **Enunciado n. 42**: (art. 339) O dispositivo aplica-se mesmo a procedimentos especiais que não admitem intervenção de terceiros, bem como aos juizados especiais cíveis, pois se trata de mecanismo saneador, que excepciona a estabilização do processo. (Grupo: Litisconsórcio, Intervenção de Terceiros e Resposta do Réu).

Enunciado n. 511: (art. 338, caput; art. 339; Lei n. 12.016/2009) - A técnica processual prevista nos arts. 338 e 339 pode ser usada, no que couber, para possibilitar a correção da autoridade coatora, bem como da pessoa jurídica, no processo de mandado de segurança. (Grupo: Impacto do novo CPC e os processos da Fazenda Pública).

8 ... A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que **é possível que haja a emenda da petição do feito mandamental para retificar o polo passivo da demanda,** desde que não haja alteração da competência judiciária, e se as duas autoridades fizerem parte da mesma pessoa jurídica de direito público. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no AREsp: 368159 PE, Rel., Min. Humberto Martins, 2ª T, DJe 09/10/2013).

... **o Juiz ao deparar-se, em sede de mandado de segurança, com a errônea indicação da autoridade coatora, deve determinar a emenda da inicial** ou, na hipótese de erro escusável, corrigi-lo de ofício, e não extinguir o processo sem julgamento do mérito**. 4. A errônea indicação da autoridade coatora não implica ilegitimidade ad causam passiva se aquela pertence à mesma pessoa jurídica de direito público; porquanto, nesse caso não se altera a polarização processual, o que preserva a condição da ação**... (STJ - RMS: 17889 RS, Rel., Min. Luiz Fux, 1ª T, DJ 28/02/2005).

dimentos, em especial o atual papel jurisdicional de reconstrução do ordenamento jurídico a partir de uma postura dialógica com as partes a viabilizar uma prestação efetiva[9], ocasião em que há que se prestigiar mecanismos para evitar a extinção terminativa (e/ou adoção da encampação).

Isto porque a Constituição Federal/88 é expressa quanto à inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, XXXV), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV), o devido processo legal (art. LIV), a isonomia (art. 5º, *caput* e I) e o juiz natural (art. 5º, LIII).

A permissão de correta indicação da autoridade coatora possivelmente viabilizará a pertinente apresentação qualitativa de informações no *mandamus* proporcionando um esclarecimento efetivo acerca das questões em debate, de forma a garantir não só uma decisão definitiva, como também, o efetivo e adequado contraditório participativo (este último, de acordo com SOKAL, 2013, p. 23) e isonomia processual, assegurando-se a dialeticidade necessária a uma decisão judicial correta, adequada, leal (este último, de acordo com FARIA, 2017, p. 412) e legítima.

O prestígio à aplicabilidade dos arts. 338 e 339 do CPC/15[10] no MS e obediência ao princípio da primazia do mérito viabilizará garantias processuais ao impetrante (que não terá uma decisão terminativa por indicação errônea da autoridade coatora - art. 485, VI, CPC c/c art. 10, da LMS - ou até a decadência - art. 23, da LMS de impetração de novo *mandamus* , além de desconhecer a complexa estrutura da Administração Pública)[11].

Essa correção também poderá acarretar benefícios à Fazenda Pública e autoridade coatora porquanto a prestação de informações pela autoridade cor-

9 Conforme COSTA in MATTOS NETO, 2010, p. 80: "Os direitos fundamentais devem ser protegidos pelo juiz porque incidem sobre ele verticalmente, e, assim, se o legislador ou o administrador não dão tutela ao direito fundamental, caberá ao juiz fazê-lo, e, ainda, de modo efetivo, isto é, ainda que a lei processual não lhe ofereça as técnicas adequadas, deverá o juiz prestar a efetiva tutela jurisdicional, utilizando-se dos procedimentos à sua disposição ou suprindo a omissão processual, se necessário. Logo, a omissão não diz respeito apenas ao direito material, mas também às regras processuais, devendo o juiz proteger o direito fundamental pela atuação jurisdicional efetiva, suprindo a insuficiência da regra processual".

10 "CPC/15. **Art. 338**. Alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para substituição do réu.
Art. 339. Quando alegar sua ilegitimidade, incumbe ao réu indicar o sujeito passivo da relação jurídica discutida sempre que tiver conhecimento, sob pena de arcar com as despesas processuais e de indenizar o autor pelos prejuízos decorrentes da falta de indicação".

11 Registre-se que o conhecimento da complexa estrutura administrativa por parte do administrado não pode servir de base a dificultar-lhe o acesso à Justiça, tampouco a efetiva prestação jurisdicional, sob pena de comprometimento do princípio da inafastabilidade (art. 3º do NCPC e art. 5º, XXXV, da CF/88). Aliás, o motivo do veto presidencial (mensagem n. 642, de 07/08/09) ao art. 6º, §4º do PL n. 125/06 foi "considerar que a autoridade coatora responsável pelo ato ou omissão impugnados nem sempre é evidente ao cidadão comum", além de admitir a emenda necessária à correta indicação da autoridade coatora dentro do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias (e não somente em 10 dias relativos à emenda da inicial).

reta, mais próxima dos fatos e, portanto, em melhores condições de esclarecimentos da eventual inexistência de direito líquido e certo ou de que não há ato ilegal/coator a ser afastado (impondo-se a coisa julgada material em favor do Poder Público), permitirá um contraditório participativo, ampla defesa e isonomia processual na produção de provas (considerando-se a corrente que sustenta serem as informações da autoridade coatora meio de prova e não de defesa), além do afastamento da eficácia preclusiva da coisa julgada quando prestadas informações insuficientes na encampação (conforme SOKAL, 2013, p. 27)[12], além da prerrogativa da remessa necessária na eventualidade da concessão da segurança (remessa mais ampla em relação à inovação do art. 496 do CPC/15, nos termos do art. 14, §1º, da LMS[13]); da ausência de honorários advocatícios e de sucumbência recursal (art. 25, da LMS e enunciado n. 4 do FNPP).

Para ARAÚJO (2017, p. 203) "o erro na indicação da autoridade coatora não deverá gerar a extinção do processo por ilegitimidade (desde que não seja alterada a PJDP)". Ainda, ensina que as decisões de mandado de segurança devem ser cumpridas pela autoridade coatora, a qual deve responder processualmente por sua conduta (2017, p. 233). É esse, também, o entendimento de SODRÉ (*in* DIDIER JR, 2011, p. 119) admitindo a correção da autoridade coatora "porque fundada em interesse público e lastreada em economia e aproveitamento dos atos processuais".

Não se descarta que possivelmente viabilizará o adequado cumprimento da determinação judicial na suposta procedência e respectiva responsabilização no seu eventual descumprimento (sanções do art. 26 da LMS e multa; sem desconsiderar a corrente que defende se tratar de meio de prova, mas que viabilizará eventual afastamento de ação regressiva, responsabilidade funcional - após instauração de procedimento administrativo disciplinar - ou alguma consequência administrativa impeditiva de promoção, conforme ARAÚJO, 2017, p. 244) e, consequetemente, a dialeticidade, a impugnação específica, o devido processo legal e a própria completude e legitimidade da decisão judicial.

12 Nesse caso, a eficácia preclusiva da coisa julgada (art. 508, do CPC/15) surge como elemento prejudicial à Fazenda Pública nos casos em que há adoção da Teoria da Encampação, seja pela eventual concentração única na preliminar de ilegitimidade (quando não acolhida judicialmente), seja pela superação dessa preliminar cumulativa à defesa do mérito (possivelmente fragilizada, porquanto, não fornecida pela autoridade diretamente ligada aos fatos em debate), ainda que em acréscimo à preliminar de ilegitimidade (embora por adoção dos princípios da instrumentalidade, economia e duração razoável do processo). Ademais, a prestação de informações por quem não está diretamente ligado aos fatos pode comprometer o contraditório participativo, a ampla defesa e isonomia processual.

13 independente do valor da condenação – art. 496, §3º, do CPC/15; ou da jurisprudência – art. 496, §4º, do CPC; segundo o critério da especialidade já reconhecido pelo STJ – AgRg nos EDcl no AREsp 302656/SP, DJe 16.09.13, REsp 1274066/PR, DJe 09.12.11, REsp 630917/SP, Dje 25.09.08, REsp 924286/MT, Dje 26.06.08, REsp 604050/SP, DJe 01.07.05, REsp 655.958, DJU 14.2.05, REsp 788.847, DJU 05.06.06, REsp 313.773, DJU 19.9.02, bastando a concessão da segurança; embora haja respeitada doutrina em sentido contrário (ARAÚJO, 2017, p. 391).

Considerando-se que a avocação (na encampação) parte da autoridade superior com foro especial, há possível superação de competência absoluta (eis que funcional) e, consequentemente, desobediência ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII, da CF/88).

Respeitada doutrina leciona que as decisões consistem numa obrigação de fazer dirigida à autoridade coatora, devendo o agente descumpridor responder processualmente por sua conduta (ARAÚJO, 2017, p. 234). Dito isso, permitir-se a correção da autoridade coatora, além de proporcionar uma decisão legítima (porquanto garantida a dialeticidade) e acesso à ordem jurídica justa pronunciada por um juiz natural competente (eis que a Teoria da Encampação admite avocação pela autoridade superior; possivelmente com foro especial, superando-se indevidamente competência funcional, portanto, absoluta); pode garantir um adequado esclarecimento pela autoridade coatora que consiga afastar eventual responsabilidade funcional futura.

Para NERY JUNIOR (2017, p. 55) "o intérprete deve buscar a aplicação do direito ao caso concreto, sempre tendo como pressuposto o exame da Constituição Federal. Depois, sim, deve ser consultada a legislação infraconstitucional a respeito do tema". Ensina, ainda, que "bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due processo of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa" (p. 110). Sustenta que "pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao *processo justo*, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a *tutela jurisdicional adequada*" (p. 214).

Além disso, referido doutrinador afirma que "o direito à prova, manifestação do contraditório no processo, significa que as partes têm o direito de realizar a prova de suas alegações, bem como de fazer a contraprova do que tiver sido alegado pela parte contrária" (p. 251). Defende que "não basta garantir a paridade formal de armas, pois o princípio atua no sentido de que seja garantida a igualdade de armas do ponto de vista substancial, efetivo (p. 284); bem como que segundo o princípio da ampla defesa, há de se assegurar aos seus titulares o respectivo direito de prova de suas alegações, lecionando que "o direito à prova, pois, está imbricado com a ampla defesa e dela é indissociável" (p. 289). Por derradeiro, esclarece que "quanto à atitude e ao comportamento do juiz e do julgador administrativo, deve ter-se como preceito básico o princípio constitucional da eficiência do serviço público" (p. 372).

Diante de todos os ensinamentos referidos pelo ilustre doutrinador, com sustentação em diversos princípios constitucionais, verifica-se o reforço argumentativo para se admitir a correção da errônea indicação da autoridade coatora no MS, em especial, na tutela jurisdicional adequada cujo fundamento é o devido processo legal.

Segundo FERNANDES (2015, p. 449) é "importante ter em mente que o contraditório é garantia das partes, ou seja, daqueles a quem se destinam os efeitos do provimento. Sua inobservância representa causa de nulidade, de modo que deve ser observado".

Sabe-se que o contraditório participativo já foi objeto de análise pelo Supremo Tribunal Federal no sentido de que deve ser garantida a informação, a manifestação e o direito de ver seus argumentos considerados, em julgado que serviu de precedente à edição da Súmula Vinculante n. 05/STF (RE 434059/DF). Naquele caso, citara, inclusive, lição de Pontes de Miranda no sentido de que o constituinte buscava assegurar não simplesmente o direito de defesa, mas sim, uma pretensão à tutela jurídica.

Sob a coordenação de ALVIM (2017, p. 62), a cooperação prevista no art. 6º do CPC pauta o dever de cooperação que tem suas raízes no princípio da boa-fé condicionando "a conduta dos envolvidos no procedimento civil (partes, juiz servidores, testemunhas, oficiais de justiça, peritos etc.), exigindo-lhes postura voltada a possibilitar a adequada e célere solução da causa, mas sem negar, evidentemente, a dialeticidade que permeia as relações litigiosas"; o que reforça que a admissão da autoridade coatora correta prestigia a cooperação necessária a uma decisão mais adequada, na medida em que "o modelo do nosso processo justo é o modelo cooperativo, pautado pela colaboração do juiz para com as partes" (conforme MARINONI, 2017, p. 162), removendo-se eventuais obstáculos ao acesso efetivo à Justiça (consoante já sustentava WATANABE[14]).

Para CABRAL (2009, p. 227), em obediência à lealdade processual, há um *dever de engajamento* do Juiz, sendo "dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes", porquanto "o processo passou a ser concebido como um palco deliberativo, um cenário de interações dialéticas que viabilizem o discurso argumentativo dos sujeitos envolvidos", impondo-lhe o dever de inserir-se neste diálogo para que construam juntos a solução da causa.

A idéia argumentativa de se elencar referidos doutrinadores se sustenta no papel esperado do Juiz contemporâneo, partindo-se da garantia do contraditório (cuja desobediência pode gerar a nulidade) e dever de engajamento e cooperação com as partes a viabilizar um resultado processual mais efetivo; superando-se eventuais obstáculos, dentre eles, a errônea indicação da autoridade coatora.

Sustenta ALVIM (MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 1191) que há possível adaptabilidade da jurisprudência de acordo com o "ambiente decisional" (se de núcleo duro, tal como no direito tributário; ou mais flexível, a exemplo do direito de família), indicando possível *overruling* jurisprudencial (a fundamentar eventual superação da tese jurisprudencial de encampação – ou extinção termi-

14 WATANABE, Kazuo. "Acesso à Justiça e Sociedade Moderna", *in* Participação e Processo, RT, 1988, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, págs. 128-135.

nativa - nos termos dos arts. 338 e 339 do CPC/15 ou no dever de cooperação do juízo, em seu viés de dever de prevenção).

Segundo ARAÚJO (2017, p. 37), o Mandado de Segurança consiste em tutela jurisdicional diferenciada, necessitando-se "pensar o processo de acordo com sua função instrumental, com instrumentos aptos à realização do direito material" e "se as tutelas diferenciadas normalmente traduzem a necessidade de maior efetividade/menor tempo de duração da litispendência, uma importante perspectiva de superação dos entraves encontrados no processo é a ampliação dessas formas de tutelas jurisdicionais", sem descuidar dos princípios das partes e que deve preponderar provisoriamente a efetividade da tutela jurisdicional.

Para CUNHA (2017, p. 538), em decorrência do princípio da cooperação "um dos deveres que se atribui ao juiz é o de *prevenção*, consistente no convite ao aperfeiçoamento pelas partes de suas petições ou alegações. O juiz deve prevenir as partes de eventuais vícios, defeitos incorreções para que sejam sanados, a fim de possibilitar o exame do mérito e a solução da disputa posta ao seu crivo".

Segundo SOUSA (MITIDIERO; ARENHART, 2017, P. 360), a desobediência do dever de cooperação do juízo em aspectos processuais que poderiam ser superados "traduz-se numa nulidade processual, porque o tribunal deixa de praticar um ato que não pode omitir".

Conforme destacado acima, como se não bastassem todos os argumentos anteriores, observa-se que o papel instrumental do processo (ARAÚJO), o dever de prevenção do Juízo como vertente do princípio cooperativo (CUNHA) e a possível ocorrência de nulidade na sua eventual desobediência (SOUSA) reforçam o necessário ajuste no papel jurisdicional quanto à admissibilidade de correção da errônea indicação da autoridade coatora.

SOARES (2016, p. 52) demonstra a necessidade de flexibilização procedimental do remédio heróico, tendo em vista se tratar de garantia fundamental trazida na Carta Cidadã, bem como a opção restritiva à recorribilidade de decisões jurisdicionais presente no NCPC, exigindo-se uma releitura do instituto mandamental; reforçando-se, novamente, a necessidade de revisitação jurisprudencial majoritária quando da indicação errônea da autoridade coatora no MS, prestigiando-se a primazia do mérito e cooperação.

FERREIRA (2017, p. 01) também sustenta a possibilidade de correção da errônea indicação da autoridade coatora, com fundamento nos arts 139, IX e 317 do CPC/15, embora ainda sem a polarização da demanda.

SOKAL (2013, p. 29) já defendia a possibilidade de o juiz conceder prazo ao impetrante para a correção do equívoco relacionado à errônea indicação da autoridade coatora, tendo em vista o necessário contraditório participativo e o prejuízo à Fazenda Pública decorrente da eficácia preclusiva da coisa julgada.

De acordo com FRANÇA (MITIDIERO; ARENHART, 2017, p. 700) ao discorrer sobre a inafastabilidade jurisdicional:

> para a manutenção do Estado de Direito, torna-se obrigatória (pelo menos) a *expectativa* de que os atos administrativos possam ser tutelados por um ente constitucionalmente constituído para *chancelar* ocasionais legalidades, ou *corrigir* – ou *impedir* – eventuais ilegalidades" e conclui que "o controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal. Isso porque a chancela da legalidade trazida pela verificação jurisdicional reforça a legitimidade do ato administrativo.

Referida doutrina demonstra a importância de que exista uma tutela de mérito a eventualmente ratificar a legalidade do ato dito coator (em detrimento de eventual extinção terminativa); ou ainda, de corrigir possível ilegalidade, alcançando-se, desde logo, uma prestação jurisdicional efetiva ao impetrante e menos onerosa à Fazenda Pública (eis que ausentes honorários advocatícios e consequentemente a sucumbência recursal).

Segundo FARIA (2017, p. 412), "entende-se como fundamental o estabelecimento de pelo menos três elementos à construção do 'modelo de juiz leal', quais sejam o contraditório participativo, o princípio da cooperação e a gestão processual"; concluindo que o rigor excessivo do magistrado para com os formalismos processuais pode ser enumerado como "ferramenta desleal da atuação jurisdicional", consistindo manifesto descaso com as decisões meritórias.

Assim, permitir-se a correção da errônea indicação da autoridade coatora pode viabilizar maior legitimidade democrática, credibilidade (FARIA, 2017, p. 70) e efetividade às decisões judiciais, ne medida em que permite a inafastabilidade e lealdade jurisdicional sem descuidar do devido processo legal, contraditório participativo, isonomia na produção de provas, juiz natural e cooperação, prestigiando-se a primazia do exame do mérito e dialeticidade necessária à adequada conclusão judicial.

Acrescente-se que pode apresentar benefícios a todos os pólos da demanda, mitigando-se possíveis prejuízos, com o afastamento da decadência, de eventual prestação de informações insuficientes ou frágeis pela autoridade coatora não diretamente ligada aos fatos, além das garantias processuais da remessa necessária, ausência de honorários e de sucumbência recursal no procedimento especial.

Ante ao exposto, buscou-se apontar possíveis prejuízos e sugerir mecanismos a viabilizar supostos benefícios processuais, alcançando-se o mérito legítimo e a ampliação do acesso à ordem jurídica justa, assegurando-se, ao final, o possível cumprimento da decisão e eventual responsabilização da autoridade coatora que praticou o ato supostamente ilegal ou abusivo de poder ou, ao contrário, o adequado esclarecimento da legalidade do ato e a coisa julgada material em seu favor.

3. CONCLUSÕES PROPOSITIVAS

Diante do exposto, apresentam-se as seguintes conclusões propositivas:

1. Considerando o novo ordenamento processual baseado na cooperação, primazia do mérito e contraditório participativo, há que se admitir uma nova postura dos litigantes no processo civil, o que interfere, inclusive, no papel do Juiz;
2. Tendo em vista a inovação processual civil quanto aos arts. 338 e 339 do CPC/15 como técnica de saneamento (e não intervenção de terceiros, na superada hipótese de nomeação à autoria), não se pode descartar a sua admissibilidade no procedimento especial do MS;
3. A atual extinção terminativa do feito ou adoção da encampação (na eventual indicação errônea da autoridade coatora) implica em prejuízos a todos os pólos processuais do MS, tendo em vista que inadmitir a correção da autoridade prejudica não só o impetrante (decadência), mas também a Pessoa Jurídica de Direito Público (eficácia preclusiva da coisa julgada), a autoridade coatora (ausência de contraditório participativo) e a leal prestação jurisdicional (em detrimento da cooperação e do princípio do juiz natural, este último no caso de encampação);
4. Admitir-se a aplicação dos arts. 338 e 339 do CPC/15 no procedimento especial do MS potencialmente viabilizará maiores benefícios ao impetrante, afastando-se eventual decadência ou extinção terminativa do feito; bem como tem potencial de beneficiar a autoridade coatora, em razão do contraditório participativo e maior aptidão de melhor defesa do ato então guerreado, a reunir maiores subsídios à sustentação de sua legalidade, além de afastar eventual responsabilidade funcional;
5. A prestação de informações pela autoridade coatora correta potencialmente viabiliza maiores elementos de defesa à Fazenda Pública, além do afastamento de honorários advocatícios (art. 25/LMS) e remessa necessária mais ampla (art. 14, §1º/LMS em detrimento do art. 496/NCPC);
6. A permissão de que se corrija a autoridade coatora erroneamente indicada na inicial prestigia o princípio da cooperação processual e postura leal do Juiz, a viabilizar o contraditório participativo e uma decisão judicial mais legítima e efetiva.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Angélica Arruda; ASSIS, Araken de; ALVIM; Eduardo Arruda; LEITE, George Salomao (Coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Mandado de Segurança**. 6ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BRASIL, Planalto, **Mensagem de Veto Presidencial n. 642, de 07/08/09**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/Msg/VEP-642-09.htm, acesso em 19/12/17.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no ARESp 368159/PE, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, Dje 09/10/13**. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=368159&b=ACOR&p=true&l=10&i=3, consulta em 19/12/17.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RMS 39.048/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª Turma, Dje 02/02/15**. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=39048&b=ACOR&p=true&l=10&i=5, consulta em 20/12/17.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **MS 14256/DF, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. p. Acórdão Min. Marco Aurélio Belizze, 3ª Seção, Dje 11/09/14**. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?live=14256&b=ACOR$p=-true&l=10&i=1, acesso em 19/12/17.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **MS 9003/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, Dj 08/09/03**. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=9003&b=ACOR&p=true&l=10&i=5, consulta em 21/12/17.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **RMS 17889/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Dj 28/02/05**. Disponível em http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=17889&b=ACOR&p=true&l=10&i=33, consulta em 19/12/17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 23977/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, j. em 12/05/10**. Disponível em http://www.portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1944785, acesso em 20/12/17.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Apelação n. 0001361-69.2014.8.14.0075**, **Rel. Desa. Celia Regina de Lima Pinheiro, j. em 26/03/18**. Disponível em http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=indica%C3%A7%C3%A3o+err%C3%B4nea+-da+autoridade+coatora+extin%C3%A7%C3%A3o&jp_search=1&site=jurisprudencia&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&getfields=*&-client=consultas&proxystylesheet=consultas&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=-JP&lr=lang_pt . acesso em 01/07/18.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Agravo de Instrumento n. 0001444-14.2017.8.14.0000**, **Rel. Desa. Ndja Nara Cobra Meda, j em 17/08/17**. Disponível em http://gsa-index.tjpa.jus.br/consultas/search?q=indica%C3%A7%C3%A3o+err%C3%B4nea+da+autoridade+coatora+extin%C3%A7%C3%A3o&jp_search=1&site=-jurisprudencia&entqr=3&oe=UTF-8&ie=UTF-8&wc=200&wc_mc=1&ud=1&filter=0&-

getfields=*&client=consultas&proxystylesheet=consultas&sort=date%3AD%3AS%3A-d1&aba=JP&lr=lang_pt. Acesso em 01/07/18.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade** prima facie **dos atos processuais**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

COSTA, Rosalina Moitta Pinto da. **O papel do juiz na concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional**. A leitura: Caderno da Escola Superior de Magistratura do Estado do Pará, v. 3, p. 20-27, 2010.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Ações Constitucionais**. 5ª ed. Salvador: Juspodivm, 2011.

FARIA, Marcio Carvalho. **A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal**. Coord. Teresa Arruda Alvim e Eduardo Talamini. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

FERREIRA, Stéfano V. M.. **A indicação errônea da autoridade coatora no Mandado de Segurança à luz do novo Código de Processo Civil.** REVISTA DO PORTAL JURÍDICO INVESTIDURA , v. 1, p. 1-1, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio. MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil.** 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MATTOS NETO, Antônio José. Estado democrático de direito e direitos humanos. (Org.). **O processo como instrumento de garantia dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito**. 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-93.

MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz (Coord.); DOTTI, Rogéria (Org.). **O Processo Civil - entre a técnica processual e a tutela dos direitos**: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SOARES, Leonardo Oliveira. **Terceiros escritos de Direito Processual: agora mesmo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SOKAL, Guilherme Jales. **A Teoria da Encampação no Mandado de Segurança**. XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado. Ipojuca, 2013.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna**. *in* Participação e Processo, RT, 1988, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe.

O STJ, A LÓGICA E O TETO UNIFICADO PARA OS HONORÁRIOS NOS EMBARGOS E NA EXECUÇÃO FISCAL

Guilherme Jales Sokal [1]

RESUMO

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça impõe um teto unificado para a soma dos honorários sucumbenciais na execução de título extrajudicial e nos embargos à execução, inclusive as execuções fiscais estaduais. Este trabalho analisa criticamente os fundamentos que servem de base a essa orientação, sob os ângulos conceitual, lógico e sistêmico, apontando as razões para seu absoluto abandono.

1. UM PROBLEMA AINDA À DERIVA

O Código de Processo Civil de 2015 imprimiu aos honorários advocatícios um regime bastante complexo, em um mosaico composto por considerável número de disposições na Parte Geral, no que se inclui a emblemática previsão de dezenove parágrafos sob o *caput* do art. 85, e outras tantas regras na Parte Especial. Por um lado, isso naturalmente fez nascer problemas novos, como o difícil balizamento para a majoração dos honorários pela sucumbência no recurso (CPC/15, art. 85, § 11)[2]. Em outras passagens, o legislador de 2015 tomou posição clara para resolver problemas antigos, surgidos sob o diploma revogado, ainda que a solução agora dada caminhe em franca oposição ao norte então fornecido pela jurisprudência[3]. E um terceiro leque de problemas no regime dos honorários congrega aqueles que ficaram, por assim dizer, simplesmente à deriva, porque a respeito deles já havia respostas relativamente firmes nos Tribunais sob o Código velho, mas essas respostas não foram nem incorporadas pelo legislador de 2015, que não as endossou no texto da lei, nem tampouco rejeitadas por disposição em contrário. Em casos tais, e que não são poucos, rema-

1 Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: sokal@uol.com.br.

2 Sobre o tema, conferir as importantes diretrizes já traçadas pelo STJ no julgamento dos EDcl no AgInt no REsp 1573573/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, 3ª Turma, j. em 04/04/2017, DJe 08/05/2017. Na doutrina, remete-se a SOKAL, Guilherme Jales. *A sucumbência recursal no novo CPC: razão, limites e algumas perplexidades*. Revista de Processo, São Paulo: ed. RT, v. 41, n. 256, jun. 2016, p. 179-205.

3 São exemplos o § 14, parte final, do art. 85, ao vedar a compensação de honorários em caso de sucumbência recíproca, e o § 18 do mesmo dispositivo, que preserva a via da ação autônoma quando omissa a sentença transitado em julgado quanto à verba honorária, ambos do CPC/15, e que superam, respectivamente, as Súmulas nºs 306 e 435 do STJ. Nesse sentido, cf. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Honorários no Novo Código de Processo Civil e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, In: Honorários advocatícios (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. II), Marcus Vinícius Furtado Coêlho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coords.), Salvador: Juspodivm, 2015, p. 235-246.

nesce para a doutrina a missão de levar a cabo um duplo teste, de escrutinar as razões que serviram de base à orientação jurisprudencial então prevalecente, que bem poderia tropeçar nas premissas mesmo em seu berço, e de verificar até que ponto ela pode seguir de pé na interação com as regras que agora compõem o vigente sistema processual.

Como se verá ao longo do texto, situa-se nesse último grupo a inclinação, presente em numerosos julgados do Superior Tribunal de Justiça, de impor limite máximo unificado, um *teto*, para a soma dos honorários sucumbenciais na execução e nos embargos desta decorrentes. O tema, que atinge de maneira geral as execuções de título extrajudicial para pagar quantia certa, inclusive as execuções fiscais estaduais, ganha ainda mais em importância porque figura como um dos tópicos pendentes de análise pela Corte Especial do STJ no Recurso Especial Repetitivo nº 1.520.710/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques. E para demonstrar como essa orientação jurisprudencial não resiste nem ao primeiro, nem ao segundo teste acima apontados, nos tópicos a seguir será inicialmente traçado o panorama da disciplina dos honorários sucumbenciais na execução de título extrajudicial, pontuando-se, após, como se construiu a frágil exegese em prol do teto unificado, para ao final serem apresentadas as muitas razões que levam a seu absoluto abandono, sobretudo diante do CPC/15.

2. PASSADO E PRESENTE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS NA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL POR QUANTIA CERTA

O art. 85, § 1º, do CPC/15, em uma regra de abertura, enuncia o cabimento de honorários sucumbenciais em seis domínios distintos. Em especial, a lei agora afirma devidos honorários advocatícios "no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, [e] na execução, resistida ou não, [...] cumulativamente". Esse reconhecimento formal, cujo regime é detalhado ao longo do Código, é o ponto de chegada de importante evolução a que se submeteu nosso sistema processual desde a entrada em vigor do CPC/73, e retomá-la contribui para clarear a natureza, o momento, a cognição judicial e os limites do arbitramento dos honorários na execução também sob o CPC/15.

Na redação original do Código de 1973, não havia norma legal a disciplinar o cabimento de honorários na execução de título extrajudicial. Instaurou-se, por conta disso, acesa polêmica na primeira década de sua entrada em vigor, separando aqueles que negavam e os que reconheciam a existência da verba, com importantes nomes da doutrina a defender cada um dos lados. Aqueles que a negavam, capitaneados por Celso Neves, professor titular da Universidade de São Paulo[4], fundavam-se no princípio fundamental da execução: a adstrição ao

4 NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 646 a 795)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª Edição, 1977, p. 261-270, em opinião que não alcançava as custas judiciais, para o autor abarcadas pelo art. 19 do Código também na execução.

título. Quando em cena um título extrajudicial, a prestação nele enunciada se limita, salvo raras exceções, ao crédito principal, sem prever também honorários. Logo, tal verba não poderia ser inserida pelo juiz da execução, ao despachar a petição inicial[5], como débito contra o réu, porque com isso se ultrapassariam os limites do título, em excesso de execução, e para esse fim nada diferenciaria os honorários sucumbenciais de qualquer outra prestação. Somente com a prolação de sentença, em atenção ao *caput* do art. 20 então vigente, é que o executado poderia ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais[6].

Essa corrente restritiva sofreu, porém, duras críticas, especialmente por Egas Dirceu Moniz de Aragão[7] e José Joaquim Calmon de Passos[8]. Segundo estes, negar o direito à verba, em primeiro lugar, privaria o exequente da integralidade de seu direito material, sujeitando o valor econômico da prestação constante do título sempre, na prática, à dedução dos encargos com o ingresso em juízo para satisfazê-la, suportados por ele, de que são espécie os honorários do patrono, apesar de ter sido o executado quem, resistindo à satisfação do crédito, deu causa à execução[9]. No extremo, a posição restritiva exigia que o exequente, se desejasse condenar o executado em honorários, ajuizasse um novo processo de conhecimento com tal pedido, duplicando desnecessariamente a atividade jurisdicional[10]. Apontava-se, ainda, que a tese de Celso Neves não forneceria resposta adequada à previsão do art. 659 do CPC/73, segundo o qual competia ao oficial de justiça, não realizado o pagamento ou nomeados bens à penhora pelo executado, promover a penhora de bens suficientes para a satisfação do principal, juros, custas *e honorários*, assim logicamente incluindo esta última verba no objeto da execução[11]. E, por fim, nem mesmo a limitação ao título executivo ser-

5 Referido autor, no entanto, não rejeitava a imposição de honorários *depois* de ultrapassado o prazo para pagamento ou nomeação de bens à penhora, como consta de *Op. Cit.*, p. 263, distinção criticável por desconsiderar que a causalidade já estava presente desde a resistência extrajudicial do executado a cumprir com a prestação.

6 Similar, ao menos nesse último ponto, era a lição de LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VI,* Tomo I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1ª Edição, 1974, p. 323-5, para quem o juiz da execução deveria proferir uma sentença, na própria execução de título extrajudicial, para condenar o executado ao pagamento dos encargos processuais, aí incluídos os honorários e as custas da execução.

7 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Juros, honorários e custas no processo de execução de títulos extrajudiciais*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 6, abril-junho/1977, p. 15-26.

8 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da responsabilidade por custas e honorários de advogado na execução de títulos extrajudiciais*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 3, julho-setembro/1976, p. 22-31.

9 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.*, p. 26-7. O argumento, como é perceptível, deita raízes na lição clássica de CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas*, tradução de Juan A. de la Puente y Quijano, Madrid: Gráfica Universal, 1928, em especial às p. 230-3.

10 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 17.

11 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 18-19, com a crítica à interpretação de restringir o alcance do art. 659 do CPC/73 apenas aos casos em que o título extrajudicial previsse honorários sucumbenciais. O argumento exposto no texto também se estendia ao art. 651 do CPC/73, relativo à remição da execução.

viria de argumento em contrário. É que haveria, sim, título executivo quanto aos honorários de sucumbência na execução de título extrajudicial, mas esse título, na realidade, seria de natureza judicial: a decisão interlocutória de recebimento da petição inicial com a ordem de citação do executado, que deveria também arbitrar os honorários desde logo. Tratava-se, como hoje ainda se trata sob o CPC/15, de uma fixação provisória do crédito dos honorários, que se aproveita da técnica monitória no processo civil: há, no pronunciamento liminar positivo, a formação acelerada de um título executivo judicial quanto aos honorários em favor do exequente a partir de cognição sumária, através da qual o juiz analisa (i) os requisitos do título executivo extrajudicial, aferindo a liquidez, certeza e exigibilidade do crédito principal constante deste, e (ii) o trabalho já desempenhado pelo patrono do exequente, na elaboração da petição inicial, e mesmo o trabalho ainda a desempenhar no desenrolar do procedimento, em uma prognose sobre o que será necessário para a condução da execução[12]. Oferecidos embargos, essa fixação provisória teria sua eficácia suspensa, até que resolvida a defesa do executado[13], à semelhança da ação monitória já então adotada no direito comparado e depois introduzida no Brasil na década de 1990. Logo, a rigor toda execução de título extrajudicial é, quanto à verba honorária, também uma execução de título judicial, cumulativamente[14].

A polêmica perdurou por longos anos[15], até que, em 1994, teve fim com a superveniência da Lei nº 8.952/94, que alterou o art. 20, § 4º, do CPC/73 para nele contemplar honorários nas "execuções, embargadas ou não". Isso significou, de um lado, que o arbitramento dos honorários nas execuções de título extrajudicial haveria de se submeter à apreciação equitativa do juiz, núcleo do regime do referido § 4º, algo muito diverso da rigidez da base de cálculo e dos limites mínimos e máximos definidos no § 3º do art. 20 do CPC/73. Por outro, não cuidou o legislador de esclarecer qual momento adequado, no procedimento, para a fixação dos honorários na execução, assim ainda relegado à construção doutrinária. Em suma, a mudança legislativa superou a questão inicial quanto a caberem ou

12 É o que muito corretamente apontou ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. Cit.*, p. 21-23. No que toca ao trabalho valorado pelo juiz na fixação de plano dos honorários, e já sob a Lei nº 11.382/06, v., quanto ao primeiro aspecto referido no texto, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes, *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p. 217; e, quanto a ambos, ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 594.

13 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. Cit.*, p. 26.

14 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Honorários no processo de execução*, In: Honorários advocatícios, Coleção Grandes temas do Novo CPC, (coord.) Marcus Vinícius Furtado Coêlho e Luiz Henrique Volpe Camargo, Salvador: Ed. Juspodvim, 2015, p. 1.128.

15 Colhe-se, na jurisprudência da época, julgado favorável aos honorários em STF, RE nº 99.604, Rel. Min. Moreira Alves, Segunda Turma, julgado em 04/03/1983, DJ 20-05-1983, apontando o voto do Min. Relator se tratar de posição amplamente dominante. Noticiando também ser então majoritária, na doutrina e nos tribunais, a orientação favorável aos honorários, v. CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1978, p. 386-7.

não honorários na execução, respondendo-a positivamente, e apenas isso; não dedicou regras à execução que esmiuçassem seu regime.

Parte do vazio veio a ser preenchido, uma década depois, com a Lei nº 11.382/06, que, na esteira de ampla reforma do processo de execução, incluiu o art. 652-A no CPC/73. O dispositivo passou a prever que "ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários de advogado a serem pagos pelo executado (art. 20, § 4º)", claramente definindo uma etapa no procedimento, virtuosa por permitir ao executado cumprir imediatamente a íntegra do objeto da execução, conhecendo seu valor[16]. Em harmonia, estabeleceu-se também, no parágrafo único do dispositivo, a redução pela metade dos honorários em caso de pagamento em até três dias, uma sanção premial voltada a incentivar, sob o ângulo econômico, a satisfação do crédito, e que encontra razão no fato de a verba honorária inicial, na execução, se destinar a remunerar tanto o trabalho já realizado no limiar do feito como também, em prognose, o trabalho a realizar, perdendo este último qualquer razão de ser com o imediato pagamento pelo réu[17].

Esse quadro sofreu sensíveis mudanças com o CPC/15. No atual sistema processual, a sede principal para os honorários na execução de título extrajudicial é o art. 827, situado no Livro II da Parte Especial, dedicado ao Processo de Execução, e que se desvia do regime geral dos honorários previsto no art. 85, na Parte Geral. O *caput* do art. 827 reitera, como fazia o direito revogado, o momento do deferimento da inicial para que o juiz fixe, em cognição sumária, os honorários provisórios a favor do exequente. A regra, no entanto, define os honorários em uma alíquota rígida, de 10%, a significar que não cabe ao juiz, nessa oportunidade, alterá-la nem para mais, nem para menos[18]. Trata-se de um regime *especial quanto ao ato*, que mira na citação no processo de execução de título extrajudicial, e por isso prevalece sobre a sistemática geral dos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15 para a definição dos honorários[19].

16 LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Op. cit.*, p. 172.

17 Nesse sentido, em atenção ao art. 827, §1º, do CPC/15, mencionado a seguir no texto, v. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.123.

18 ROQUE, Andre Vasconcelos. Comentários ao art. 827, In: *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*, Fernando da Fonseca Gajardoni [et.al.], Rio de Janeiro: Ed. Forense, São Paulo: ed. Método, 2017, p. 213. A despeito da omissão do dispositivo, que não define a base de cálculo da alíquota, a melhor interpretação é fazê-la incidir sobre o valor do crédito exequendo, por constituir o proveito econômico da execução, em harmonia com os §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/15.

19 Algo de similar vale para o cumprimento de sentença de pagar quantia certa, com a definição rígida de honorários em 10% em favor do exequente pelo art. 523, §1º, do CPC/15, ainda que tal exequente seja a Fazenda Pública. A coerência entre os dois regimes, no entanto, está longe de ser linear: basta atentar para o fato de que, no cumprimento de sentença, o pagamento pelo devedor no prazo de *quinze* dias *afasta* a incidência de honorários, pois tal acréscimo só se se opera quando decorrido *in albis* o prazo legal, como consta do art. 523, §1º, primeira parte; já na execução por título extrajudicial, ao contrário, a verba honorária é devida desde o despacho da petição inicial, ressalvada apenas a *redução à metade* – não a supressão – na hipótese de pagamento em *três* dias (art. 827, §1º). Também apontando a falta de coerência nos dois regimes, v. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.124.

No § 1º do art. 827 mantém-se o estímulo ao executado para cumprir a prestação no prazo de três dias a contar da data da citação (CPC/15, art. 829), caso em que os honorários são reduzidos à metade, em harmonia com o art. 90, § 4º, também do Código, destinado ao processo de conhecimento. Mas essa possibilidade de redução, que antes figurava isolada, agora convive com outra inovadora disposição de alteração da verba honorária, dessa vez para majorá-la. Com efeito, e acolhendo a crítica da doutrina de que a provisoriedade da fixação inicial teria de ser de mão dupla, o § 2º do art. 827 prevê que os honorários na execução podem ser majorados para até 20%, em atenção ao trabalho, antes apenas projetado, *efetivamente* realizado pelo patrono na condução da causa[20]. A redação da regra, no entanto, está longe de ser primorosa, ensejando críticas sob dois ângulos distintos, e que dizem respeito aos dois cenários eleitos pelo legislador para ensejar a majoração.

Em primeiro lugar, o dispositivo parece embaralhar os trabalhos desempenhados em duas relações processuais distintas, ao afirmar, em sua primeira parte, que a majoração pode ocorrer "quando rejeitados os embargos à execução", como se a atividade desempenhada pelos patronos *nos embargos* fosse causa para o aumento dos honorários *na execução*[21]. As razões pelas quais tal interpretação deve ser rejeitada, a bem da coerência sistêmica, serão expostas no item 4.6, adiante; as duas verbas e os dois trabalhos são inconfundíveis, e devem ser tratados como tais. Em segundo lugar, tampouco foi claro o legislador ao remeter a majoração, quando não opostos embargos, para o "final do procedimento executivo". O final a que naturalmente se dirige a execução é a satisfação do crédito, a ser pronunciada por sentença, nos termos dos arts. 924, II, e 925 do CPC/15. Para essa satisfação, exige o art. 907 o pagamento ao exequente do principal, juros, custas *e honorários*, somente após o que "a importância que sobrar será restituída ao executado". Logo, se seguido o marco do "final do procedimento executivo", a majoração teria de ser feita pelo juiz no momento do levantamento do remanescente em dinheiro pelo executado, descontando dessa quantia o acréscimo de honorários, só possível se houver numerário suficiente para tanto depositado em juízo como produto da arrematação ou da adjudicação do bem penhorado. Nos demais casos, isto é, se o bem penhorado for diretamente o dinheiro ou se o valor depositado não for suficiente para cobrir o acréscimo, o cenário se torna bastante nebuloso. Basta considerar que a chamada penhora *online* (CPC/15, art. 854), caminho mais corriqueiro para alcançar o dinheiro em poder do executado, toma por limite o valor da execução no momento em que ordenada, logicamente tendo em conta os honorários até então fixados. Portanto, se a majoração da verba ocorrer "ao final do procedimento

20 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 594, ressaltando que "nenhum juiz é adivinho", e defendendo essa majoração mesmo à luz do CPC/73.

21 Assim, em tom crítico, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.126.

executivo", depois de realizada a penhora *online* ou quando o dinheiro depositado não for suficiente, isso implicará em *nova* penhora relativa ao acréscimo, que pode muito bem ser dependente, por sua vez, de *novo* trabalho do advogado para atingir o final do procedimento de expropriação, e que a princípio nada justificaria não fosse igualmente considerado em *nova* majoração, em um ciclo sem fim[22]. Então, a despeito da letra da lei, a majoração deve ocorrer quando ordenado o ato executório, em percentual que reflita o trabalho exercido pelo advogado após a petição inicial e, ainda, aquele que presumivelmente será desempenhado nas etapas subsequentes do meio executório eleito, submetendo-se essa majoração à confirmação quando do levantamento do depósito[23].

Se esse é, em linhas gerais, o quadro dos honorários na execução de título extrajudicial, já o regime da verba nos embargos é sensivelmente mais simples. Como processo de conhecimento que é, com pedido de desconstituição do título executivo ou de declaração de nulidade daquele ou de algum ato executório[24], sob o Código de 1973 a fixação dos honorários nos embargos, ainda que procedentes, estava sujeita à apreciação equitativa do juiz (art. 20, §4º), sem condenação a justificar a subsunção ao §3º[25]. Isso é alterado com o Código de 2015, porque, como qualquer processo de conhecimento, também os embargos se sujeitam aos §§ 2º e 3º do art. 85, conforme ausente ou não a Fazenda Pública no feito, e que agora arvoram o proveito econômico como principal norte para

22 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.126.

23 Para definir o percentual devido a titulo de majoração, são aplicáveis, por certo, os critérios previstos nos incisos I a IV do § 2º do art. 85. Além disso, o § 1º do art. 827 pode indicar um norte a mais. Se essa regra reduz a 5% os honorários quando a prestação é paga pelo executado em três dias, isso significa que, dos 10% inicialmente previstos no *caput* do art. 827, metade se destina ao trabalho na elaboração da petição inicial e a outra metade ao trabalho que presumivelmente seria desempenhado por um advogado na condução de execução por quantia certa até o seu fim. Logo, e mirando agora nos 10% que ainda podem ser acrescidos por força do art. 827, § 2º, atos postulatórios de relevância similar à petição inicial na execução que venham a ser praticados pelo exequente, como (i) a resposta a uma exceção de pré-executividade ou os pedidos (ii) de instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou (iii) de redirecionamento da execução fiscal contra um responsável tributário, deveriam ser valorados em patamar até 5% para a majoração, deixando-se a aferição dos 5% ainda remanescentes para quando a prática de atos executórios efetivamente exija um trabalho especial do patrono, a exemplo (iv) de uma complexa demonstração de fraude à execução ou (v) do requerimento adequadamente fundamentado de medida executória atípica com fulcro no art. 139, IV, do CPC/15.

24 Nesse sentido, SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, São Paulo: ed. Saraiva, 1997, p. 110-111.

25 Assim, por todos, ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 594-5; e PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Op. cit.*, p. 31. A jurisprudência, no entanto, era vacilante, como narra LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Op. cit.*, p. 161, por vezes aplicando o § 3º do art. 20 para impor o balizamento rígido das alíquotas de 10% a 20% sobre a base de cálculo do valor do excesso de execução (v.g., STF, RE nº 94.112/GO, Rel. Min. Décio Miranda, Segunda Turma, julgado em 26/06/1981, DJ 14-08-1981; e STJ, REsp 5.988/MS, Rel. Ministro Fontes de Alencar, Quarta Turma, julgado em 11/06/1991, DJ 01/06/1992, e AgRg no Ag 1108553/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma julgado em 28/04/2009, DJe 25/05/2009), e em outras ocasiões afirmando o regime do § 4º (v.g., STJ, REsp 296.455/RS, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 27/03/2001, DJ 11/06/2001).

definição da base de cálculo dos honorários, assim também atraindo as alíquotas mínimas e máximas neles previstas, relegada a apreciação equitativa apenas à excepcional hipótese do § 8º do art. 85[26]. Depois de fixados os honorários nos embargos, o Código afirma, no § 13 do art. 85, que os atos executivos tendentes a satisfazê-los devem ser praticados na continuidade do processo de execução, acrescendo-os ao crédito principal a bem da economia e do aproveitamento dos atos processuais, caminho mais simples do que a instauração, nos autos dos embargos, de fase de cumprimento de sentença, que levaria à duplicação de atos constritivos em paralelo[27].

3. O STJ E A IMPOSIÇÃO DE UM TETO UNIFICADO PARA EMBARGOS E EXECUÇÃO FISCAL

Ao regime acima descrito há de ser adicionado um componente a mais, não escrito, de longa data proclamado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: o teto unificado dos honorários nos embargos e na execução, que, somados, não podem ultrapassar a alíquota de 20%.

Identificar o fundamento em que se apóia essa orientação, no entanto, não é tarefa singela. Ora afirmando se tratar de uma única verba honorária a abarcar os dois processos[28], ora assentando que o teto tem em mira a "integralidade *do processo*", como se embargos e execução fossem uma única relação processual[29], e ora considerando que as duas verbas, embora autônomas e decorrentes de dois processos, encontram um limite comum, os fundamentos adotados ao longo do tempo por aquela Corte Superior variam bruscamente, sem apego a uma linha argumentativa muito clara. Reputou-se que o teto unificado se justificaria para evitar o *bis in idem*[30] ou não onerar excessivamente o devedor[31]. Em outros casos, o limite foi imposto com singela referência ao Verbete XLVI do Simpósio de Processo Civil de Curitiba[32]. Um grande número de julgados se restringe

26 Sobre o tema, remete-se a SOKAL, Guilherme Jales. *Op. cit.*, p. 180-185.

27 O ponto será retomado adiante, no item 4.6 do texto.

28 Assim, por exemplo, STJ, REsp nº 13.722/SP, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, Segunda Turma, julgado em 23/03/1994, DJ 13/06/1994; STJ, REsp nº 162.707/PR, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Rel. p/ Acórdão Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 07/05/1998, DJ 28/06/1999; e STJ, REsp nº 330.107/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma julgado em 12/03/2002, DJ 20/05/2002.

29 V.g., STJ, AgRg no REsp nº 1.076.802/RS, Rel. Min. Paulo Gallotti, Sexta Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 23/03/2009; e STJ, AgRg no Ag nº 952.629/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 01/04/2008, DJe 17/04/2008.

30 STJ, REsp nº 3.268/RJ, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 11/09/1990, DJ 09/10/1990.

31 STJ, REsp 97.466/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 15/10/1996, DJ 02/12/1996; STJ, REsp nº 169.538/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 22/08/2000, DJ 09/10/2000; e STJ, REsp nº 735.669/PE, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 07/06/2005, DJ 01/07/2005.

32 STJ, REsp nº 20.806/SP, Rel. Min. Cláudio Santos, Terceira Turma, julgado em 26/10/1992, DJ 23/11/1992, apenas com o registro, na ementa, mas não no voto, de que tal orientação se

a repetir o limite unificado, em um ranço que não é novo de menosprezar a fundamentação dedicada aos ônus sucumbenciais, sem declinar qualquer razão adicional, quando muito com a transcrição de ementas cujos acórdãos, se por sua vez consultados no inteiro teor, tampouco agregam algo a motivar o limite[33]. Invoca-se também o fato de que "tanto na execução como nos embargos, a questão é uma só: a discussão sobre a procedência ou não da dívida"[34], somando-se a isso a natureza provisória dos honorários em favor do autor no processo de execução, a reforçar que a autonomia entre as duas ações não seria absoluta, não subsistindo aqueles após a vitória do executado nos embargos[35]. Por fim, afirma-se que inexiste contraditório na execução[36], ou que o patrono do executado,

justificaria também para "não onerar em demasia o devedor"; e STJ, REsp nº 13.610/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 22/02/1994, DJ 28/03/1994. Ocorrido entre 27 e 30 de outubro de 1975 na Universidade Federal do Paraná, o Simpósio de Processo Civil teve participação, dentre outros, de Egas Dirceu Moniz de Aragão e Alfredo Buzaid, e se destinou a "debater as dúvidas suscitadas pelo Código do Processo Civil [de 1973] nos seus primeiros dois anos de atuação", nas palavras do primeiro professor, conforme consta de https://revistas.ufpr.br/direito/article/viewFile/8882/6192, acesso em 20/06/2018. A redação do Verbete XLVI era a seguinte: "No processo de execução cabe a cominação de honorários advocatícios, devendo o juiz fixá-los no despacho liminar, mesmo na ausência de requerimento de credor. Havendo Embargos de Devedor, será cabível condenação em honorários advocatícios novamente, respeitado o limite total de 20% sobre o valor da ação de execução".

33 STJ, REsp nº 59.175/RJ, Rel. Min. Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 23/05/1996, DJ 16/12/1996; STJ, REsp 197.120/MG, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 26/10/1999, DJ 13/12/1999; STJ, AgRg no REsp 453.739/RS, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, julgado em 26/11/2002, DJ 16/12/2002; STJ, REsp nº 589.772/RS, Rel. Min. Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 16/02/2006, DJ 24/04/2006, p. 392; STJ, EREsp nº 659.228/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial, julgado em 01/08/2011, DJe 29/08/2011; STJ, AgRg no REsp 1148944/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Quinta Tuma, julgado em 20/11/2012, DJe 26/11/2012; STJ, REsp nº 1.202.305/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 15/02/2012; STJ, REsp 707.911/SP, Rel. Min. Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2014; STJ, AgRg no REsp nº 1.429.423/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 24/04/2014, DJe 02/05/2014; STJ, AgRg nos EDcl no REsp nº 1.172.461/RN, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 01/10/2014; STJ, AgRg no REsp nº 1.240.921/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/11/2014, DJe 04/12/2014; e STJ, REsp nº 1.627.602/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 08/11/2016, DJe 14/11/2016.

34 STJ, EREsp 97.466/RJ, Rel. Min. Garcia Vieira, Corte Especial, julgado em 02/12/1998, DJ 21/06/1999, mas o acórdão aparenta contradição entre a ementa e o resultado do julgamento, já que a conclusão dos votos, pela manutenção do acórdão embargado da Quarta Turma, foi pela duplicidade de verbas honorárias, ao passo que a ementa afirma se tratar de verba única; e STJ, REsp nº 243.846/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, Quarta Turma, julgado em 20/02/2003, DJ 12/05/2003.

35 STJ, REsp nº 1.120.753/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 07/05/2015; STJ, AgRg no REsp nº 1.066.848/RS, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Tuma, julgado em 17/03/2015, DJe 31/03/2015; e STJ, AgRg no REsp nº 1.534.088/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 27/10/2015, DJe 05/11/2015.

36 STJ, REsp nº 119.901/SP, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 20/04/1999, DJ 06/09/1999.

quando vencedor nos embargos, não desempenha qualquer trabalho relevante na execução a merecer remuneração também naquela sede[37].

Como se vê, a jurisprudência, quando muito, construiu um norte claro ao impor o teto unificado, mas está longe de ser clara e coerente ao dizer o porquê. E esse cenário naturalmente produziu ecos na doutrina, no restrito número de autores que expressamente o enfrentam. Ao tempo da entrada em vigor do CPC/73, o teto unificado do art. 20, § 3º, foi tido, para essa hipótese, como fruto da "tradição brasileira em matéria de fixação dos honorários advocatícios"[38], em posição que veio a ser referendada por importantes vozes[39], a despeito do fato de o § 4º do art. 20 do CPC/73 ser, por definição, contrário a limites mínimos e máximos, presentes apenas no (inaplicável) §3º. Raríssimas foram as opiniões em contrário[40], em panorama que não parece ter se alterado sob o CPC/15[41].

Sob esse pano de fundo foi iniciado em 07/03/2018, mas ainda não concluído, o julgamento do tema pela Corte Especial do STJ em Recurso Especial Repetitivo (nº 1.520.710/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques)[42]. É importante destacar, porém, as ressalvas contextuais que o caso comporta. Em primeiro

37 STJ, REsp 165.990/RJ, Rel. Min. Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Min. Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 21/02/2000, DJ 19/06/2000, p. 141.

38 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Op. cit.*, p. 25.

39 ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 589-590, frisando, ao tempo do CPC/73, que deve haver "a limitação de ambas as verbas ao teto de vinte por cento, previsto no art. 20, §3º. Esse problema receberá solução específica no projeto de novo CPC, limitando o acréscimo dos honorários, por força do julgamento dos embargos, ao percentual de vinte por cento sobre o valor do crédito", em provável referência ao atual art. 827, §2º, do CPC/15, analisado adiante no texto. Na mesma linha, referindo que se reconhece "como justo" estabelecer a limitação, THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2014, p. 205. A referência ao teto unificado também parece constar de GRECO, Leonardo, *Instituições de processo civil*, vol. I, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2015, p. 426, noticiando, em atenção ao CPC/73, que "nos embargos à execução (arts. 736 e ss.), que também são uma ação, tem-se entendido que haverá rearbitramento dos honorários já incidentes sobre a própria execução e não novos honorários, porque o § 4º se refere às execuções 'embargadas ou não'".

40 Assim, com fundamento na diversidade de processos e de atividades neles desempenhadas, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Op. cit.*, p. 218-9; e SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Breves comentários ao art. 20 do CPC, à luz da jurisprudência do STJ*, Revista de Processo, v. 207, mai./2012, São Paulo: ed. RT, p. 345-384 (versão digital, p. 8, nota de rodapé 64).

41 Entre os que enfrentam o problema, é pouco claro, no ponto, DINARMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo: ed. Malheiros, 2016, p. 785, para quem "salvo em casos muito excepcionais, é prudente observar, na soma [dos honorários na execução e nos embargos], os parâmetros ditados no §2º", muito embora logo antes afirmando a autonomia das verbas na execução e nos embargos. Defendem categoricamente o teto unificado DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*, vol. V, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017, p. 436, com apoio nos arts. 85, § 13, e 827 do Código de 2015.

42 Dado o pedido de vista do Min. Raul Araújo formulado na sessão de 07/03/2018, após proferido o voto do Min. Relator, as informações a seguir expostas foram extraídas do endereço eletrônico do STJ e da notícia divulgada em http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,-MI275841,91041-STJ+discute+teses+repetitivas+sobre+cumulacao+de+honorarios+sob+a, acesso em 14/06/2018.

lugar, a afetação do recurso como paradigma ocorreu em 15/06/2015, a significar que a análise se dará sob o CPC/73. Em segundo lugar, nele está em jogo um processo de execução *contra* a Fazenda Pública movido por beneficiários individuais de sentença *coletiva*, com a apreciação do regime dos honorários nos embargos oferecidos incidentalmente àquela execução[43]. Logo, são pertinentes a esse julgamento controvérsias sobre (i) o regime constitucional de precatórios e (ii) a natureza do título executivo, que não se estendem às execuções de título extrajudicial movidas pela Fazenda contra particulares.

A despeito disso, é natural que a solução que lá venha a ser dada à questão da autonomia e dos limites da verba honorária nos embargos à execução repercuta sobre as execuções fiscais estaduais, até porque os julgados acima fartamente referidos não distinguem, para esse fim, entre o procedimento da Lei nº 6.380/80 e qualquer outro processo de execução autônomo, porque o problema lhes é comum[44]. Essa é uma decorrência da aplicação subsidiária à execução fiscal das disposições do Código de Processo Civil (LEF, art. 1º), dado que, de parte o art. 26 da LEF, já tão reduzido em seu âmbito de incidência pelo STJ[45], e de

43 A delimitação do tema foi feita nos seguintes termos na decisão de afetação: "possibilidade ou não de cumulação da verba honorária fixada nos embargos à execução com aquela arbitrada na própria execução contra a Fazenda Pública, vedada a sua compensação".

44 A repercussão do Recurso Repetitivo sobre as execuções fiscais estaduais é reforçada pelo item 1 das teses apresentadas pelo voto do Min. Relator Mauro Campbell Marques, que afirma em termos amplos o teto unificado para os processos de execução e de embargos, *verbis*: "*1 - Os embargos do devedor são verdadeira ação de conhecimento, que não se confunde com a ação de execução, razão porque os honorários advocatícios podem ser fixados de forma autônoma e independente, em cada uma das referidas ações, desde que a cumulação da verba honorária não exceda o limite máximo previsto no parágrafo 3º do art. 20 do CPC/73. 2 - Inexistência de reciprocidade nas obrigações ou de bilatariedade de créditos, pressupostos do instituto da compensação do 368 do Código Civil, o que implica a impossibilidade de se compensarem os honorários fixados em embargos de execução com aqueles fixados na própria ação de execução*".

45 A regra, engendrada como prerrogativa processual da Fazenda, afasta a condenação em honorários quando a inscrição em Dívida Ativa é cancelada antes de decisão de primeira instância. O STJ, no entanto, vem trilhando o caminho de reduzir a praticamente nada seu campo de incidência. O art. 26 é tido por inaplicável, inicialmente, quando há oferecimento de embargos à execução, em atenção ao trabalho desempenhado pelo advogado do executado (Súmula 153 do STJ: "*A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos Embargos, não exime o exeqüente dos encargos da sucumbência*"). O passo seguinte foi dado com o afastamento da regra também quando o executado oferece exceção de pré-executividade (STJ, REsp nº 1.111.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009). Por fim, caminhou-se para reconhecer que em qualquer caso, desde que tenha havido citação do executado na execução fiscal (STJ, REsp nº 689.705/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 16/05/2005), o art. 26 da LEF não deve incidir, ainda que algumas decisões exijam, para afastar o art. 26, que o advogado do executado tenha sido constituído nos autos da execução e nela tenha apresentado alguma petição, como a nomeação de bem à penhora (STJ, AgRg no REsp nº 890.971/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007). Deste modo, seja se há embargos, seja se há exceção de pré-executividade oferecida na execução fiscal, seja se, também nesta última, houve mera citação do executado, o STJ supera a previsão do art. 26 e realiza um exame de causalidade para imputar, na hipótese de cancelamento da CDA, os ônus sucumbenciais a uma das partes. Tem prevalecido o art. 26 da LEF para impedir a

parte também, quanto à Dívida Ativa federal, o regime dos chamados "encargos legais"[46], nada há na Lei nº 6.830/80 que diferencie os honorários sucumbenciais naquele rito frente as demais execuções pecuniárias de título extrajudicial.

4. AS MUITAS CRÍTICAS

Pois bem. Se essas são as razões que apóiam o teto unificado construído pelo STJ, basta submetê-las a exame crítico à luz da precisão conceitual, da lógica e da coerência sistêmica para que se perceba que, a rigor, nenhuma delas deveria subsistir hígida, quer sob o CPC/73, quer sob o Código de 2015. É o que se fará nos sete tópicos que se seguem.

4.1. MISTURANDO TRABALHOS, COGNIÇÕES E RELAÇÕES PROCESSUAIS DIFERENTES

O primeiro erro em que incorre o teto unificado é misturar institutos que são, no plano conceitual, claramente distintos, enxergando homogeneidade onde não há. E esse erro é cometido não uma, mas três vezes, no que diz respei-

---

condenação em honorários apenas em duas hipóteses: (i) quando a CDA é cancelada por remissão do crédito tributário, pois, à época do ajuizamento, o crédito seria devido (STJ, AgRg nos EREsp nº 1.139.726/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/11/2011, DJe 30/11/2011); e (ii) quando o cancelamento da CDA, por erro da Fazenda, é verificado antes da citação do executado e sem provocação do devedor (STJ, REsp nº 611.253/BA, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 25/05/2004, DJ 14/06/2004, p. 180). Sobre o tema, conferir a rica pesquisa de CHAGAS, Luiz Eduardo Albuquerque. *Os honorários de sucumbência provenientes do cancelamento da certidão de dívida ativa à luz da jurisprudência do Superior Tribunal Justiç*a, Rio de Janeiro, 2017, 64 f., Orientadora: Marcia Cristina Xavier de Souza, Trabalho de conclusão de curso (graduação), Universidade Federal do Rio de Janeiro. Logo, sempre que o art. 26 da LEF é afastado, passa a ter lugar o problema da cumulação e do teto unificado dos honorários na execução fiscal e nos Embargos, se ajuizados estes.

46 Na execução fiscal federal, o crédito exeqüendo é automaticamente acrescido de 20%, que se destinavam a fazer frente aos honorários sucumbenciais em favor da União na execução fiscal e aos custos administrativos necessários para a cobrança da Dívida Ativa. Esse era o regime à luz do art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025/69, do art. 3º, *caput* e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 1.645/78 e do art. 3º, *caput* e parágrafo único, da Lei nº 7.711/88, sendo que a verba figura em substituição à condenação em honorários não só na própria execução fiscal federal, mas também nos Embargos à Execução, se a decisão for favorável à União, de improcedência do pedido, como constava da Súmula nº 168 do antigo TFR ("*O encargo de 20% do Decreto-Lei 1.025 é sempre devido nas execuções fiscais da União e substitui, nos embargos, a condenação do devedor em honorários advocatícios*") e posteriormente veio a ser proclamado pelo STJ em Recurso Especial Repetitivo (STJ, REsp nº 1.143.320/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010). Essa sistemática alcançava apenas as Execuções Fiscais da União, mas a Lei nº 11.941/09 incluiu o art. 37-A na Lei nº 10.522/02 para estendê-la também às execuções fiscais de créditos de autarquias e fundações públicas federais, não mais somente a Administração Direta, ressalvado o Banco Central, valendo o registro de que as importantes alterações promovidas pela Lei nº 13.327/2016, quanto à titularidade dos honorários sucumbenciais pelos membros da Advocacia Geral da União, não poderão ser analisadas nesta sede. De todo modo, mesmo os "encargos legais" não são óbice absoluto à pertinência do problema da cumulação e do teto unificado dos honorários às execuções fiscais da Fazenda Pública federal, em especial em todos os casos em que o executado seja vencedor.

to aos trabalhos dos advogados nos embargos e na execução, à cognição que o juiz exerce quanto à verba honorária em cada um dos feitos e à dualidade das relações processuais desenvolvidas.

Segundo a lei processual civil brasileira, os honorários sucumbenciais se destinam a remunerar o trabalho do advogado na causa[47], que pode assumir muitas e variadas facetas, conforme variem as providenciais jurisdicionais pedidas e o bem da vida sobre o qual elas hão de recair. Está ao alcance do legislador ordinário, ponderando princípios constitucionais, definir com certa margem de discricionariedade quais hipóteses ensejam e quais outras não a verba honorária[48], de regra imputável àquele cujo comportamento deu causa à necessidade de ir a juízo. No entanto, se há regra positivada a contemplar honorários, voltada a hipóteses especiais ou mesmo em termos gerais, e se um dos patronos desempenha atividade técnica em juízo que a ela se amolde, não cabe ao intérprete suprimir o direito à verba; só norma legal específica em contrário poderá fazê-lo. E essa supressão será inválida quer seja feita de forma direta, quer indireta, afirmando-se *bis in idem* onde não há.

Ora, o trabalho de um advogado na execução de título extrajudicial é, em tudo e por tudo, inconfundível com o dos embargos à execução. Por definição, os atos executórios incidem sobre o patrimônio do executado e se destinam a alterar os fatos do mundo da vida para satisfazer o direito à prestação constante do título executivo, através de meios coercitivos ou subrogatórios, estes últimos divididos entre meios de expropriação, transformação ou desapossamento. Se mirarmos na execução por quantia certa contra devedor solvente, é primordial para essa conformação dos fatos ao direito a figura da penhora[49], que atinge bens ou direitos do sujeito passivo para convertê-los em dinheiro, ou alcança logo este e o retira da livre disposição pelo executado. No entanto, dar início a

47 A natureza remuneratória dos honorários sucumbenciais, no direito brasileiro, decorre hoje da Lei nº 8.906/94 e do Código de Processo Civil de 2015, como largamente assentado na doutrina (por todos, v. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. II (arts. 70 a 118)*, José Roberto Ferreira Gouvêa, Luis Guilherme Aidar Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca (coords.), São Paulo: Ed. Saraiva, 2017, p. 121), em criticável opção legislativa de se distanciar da concepção original de ressarcimento para recomposição integral do patrimônio do lesado, como aponta GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, p. 425-6. Contra, nesse último ponto, TALAMINI, Eduardo. *Parecer sobre o cabimento de honorários de advogado na execução provisório*, 2012, p. 11-15 (disponível em http://www2.oabpr.org.br/publico/comunicacao/par_oab_exec_provis_honor_versao_completa_nao_revisada.pdf, acesso em 01/07/2018), para quem a natureza remuneratória não frustra a promoção da tutela jurisdicional plena e efetiva ao vencedor.

48 TALAMINI, Eduardo. Op. cit., p. 33, para quem os honorários, no direito brasileiro, atendem à efetividade e à plenitude da tutela jurisdicional, ao acesso à justiça, à responsabilidade jurídica e à essencialidade do advogado à administração da justiça, mas logo a seguir reconhece que "outros valores igualmente constitucionais podem justificar a excepcional exclusão, mediante expressa previsão legislativa".

49 Sem prejuízo da porta agora aberta pelo legislador para a coerção também para a execução por quantia, nos termos do já referido art. 139, IV, do CPC/15.

atos de expropriação, e sobretudo conduzi-los de modo válido e eficaz ao final, está longe de ser algo simples. Na perspectiva do exequente, não raro é necessário localizar bens do devedor, cruzar informações constantes de cadastros e registros públicos, identificar e requerer a intimação do credor pignoratício ou dos demais sujeitos mencionados no art. 799 do CPC/15, aferir a penhorabilidade do bem e seu valor de mercado para com base nisso indicar sobre qual recairá a constrição, demonstrar a ocorrência de fraude à execução, acompanhar *in loco* a realização de leilão ou provocar a instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica ou, conforme a hipótese, o redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente.

Todos esses desafios, naturais a um advogado dedicado à execução, em nada se assemelham a verificar se a prestação retratada no título executivo extrajudicial é ou não devida. Dada a eficácia abstrata do título executivo[50], o exame da procedência da dívida fica reservado, como regra, para o posterior e eventual oferecimento de embargos à execução, salvo, em circunstâncias especiais, o oferecimento de exceção de pré-executividade. É nos embargos que se desenvolve, por provocação do devedor, o contraditório sobre o crédito, um processo incidente de conhecimento com ampla oportunidade para alegar e provar os fatos que lastreiam o pedido declaratório ou desconstitutivo. Portanto, só renunciando a décadas de avanço científico no direito processual para confundir a atividade destinada a aferir quem tem razão quanto à pretensão de direito material, *prévia* para o título executivo judicial, mas normalmente *posterior* para o título extrajudicial, e a outra atividade voltada a realizar, no plano prático, a pretensão retratada no título. E se o papel do juiz é diferente nessas duas atividades, é inegavelmente também distinto aquilo que faz um advogado na execução e nos embargos, em um trabalho merecedor de remuneração naquela ainda que ausentes estes[51].

Nisso se inclui não só o patrono do exequente, mas também o do executado. Já há muito foi sepultada, na ciência processual, a ideia de que não há contraditório no processo de execução: o executado tem, sim, direito de participar e influir eficazmente na convicção do juiz sobre a prática de cada ato executório, com oportunidade para alegar e provar quanto à respectiva admissibilidade[52]. Se por um lado a execução se move no interesse do credor (CPC/15, art. 797), por outro ela não deve sacrificar em demasia o patrimônio do devedor, concedendo a lei a este último a oportunidade, que se traduz em um ônus, de demonstrar a existência de outros meios executórios menos onerosos e mais eficazes em substituição aos já determinados (CPC/15, art. 805, parágrafo único). Logo,

50 SHIMURA, Sérgio. *Op. cit.*, p. 116-117, para quem "falar em eficácia abstrata do título executivo é atestar que este conduz o juiz a prescindir de qualquer comprovação do crédito, bastando-lhe o título como fator legitimante dos atos executivos".

51 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.122.

52 GRECO, Leonardo. *Op. Cit.*, 2015, p. 517.

seja quando o executado nomeia um bem à penhora, seja quando alega uma impenhorabilidade, seja ainda quando suscita a invalidade de algum ato executório, o que o patrono do executado está a fazer é realizar um trabalho, tão digno e relevante quanto o do exequente. Entender o contrário é romper o compromisso não só com a paridade de armas hoje enunciada no art. 7º do CPC/15, mas também com a jurisprudência do próprio STJ, que já assentou que há trabalho a merecer remuneração na execução fiscal, afastando-se o art. 26 da LEF, se o executado constitui advogado e comparece aos autos, ainda que apresentando simples petição[53].

Claramente distinguíveis os trabalhos dos advogados na execução e nos embargos, é também diferente a cognição de que se utiliza o juiz para analisá-los, sujeita à influência de fatores bem distintos. Na execução, a valoração se dá *in limine litis*, "de plano" (CPC/73, art. 652-A; CPC/15, art. 827, *caput*), sem a formação do contraditório, e leva em conta, em larga medida, um trabalho ainda a ser desempenhado; nos embargos, ao contrário, ela ocorre ao final do procedimento, após o contraditório, e tem em mira o trabalho já desempenhado. Logo, é igualmente distinto o grau de convicção que daí decorre para as inferências que o juiz faz sobre (i) ser devida ou não a verba e (ii) o trabalho desempenhado: como regra, na execução a fixação provisória dos honorários ocorre em *cognição sumária*, ao passo que, nos embargos, os honorários são arbitrados em *cognição exauriente*. Por consequência, os honorários nos embargos, se fixados, fazem coisa julgada material quando preclusa a sentença, porque só há imutabilidade quando presente cognição exauriente[54], ao passo que os honorários na execução só serão tocados por essa imutabilidade ao final da execução.

São também distintas as relações processuais em que se desenvolvem os dois trabalhos. Os embargos à execução são processo incidente, porque surgidos por ocasião de um processo já pendente, mas ainda assim uma relação processual conceitualmente distinta da execução; a extinção desta não leva, necessariamente, à extinção dos embargos (CPC/73, art. 569, parágrafo único, 'b'; CPC/15, art. 775, parágrafo único, II). Sob o ângulo subjetivo, exequente e executado assumem posição inversa nos pólos dos embargos, aquele réu e este autor. E há também clara distinção no objeto litigioso dessas relações processuais, sobretudo se mirarmos nos embargos que questionam o crédito: na execução de título executivo extrajudicial, a providência pedida é de realização do direito material retratado do título, ao passo que nos embargos o que se pede é provimento de conteúdo declaratório ou constitutivo, de inexistência da dívida ou de invalidade do título. E para discutir o crédito nos em-

53 V.g., STJ, AgRg no REsp nº 890.971/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 27/02/2007, DJ 15/03/2007, antes já referido, em que a atuação do patrono do réu se limitara à nomeação de bem à penhora.

54 Assim, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, vol. II: processo de conhecimento, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2010, p. 376.

bargos, está ao alcance do embargado alegar, como causa de pedir, qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir em processo de conhecimento (CPC/73, art. 745, V; CPC/15, art. 917, VI), o que está longe de corresponder ao perfil da causa de pedir na execução, de regra limitada ao título e ao inadimplemento do executado.

Portanto, nada autoriza considerar que, em ambos os processos, "a questão é uma só: a procedência da dívida". Essa premissa, que já é frágil no plano teórico, é ainda mais frágil quando utilizada para negar a verba honorária em um dos dois feitos, porque a rigor discutir a mesma "questão" nunca significou óbice à fixação de honorários: se assim fosse, todo processo extinto por litispendência ou coisa julgada livraria o sucumbente de arcar com a verba, na contramão do texto expresso do art. 85, § 6º, do CPC/15. E nem mesmo é relevante o fato de que, se procedentes os embargos, os honorários na execução deixam de subsistir, atingido o título a que tal verba se agregaria como acessória. Fenômeno similar se passa na reclamação contra ato judicial e na ação rescisória, em que o resultado do julgamento pode igualmente desconstituir o título executivo de natureza judicial, sem que se cogite de suprimir nelas a verba honorária[55] ou mesmo de somá-la com os honorários do processo originário para aplicação de um teto único.

E a isso se agrega o absurdo de um caminho mais longo. Estava e está ao alcance do credor, como hoje reconhece o art. 785 do CPC/15, renunciar à eficácia executiva do título para pedir condenação do réu à prestação em processo de conhecimento, se desejar obter a imutabilidade da coisa julgada material. Se escolher esse caminho, terá direito, sucessivamente, a honorários na fase de conhecimento e, quando iniciada a fase de cumprimento de sentença, a honorários fundados no art. 523, § 1º, do CPC/15. Esses últimos honorários são fixados em 10% pela lei[56], ainda que na fase de conhecimento tenham sido fixados outros honorários em 13% ou 15%. Logo, a soma dos honorários no conhecimento com os da fase de cumprimento de sentença pode superar 20%, porque, como prevê o § 1º, parte final, do art. 85, esses honorários são cumulativos. Se é assim, qual a lógica de fixar o teto unificado quando a execução é por título extrajudicial e não o fazer para as fases sucessivas no cumprimento de sentença? Não parece haver qualquer razão para estimular economicamente esse percurso, sobretudo se se considerar que, comparando-se o cenário com o de uma execução de título extrajudicial embargada, foi a pura vontade do exequente que procedeu à inversão da ordem entre (i) exame da procedência da dívida e (ii) atos para satisfazer o crédito no plano prático.

55 Reconhecendo o cabimento de honorários sucumbenciais em reclamação, STF, Rcl nº 24.417-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, DJe-082 DIVULG 20-04-2017.

56 Deixando de lado, por ora, a possível majoração dos honorários por força do art. 827, § 2º, do CPC/15, aplicável ao cumprimento de sentença por força dos arts. 513 e 771.

4.2. EMBARGOS PARCIAIS E SUCESSIVOS

O teto unificado também tropeça quando confrontado com duas situações em especial[57], absolutamente corriqueiras no dia a dia do foro, e que lhe desnudam a falta de lógica: os embargos à execução parciais e sucessivos.

Imagine-se que o devedor em execução fiscal impugne, após a penhora integral, apenas *parte* da dívida em embargos à execução, porque reputa ilegais os juros moratórios, não o principal, ou porque tem prova de que pagou um dos muitos exercícios financeiros abarcados pela CDA. Esses embargos à execução são parciais, porque não atacam a integralidade do crédito exeqüendo; o valor discutido nos embargos não coincide com o valor em jogo na execução. Isso conduz a uma inevitável diferença entre as bases de cálculo dos honorários na execução e nos embargos: se, por exemplo, o crédito exequendo é de R$ 50.000,00, sobre eles incidirá, na execução, a alíquota de 10% a título de honorários provisórios em prol do exequente (CPC/15, art. 827, *caput*); se parciais os embargos, combatendo apenas R$ 15.000,00 da dívida, e derrotado, neles, o embargante/executado, a alíquota de 10% dos honorários nos embargos terá em conta este último valor como base de cálculo. Ora, não parece haver sentido em repetir, à semelhança de um mantra, que o limite para a soma é de 20%, olhando apenas para a alíquota em abstrato, se as duas metades desse percentual total, nos casos de embargos parciais, têm em conta objetos distintos. A isso acresce a inusitada conclusão de que em nenhum dos dois processos, se aplicada desde logo a alíquota de 20% sobre a base de cálculo *de cada um*, se chegaria a patamar igual ao que resulta da soma no artificial teto unificado. Afinal, qual a lógica de somar alíquotas que incidem sobre bases de cálculo heterogêneas[58]?

E o quadro se agrava se o embargante, ao invés de derrotado, sagra-se vencedor em embargos parciais. Nesses casos, em que a execução subsiste, entende o STJ por negar honorários ao advogado do embargante, prosseguindo-se a execução com uma verba única em favor do exequente sobre o que remanesce do crédito, a fim de evitar "transformar o credor em devedor"[59]. Em outras palavras, o STJ fecha os olhos para o trabalho do advogado do embargante, que

57 A elas se poderia acrescer ainda o ajuizamento de ação anulatória prévia contra o débito fiscal julgada improcedente, desde que com alegação não coincidente com a dos embargos, ensejando o problema da cumulação dos honorários na anulatória, na execução fiscal e nos embargos.

58 Sob o CPC/15, se considerarmos que os honorários *na execução* poderiam aumentar para até 20% sobre o crédito exeqüendo, nos termos do art. 827, § 2º, é ainda mais incoerente deixar ao alvedrio do executado reduzir o total de honorários com embargos parciais, para que os restantes 10%, na sentença dos embargos, incidam sobre base de cálculo significativamente menor do que seria caso não opostos embargos, em atenção ao trabalho exclusivo na execução.

59 O trecho consta do voto do Min. Relator (p. 5) no importante julgamento de STJ, EREsp nº 598.730/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Seção, julgado em 11/11/2009, DJe 23/02/2010.

tinha razão sobre o direito material discutido, dado o erro imputável única e exclusivamente ao exequente/embargado, que pretendeu receber mais do que lhe era devido. E esse fechar de olhos é feito mais uma vez sem qualquer preocupação sistêmica, porque o embargado receberia honorários se ajuizasse ação declaratória ou desconstitutiva prévia à execução com as mesmas alegações dos embargos e nela fosse reputado vencedor.

De outro lado, a incoerência permanece diante de embargos à execução sucessivos, quando mais de um executado oferece autonomamente embargos em decorrência de uma única execução. É muito comum, em execuções fiscais de crédito tributário, que, caracterizada a dissolução irregular da pessoa jurídica originalmente no polo passivo, seja postulado o redirecionamento da execução contra o sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN e da Súmula nº 435 do STJ. É igualmente comum, nesses casos, que mais de um sujeito cumule a mesma qualidade que o legitima a ter contra si redirecionada a execução fiscal[60]. Suponhamos, então, que a execução fiscal seja redirecionada a três sócios, e os três apresentem embargos à execução, em atos postulatórios distintos e representados em juízo por procuradores distintos, todos alegando ilegitimidade passiva. Se os três saem vencedores nos embargos, há lógica em que um deles não faça jus à verba honorária – suponhamos, por azar, o último intimado da penhora (LEF, art. 16, III) –, porque aos dois outros já se deferiu a cada qual 10%, o piso, alcançando-se o limite unificado de 20%? E se, ao contrário, os três perdem, qual a razão para livrar o último embargante da condenação em honorários, dado que as verbas nos três embargos, todas em prol do exequente/embargado, ultrapassariam, se somadas, 20%[61]?

Detenhamo-nos ainda mais na primeira hipótese, de vitória dos três sócios. A sentença que, julgando procedente o pedido nos embargos, reconhece a ilegitimidade passiva de cada um dos sócios para a execução não atinge, por óbvio, o título executivo extrajudicial; apenas impede que a execução prossiga *contra o embargante*, invalidando os atos executórios que lhe atinjam. Isso significa que a execução pode, sim, seguir seu curso, caso identificado eventual quarto sócio com legitimidade passiva ou mesmo se a sociedade, antes reputada dissolvida, for descoberta em atividade. Daí se segue que ao quadro antes apontado deve ser acrescentado mais um componente, os honorários provisórios de 10% em prol do exequente, que permanecem hígidos, subsistindo apesar da sentença

60 Sem ingressar na conhecida polêmica quanto à definição de que caberia tal legitimidade ao sócio-gerente ao tempo do fato gerador do tributo ou ao tempo da dissolução irregular, que aguarda solução pelo STJ nos Recursos Especiais Repetitivos nºs 1.645.333-SP, 1.643.944-SP, 1.645.281-SP, basta que se considere, para o bem do exemplo no texto, que mais de um sócio goze concorrentemente de poderes de administração da sociedade no *mesmo* momento, seja ele o do fato gerador ou da dissolução irregular.

61 A rigor, nessa equação deveriam ser acrescentados os honorários de 10% na execução, de modo que não um, mas os dois últimos embargantes não sofreriam condenação em honorários, se aplicado o teto unificado.

nos embargos, que só por um desvio de perspectiva poderiam ser reputados prejudicados.

Como se vê, a complexidade nas hipóteses de embargos sucessivos, permeada por titulares (e devedores) distintos, revela que não se pode falar que os honorários nos embargos e na execução sejam "a mesma verba", ao menos enquanto ainda se tenha algum apreço pela lógica ou pelos conceitos.

4.3. MUITA, ALGUMA OU NENHUMA AUTONOMIA?

Subjaz ao teto unificado, de outro lado, compreensão um tanto quanto peculiar do atributo da autonomia entre as duas verbas honorárias, muito bem espelhada pelo primeiro item das teses constantes do voto do Min. Relator no Recurso Repetitivo afetado[62]: "*os honorários advocatícios podem ser fixados de forma autônoma e independente, em cada uma das referidas ações* [embargos e execução], *desde que a cumulação da verba honorária não exceda o limite máximo*".

Com a vênia devida e merecida, o excerto pode ser tudo, menos coerente. De nada vale proclamar, de início, a autonomia das verbas, se logo a seguir se rejeita a consequência mais natural que daquele atributo decorreria, isto é, a inexistência de interferência entre ambas. Na essência, um elemento autônomo e independente não fica à mercê de outro de igual natureza para que seja tido por válido ou inválido, justamente o que se dá na aplicação do teto único, e com a chance de que um sequer subsista conforme o conteúdo do outro. Sendo assim, e de modo muito claro, o que tal orientação tende a fazer é *rejeitar* a autonomia das verbas, tratando-as como reciprocamente dependentes.

Por tudo o que já se viu, no entanto, as verbas são, sim, autônomas: consideram trabalhos diferentes, em relações processuais diferentes, fixadas em cognições judiciais diferentes e podem ter bases de cálculos e titulares (e devedores) diferentes, e não há regra na lei que imponha conclusão diversa. Não fosse isso suficiente, o que chama mais atenção é o fato de que a tese retratada no fragmento acima, afirmando, *pero no mucho*, a autonomia, acaba por se chocar de modo inconciliável com outra orientação jurisprudencial firme no STJ, que não hesita em proclamar a autonomia dos honorários nos embargos e na execução fiscal *para outros fins*, atentando contra a integridade e a coerência que deveriam guiar a jurisprudência (CPC/15, art. 926).

É o que se passa quando em jogo leis de parcelamento do crédito fiscal. Ajuizada execução fiscal e oferecidos embargos, se o executado/embargante adere, posteriormente, a programa de parcelamento tributário, manifestando a intenção de pagar o crédito em condições mais vantajosas, esse comportamento leva, naturalmente, à extinção dos embargos, seja por renúncia ao direito em que se funda a ação, seja, quando antes manifestada, por desistência. Não raro o devedor suscita a alegação, em casos tais, de que os honorários nos embargos

62 Conforme divulgado na notícia referida na nota de rodapé nº 40, acima.

já estariam abarcados pelo parcelamento, para com isso tentar evitar a condenação em honorários na sentença de extinção dos embargos. A tentativa, porém, é rejeitada pelo STJ, que só a chancela diante de disposição expressa na lei que institua o parcelamento, que assim como regra só abarca os honorários na execução fiscal[63]. E isso é feito com categórico fundamento na autonomia entre os honorários dos embargos e da execução, reputando-os "*independentes*"[64], sem sequer se cogitar do modo em que se aplicaria em tais hipóteses o referido teto unificado.

4.4. UMA ATUALIZAÇÃO PROBLEMÁTICA

Se mirarmos, a partir de agora, nas inovações presentes no CPC/15, a conclusão pela rejeição do teto unificado ganha ainda mais peso.

Isso se deve, em primeiro lugar, ao fundamento de que o teto unificado evitaria a oneração excessiva do devedor. Ele até poderia encontrar algum abrigo sob o CPC/73, que remetia à apreciação equitativa do juiz a fixação dos honorários em ações desconstitutivas ou declaratórias negativas, como são os embargos à execução, submetidos ao § 4º do art. 20, em uma equidade para lá de inusitada quando capaz de inclusive *suprimir* a verba. De todo modo, esse apoio na equidade para o teto unificado[65], após o CPC/15, perde toda e qualquer base, porque o novo Código deixou à apreciação equitativa o limitadíssimo espaço do § 8º do art. 85, que só incide "nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo". Fora daí, fixar honorários em apreciação equitativa, fugindo dos §§ 2º e 3º do art. 85, é decidir manifestamente *contra legem*, ainda que essa fuga tenha a intenção de impedir a verba de alcançar patamares que, aos olhos do julgador, pareçam elevados demais[66]. Logo, sob o CPC/15, havendo proveito econômico claramente definido nos embargos à execução, onerar ou não excessivamente o devedor é consideração juridicamente irrelevante para a fixação da verba honorária, porque não é dado ao juiz decidir por equidade fora dos casos previstos em lei (CPC/15, art. 140, parágrafo único).

Além de lhe retirar um dos fundamentos, o CPC/15 também repercute sobre

63 Nesse sentido, STJ, REsp nº 1.477.107, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016, DJe 17/03/2016; STJ, AgRg no AREsp nº 563.440/PR, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 19/08/2015; STJ, AgRg no REsp nº 1.107.360/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/09/2010, DJe 06/10/2010; AgRg no Ag 1292805/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010.

64 STJ, AgInt no AREsp nº 153.806/SP, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 06/03/2018, DJe 18/04/2018, com o seguinte e expressivo trecho constante da ementa: "(...) 3. A verba de sucumbência devida nas execuções fiscais é independente daquela a ser arbitrada em ações conexas, como embargos do devedor ou ações anulatórias. (...)".

65 Parece se inclinar por tal fundamentação ASSIS, Araken de. *Op. cit.*, p. 594.

66 Nesse sentido, e já sob a égide do CPC/15, STJ, REsp nº 1.731.617/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 17/04/2018, DJe 15/05/2018.

a própria maneira de enunciar o teto unificado, que deveria passar por uma atualização, no mínimo, problemática. É que o limite não pode mais ser afirmado como de 20% para a alíquota, sem qualquer ressalva, porque essa é, no Código de 2015, a alíquota máxima apenas (i) nos processos entre particulares (CPC/15, art. 85, §2º) e, (ii) quando parte a Fazenda Pública, para as bases de cálculo dos honorários até o valor de duzentos salários-mínimos (CPC/15, art. 85, § 3º, I). Sendo parte a Fazenda, se superados os duzentos salários-mínimos, tornam-se aplicáveis alíquotas máximas distintas e regressivas, fazendo com que, conforme o § 5º do art. 85, a base de cálculo total tenha de ser recortada para que cada porção dela se submeta à respectiva faixa dos incisos do § 3º do art. 85: no máximo 10% para o valor entre 200 e 2.000 salários-mínimos, no máximo 8% para o valor entre 2.000 e 20.000 salários-mínimos, no máximo 5% para o valor entre 20.000 e 100.000 salários-mínimos e no máximo 3% para o valor acima de 100.000 salários-mínimos. Logo, o teto unificado, para que se mantenha fiel ao CPC/15, deveria hoje, quando muito, ser enunciado como de 20%, ou de 10%, ou de 8%, ou de 5%, ou de 3%, e em alguns casos alterando-se a conjunção para "e".

Se terminasse aqui o problema, ele não seria, reconheça-se, insuperável. O que o torna verdadeira fonte de perplexidades é sua interação com o art. 827, *caput*. Já se viu que tal dispositivo define os honorários na execução em 10%, um patamar fixo que independe da base de cálculo em jogo, e que, em atenção à especialidade, é aplicável mesmo quando parte a Fazenda. Suponhamos, então, que o valor do crédito de uma execução fiscal seja de 3.000 salários-mínimos, e os embargos, julgados improcedentes, tenham impugnado a integralidade da dívida. Já fixados 10% de honorários na execução sobre 3.000 salários, como se aplica o limite para a verba nos embargos, que também tem por base de cálculo 3.000 salários? Em tese, nos embargos, três limites máximos decorreriam do § 3º do art. 85: (i) 20% para a primeira faixa, até 200 salários; (ii) 10% para a segunda faixa, para os 1.800 salários que remanescem até que se alcance o resultado parcial de 2.000 salários; e (iii) 8% para os 1.000 salários finais, totalizando os 3.000 salários-mínimos. Mas se sobre toda a base de cálculo já foi aplicada a alíquota de 10% na execução, logo se vê que, para a alíquota da terceira faixa (inc. III do § 2º do art. 85), de até 8%, o suposto limite legal que seria *para a soma* não foi só aplicado, mas mesmo *superado* logo no ponto de partida. Um limite, em suma, que já nasce descumprido. E descumprir, nesse ponto, é mais do que apenas atingir: há casos, já acima apontados, em que o respeito ao teto unificado leva a que nada seja fixado de honorários nos embargos, porque já atingido o limite; agora, ao contrário, os 10% da execução já superam, já descumprem os 8% que deveriam valer para a soma de execução e embargos.

Então, para contornar essa perplexidade, dois caminhos se abrem: ou bem se dirá que a oposição de embargos, pelo executado, produz o efeito de diminuir

a alíquota de honorários a que faz jus o exequente na execução – no exemplo dado, de 10% para 8% –, diminuição essa compensada ou não com o aumento da base de cálculo que resultará da soma[67], ou, como parece mais prudente, simplesmente se descartará de vez um suposto limite que já se sabe violado por outra regra inserida no mesmo sistema normativo, cuja interpretação não pode ser construída com tamanho sacrifício à coerência.

4.5. ESVAZIANDO O ART. 85, § 11, DO CPC/15

Não é só. Tomemos por hipótese uma execução fiscal estadual cujo crédito exequendo seja de R$ 50.000,00, e, fixados honorários provisórios de 10% na execução (CPC/15, art. 827), o executado tenha oferecido embargos argüindo a integral nulidade da CDA, ao final julgados improcedentes em primeiro grau, com arbitramento de honorários nos embargos de 10%, piso da faixa do inc. I do § 3º do art. 85. A soma das duas verbas, ambas em prol do exequente/embargado, atingiu o teto unificado de 20%. O que daí decorre para a fase recursal nos embargos, diante da sentença de improcedência? Uma porta escancaradamente aberta para a impugnação irrefletida e inconsequente, porque tolhida qualquer força persuasiva do § 11 do art. 85 do CPC/15.

O Código de 2015 inovou ao prever a majoração dos honorários pela sucumbência no recurso, um fator econômico de desestímulo à impugnação de decisões ante o risco de agravamento dos ônus sucumbenciais que o vencido terá de arcar, se confirmada sua derrota com o julgamento desfavorável também no recurso[68]. Um dos traços do regime do art. 85, § 11, do CPC/15 consiste no limite até o qual é permitida a elevação dos honorários: valem os mesmos limites que vigoram para o primeiro grau, conforme aplicáveis os §§ 2º e 3º do art. 85, de modo que, se eventualmente já arbitrados honorários em 20% pelo juiz na sentença, nada remanesce para majorar se desprovida a apelação. Nesses casos, *que tendem a ser raros*, o § 11 do art. 85 perde a relevância para o Tribunal, impedido de aplicá-lo, e para o recorrente, livre de ponderar o risco ao decidir por interpor ou não o recurso.

Desse componente da disciplina da majoração dos honorários pela sucumbência no recurso, se combinado com o teto unificado ora em exame, resulta um absoluto esvaziamento do art. 85, §11, do CPC/15 para os embargos à execução, quando derrotado o embargante. Sempre, em todo e qualquer caso submetido à faixa do inc. I do § 3º do art. 85 do CPC/15, o *piso* dos honorários nos embargos, de 10%, somados aos 10% rigidamente definidos ao início da execução

67 Basta retomar o exemplo dos embargos parciais, com uma execução fiscal de crédito de 3.000 salários-mínimos e embargos impugnando a dívida em apenas 20 salários-mínimos julgados improcedentes, para que se constate que o acréscimo na base de cálculo, de 20 salários, não compensará a diminuição da alíquota, de 10% para 8% na faixa do inc. III do §3º do art. 85, com o somatório dos honorários.

68 Remete-se mais uma vez a SOKAL, Guilherme Jales. *Op. cit.*, p. 179-205.

(CPC/15, art. 827, *caput*), já alcançará 20%, sem nenhum espaço válido para majoração pelo Tribunal. E em qualquer execução de título extrajudicial entre particulares se dará o mesmo, porque, quanto a elas, o piso de 10% para os honorários nos embargos sequer varia em atenção à base de cálculo (CPC/15, art. 85, § 2º). Portanto, aquilo que seria *exceção*, pelo atingimento do limite do § 11 do art. 85 em primeiro grau, passa a ser a verdadeira *regra* nos embargos à execução.

Defender o teto unificado significa, assim, retirar um importante fator de desestímulo à interposição de recursos, na contramão de um sistema que busca promover a tempestividade da tutela jurisdicional (CPC/15, art. 4º), da qual o automatismo recursal sempre figurou como inimigo. Soa ainda mais incoerente a conclusão quando lançada sobre o processo de execução, domínio do processo civil brasileiro marcado por uma crônica crise de efetividade: por que retirar justamente do executado derrotado nos embargos, que já tem contra si um título executivo extrajudicial e uma sentença rejeitando sua defesa, o peso do art. 85, § 11, no momento de escolher ou não por recorrer, através de apelação e dos recursos subsequentes, e não fazer o mesmo para qualquer outra parte em processo de conhecimento pelo procedimento comum? Se não bastasse, as consequências são ainda mais desastrosas na execução fiscal, com o levantamento de dinheiro por lei expressamente reservado para após o trânsito em julgado da decisão nos Embargos (LEF, art. 32, § 2º), o que o executado, derrotado, facilmente retardará.

4.6. UM INGREDIENTE A MAIS: A MAJORAÇÃO DO ART. 827, § 2º, DO CPC/15

Tudo o que foi dito até o momento jamais impediria o legislador de criar regra especial prevendo o teto único ou mesmo a unicidade da verba honorária para os dois processos. Uma regra com tal teor seria válida, porque dentro da margem de apreciação do legislador ordinário para moldar a disciplina dos honorários sucumbenciais, sem atentar contra qualquer norma constitucional. É importante tornar claro, no entanto, que o art. 827, § 2º, do CPC/15 *não é essa regra*.

Há quem defenda que a confusa[69] previsão do art. 827, § 2º, do CPC/15, em sua primeira parte, consideraria, sim, a improcedência dos embargos como *causa* para a majoração dos honorários na execução; os honorários na execução remunerariam os dois trabalhos[70], e, sendo uma verba para os dois processos, nada impediria o teto único. Não parece ser essa, no entanto, a melhor leitura, em atenção sobretudo à interpretação sistemática.

69 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Op. cit.*, p. 1.126.

70 ROQUE, André Vasconcelos. *Op. Cit.*, p. 214; ASSIS, Carlos Augusto de. Comentários ao art. 827, In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.), São Paulo: ed. RT, 2015, p. 1.912.

É bem verdade que a literalidade do dispositivo nos inclina à mescla das duas verbas. Essa inclinação, porém, que de qualquer modo nunca há de ser tida como definitiva na interpretação do direito, deve ser descartada nesse caso, fruto mais de uma redação defeituosa do que do propósito firme de alterar conceitos. Com efeito, o dispositivo se dirige, mirando no que normalmente ocorre, a abarcar duas hipóteses como *cenários* para a majoração dos honorários na execução: (i) quando não há embargos e (ii) quando há embargos e estes são rejeitados, pela simples razão de que, na hipóteses remanescente, (iii) quando há embargos e estes são acolhidos, não subsistem mais os honorários na execução em favor do exequente[71]. Mas essas duas hipóteses são, repita-se, apenas *cenários*, não efetivas *causas* para a majoração. A verdadeira causa da majoração, seu fato jurígeno, está apenas na parte final do dispositivo, ao assentar que ela deve ser feita "*levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente*", ou seja, o trabalho *no processo de execução*, e apenas ele.

Explica-se. Por certo, ninguém há de pensar que a mera (i) não oposição de embargos enseja a majoração; é preciso algo mais, isto é, um trabalho no curso do processo de execução. Apesar da redação pouco clara do dispositivo, da mesmíssima forma deveria se passar com a hipótese (ii), de rejeição dos embargos, e também nesse caso, portanto, a majoração regulada pelo art. 827, § 2º, tem de ser feita "*levando-se em conta o trabalho realizado pelo advogado do exequente*". E essa majoração na hipótese (ii), veja-se bem, só ocorrerá *se houver* efetivo trabalho na execução, pelo advogado do exequente, no período entre a oposição e o julgamento dos embargos, o que está longe de ser incomum, bastando cogitar que não tenham sido atribuídos efeitos suspensivos aos embargos à execução (CPC/15, art. 919, *caput* e § 1º), sem quebra de continuidade dos atos executórios. Logo, quer na hipótese (i), quer na hipótese (ii), a causa da majoração é o *trabalho na execução*, e a majoração até 20% se dirige apenas aos honorários na execução, sem prejudicar os honorários nos embargos e sem também considerar o trabalho do advogado nos embargos.

Essa interpretação, reconheça-se, não é a que ressai mais evidente do texto do art. 827, § 2º, do CPC/15; é, porém, a que lhe confere significado mais harmonioso com a técnica processual, e que ainda tem o mérito de guardar coerência com o §13 do art. 85. A parte final deste último dispositivo, ao falar em acréscimo dos honorários dos embargos rejeitados ou julgados improcedentes ao "valor do débito principal, para todos os efeitos legais", tem levado autorizadas vozes a sustentar a unidade da verba honorária nos embargos e na execução, assim atraindo naturalmente um teto único[72]. Se fosse essa a finalidade da norma,

71 Isso, porém, e como já exposto no item 4.2, não é regra absoluta, em atenção ao que se dá nos embargos parciais e sucessivos, ou nos embargos com alegação de vício processual cujo acolhimento não leva à extinção da execução.

72 É a posição de DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Op. cit.*, p. 436.

porém, ela deveria referir também, por coerência, os embargos à execução *acolhidos*, caso em que o titular dos honorários é o executado/embargado, assim se colocando a mesma controvérsia sobre a cumulação e os limites das verbas em prol dele na execução e nos embargos. Se não o faz, é porque seu significado caminha em outra direção, em um alcance bem menor, na realidade apenas de ordem procedimental. Com efeito, e como já apontado no item 2, acima, a parte final do § 13 do art. 85 se destina apenas a evitar, a bem da economia processual, que corram duas atividades executivas em paralelo: a do crédito exeqüendo original, no processo de execução, e a dos honorários fixados após a rejeição da defesa na execução, que seguiria o caminho de um cumprimento de sentença. Ao invés disso, a execução, em virtude do referido § 13, passa a prosseguir como uma só, acrescendo-se ao valor do crédito exequendo os honorários supervenientes nos embargos e aproveitando-se os atos executivos da execução para a satisfação também daqueles[73]. Logo, a regra se aplica *depois* de fixados os honorários nos embargos, para definir, sob o ângulo procedimental, como a verba será satisfeita coativamente, e não no momento do arbitramento, sem influir no seu limite legal.

E com essa observação se abre caminho para um ponto fundamental, pois a redação do § 13 do art. 85 é muito claro ao falar *em arbitramento* de verbas de sucumbência *em embargos à execução* rejeitados ou julgados improcedentes. Segundo esse dispositivo, portanto, tem de haver honorários arbitrados nos embargos à execução em tais hipóteses, isto é, uma verba fixada nessa relação processual. Ora, se a verba *deve ser arbitrada nos Embargos* se rejeitados, é *porque o art. 827, § 2º, não exclui a fixação de honorários nos Embargos*, em paralelo à majoração por ele imposta para a execução. As duas regras devem ser interpretadas harmoniosamente, para que se conciliem. E se ainda considerarmos, nessa equação, o *caput* do art. 827, fica ainda mais evidente que aqueles que defendem o teto unificado para embargos e execução, sob o CPC/15, cometem o pecado hermenêutico de simplesmente *apagar* um dos dois dispositivos legais: sendo de 10% os honorários provisórios na execução, o teto único termina por impedir, se rejeitados os embargos, (i) ou a fixação de honorários nos Embargos, porque, suponha-se, já houve a majoração até o limite de 20% na execução, e com isso se apaga o art. 85, § 13, que fala em arbitramento de honorários *nos embargos* se rejeitados, (ii) ou a majoração dos honorários na execução, porque já fixada a verba em 10% nos Embargos, e com isso se apaga o art. 827, § 2º, que prevê a majoração *na execução* se rejeitados os embargos.

Por fim, ainda outra hipótese reforça a absoluta ilegalidade do teto único. Imagine-se que, na execução, a majoração do executado tenha alcançado 13%,

73 Nesse sentido, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Comentários...*, p. 188; e CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art. 85, In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.), São Paulo: ed. RT, 2015, p. 329.

partindo-se da premissa, exposta no item 2, acima, de que essa majoração pode ocorrer a cada ordem de ato executório. Com a rejeição dos embargos, o juiz, para arbitrar a verba nos próprios embargos, na intenção de observar o §13 do art. 85, deveria fixá-la em 7%, supondo a aplicação da primeira faixa do art. 85, § 3º, para com isso não ultrapassar o teto de 20%. Mas é evidente que não poderá fazê-lo, já que tal alíquota, de 7%, seria inferior ao piso legal, de 10%. E tanto é ilegal ultrapassar o limite máximo quanto violar o limite mínimo. Sequer é válido argumentar, para afastar a ofensa ao limite mínimo, que a soma com os honorários *na execução* já superaria os 10%, porque com isso se renunciaria à premissa de que as duas verbas honorárias, nos embargos e na execução, ainda são verbas *distintas*. Logo, se o juiz deve arbitrar honorários *nos embargos* (CPC/15, art. 85, § 13), e não pode arbitrar em 7% na faixa do inc. I do § 3º do art. 85, também nesse caso o teto unificado caminha em descompasso com a lei.

4.7. RESPOSTAS AO ARGUMENTO *AD TERROREM*

Há que ser enfrentado, a título de encerramento, um previsível argumento em contrário, normalmente dotado de maior ou menor poder de persuasão conforme o auditório ao qual se dirige, e que joga luzes sobre as consequências das ideias lançadas neste texto: pugnar pela rejeição do teto unificado, como aqui defendido, seria contrário aos interesses da Fazenda Pública, porque apta a elevar a condenação em honorários sofrida por ela em decorrência de execuções fiscais, se ao final derrotada nos embargos.

Para que esse argumento *ad terrorem* fosse minimamente digno de consideração, seriam necessárias informações seguras quanto a vitórias e derrotas da Fazenda Pública nesse terreno. Sem números, ele se converte em puro e simples *achismo*. Por certo não faltaria quem, em sentido diametralmente diverso, invocasse sua particular e muito pessoal experiência profissional para defender leitura oposta[74], ângulo sob o qual a tese ora defendida, *além de correta*, acarretaria mais proveito do que prejuízo patrimonial à Fazenda Pública.

Mesmo se partíssemos, porém, da premissa de que a Fazenda perde mais do que ganha em Embargos à Execução fiscal, a conclusão a que se deveria chegar, ainda assim, é por apoiar a tese de afastamento do teto único para as verbas, jamais o inverso. E isso mesmo por uma visão pragmática, em atenção aos resultados que ela é capaz de provocar. Com efeito, a Fazenda Pública tem de cuidar para ajuizar execuções fiscais frutíferas, aparelhadas por Certidões de Dívida Ativa regularmente formadas, direcionadas (e redirecionadas) contra o sujeito passivo adequado, tendo em conta um crédito válido. Se não o faz, e esse erro

74 É essa última, por exemplo, a opinião deste autor, tendo por base sua atuação na Dívida Ativa do Estado do Rio de Janeiro. Isso, porém, e infelizmente, não diminui o panorama de crise de efetividade da execução fiscal naquele Estado, sabendo-se que, quando em jogo um processo de execução, ter razão não se confunde em nada com a obtenção de meios materiais para a satisfação do direito constante do título.

ao final leva à procedência de Embargos à Execução, também o poder público, como qualquer sujeito em um Estado Democrático de Direito, deve sofrer as consequências adversas que advêm dos comportamentos que adota. O que se paga a título de honorários sucumbenciais é apenas um dentre os muitos fatores econômicos que devem influenciar quando e como ingressar em juízo, além de até quando prosseguir[75]. Uma advocacia pública comprometida com resultados não pode fechar os olhos para essa realidade, ignorando, sem o efetivo controle de legalidade prévio à inscrição em dívida ativa e sem uma mudança de paradigma em prol de um sistema de ajuizamento seletivo[76], os graves prejuízos que a avalanche de execuções fiscais hoje pendentes causa à administração da Justiça e ao bom desempenho da própria missão de perseguir a satisfação do crédito fiscal.

5. CONCLUSÃO

Deve ser tida por ilegal a interpretação, presente na jurisprudência do STJ, que impõe teto unificado de 20% para a soma dos honorários sucumbenciais na execução de título extrajudicial e nos embargos à execução, inclusive a execução fiscal estadual, porque em descompasso com a lógica, os conceitos e os sistemas processuais tanto do CPC/73 quanto do CPC/15.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Juros, honorários e custas no processo de execução de títulos extrajudiciais*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 6, abril-junho/1977, p. 15-26.

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013.

ASSIS, Carlos Augusto de. Comentários ao art. 827, In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.), São Paulo: ed. RT, 2015, p. 1.910-3.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 1978.

CAMARGO, Luiz Henrique Volpe. Comentários ao art. 85, In: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*, Teresa Arruda Alvim, Fredie Didier Jr., Eduardo Talamini, Bruno Dantas (coords.), São Paulo: ed. RT, 2015, p. 300-338.

CHAGAS, Luiz Eduardo Albuquerque. *Os honorários de sucumbência provenientes do cancelamento da certidão de dívida ativa à luz da jurisprudência do Superior Tribunal Justiça*, Rio de Janeiro, 2017, 64 f., Orientadora: Marcia Cristina Xavier de Souza, Traba-

75 Ressaltando a relação entre a imputação das verbas de sucumbência e a promoção da responsabilidade jurídica, v. TALAMINI, Eduardo. *Parecer...,* p. 21-8.

76 É referência, nesse último ponto, o avanço dado pela Procuradoria da Fazenda Nacional com a Portaria PGFN nº 33, de 08 de fevereiro de 2018, que, com base nos arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522/02, com redação dada pela Lei nº 13.606/2018, disciplina, dentre outras matérias de relevo, o ajuizamento seletivo no âmbito da Dívida Ativa federal em seu art. 33.

lho de conclusão de curso (graduação), Universidade Federal do Rio de Janeiro.

CHIOVENDA, Giuseppe. *La condena en costas*, tradução de Juan A. de la Puente y Quijano, Madrid: Gráfica Universal, 1928.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*, Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, v. II, São Paulo: ed. Malheiros, 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar Duarte de. *Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, São Paulo: ed. Método, 2017.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2015.

_____. *Instituições de processo civil*, vol. II: processo de conhecimento, Rio de Janeiro: ed. Forense, 2010.

LIMA, Alcides de Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VI,* Tomo I, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1ª Edição, 1974.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Honorários advocatícios no processo civil*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil – volume II (arts. 70 a 118)*, coords. José Roberto Gouvêa, Luis Guilherme Aidas Bondioli, João Francisco Naves da Fonseca, São Paulo: ed. Saraiva, 2017.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Honorários no Novo Código de Processo Civil e as súmulas do Superior Tribunal de Justiça*, In: Honorários advocatícios (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. II), Marcus Vinícius Furtado Coêlho e Luiz Henrique Volpe Camargo (Coords.), Salvador: Juspodivm, 2015, p. 235-246.

NEVES, Celso. *Comentários ao Código de Processo Civil – vol. VII (arts. 646 a 795)*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª Edição, 1977.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Da responsabilidade por custas e honorários de advogado na execução de títulos extrajudiciais*, Revista de Processo, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 3, julho-setembro/1976, p. 22-31.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Honorários no processo de execução*, In: Honorários advocatícios, Coleção Grandes temas do Novo CPC, (coord.) Marcus Vinícius Furtado Coêlho e Luiz Henrique Volpe Camargo, Salvador: Ed. Juspodvim, 2015, p. 1.119-1.129.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*, São Paulo: ed. Saraiva, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Breves comentários ao art. 20 do CPC, à luz da jurisprudência do STJ*, Revista de Processo, v. 207, mai./2012, São Paulo: ed. RT, p. 345-384 (versão digital).

SOKAL, Guilherme Jales*. A sucumbência recursal no novo CPC: razão, limites e algumas*

perplexidades. Revista de Processo, São Paulo: ed. RT, v. 41, n. 256, jun. 2016, p. 179-205.

TALAMINI, Eduardo. Parecer sobre o cabimento de honorários de advogado na execução provisório, 2012 (disponível em http://www2.oabpr.org.br/publico/comunicacao/par_oab_exec_provis_honor_versao_completa_nao_revisada.pdf, acesso em 01/07/2018).

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Processo de execução e cumprimento de sentença*, São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2014.

PREQUESTIONAMENTO NA PRÁTICA: BREVES CONSIDERAÇÕES PARA APERFEIÇOAR A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E PROMOVER O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL

Ana Carolina de Carvalho Neves [1]

RESUMO

Este trabalho cuidará de tecer breves considerações a respeito do prequestionamento, a fim de aperfeiçoar a atuação do advogado e promover o desenvolvimento jurisprudencial.

Palavras-Chave: Prequestionamento. Admissibilidade Recursal. Prática Forense. Novo CPC. Processo Civil.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a contribuir no aperfeiçoamento da atuação do advogado quanto ao atendimento do requisito do prequestionamento. Também, a colaborar na construção jurisprudencial lastreada nos princípios da primazia da resolução do mérito, da instrumentalidade das formas e da razoável duração do processo. Inicialmente, mostram-se as dificuldades de admissibilidade recursal perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF). Conceitua-se, então, o prequestionamento, apresenta-se a natureza jurídica e as espécies do referido instituto. Em seguida, discorre-se a respeito do tratamento da matéria pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC). Finalmente, aborda-se como proceder na prática forense para preencher o requisito do prequestionamento e para influenciar no desenvolvimento jurisprudencial sobre o tema.

2. A ADMISSIBILIDADE RECURSAL NO STJ E STF

O preenchimento dos requisitos de admissibilidade dos recursos extraordinários *lato sensu* é tarefa árdua na prática forense. Existem inúmeras regras processuais, além de formação de vasta, disforme e instável jurisprudência sobre o assunto. Ao lado disso, os recursos excepcionais exigem fundamentação vinculada, o que reclama mais especificidade na construção da peça recursal. Para agravar, os Tribunais Superiores são acusados de praticarem a chamada jurisprudência defensiva, a qual consiste em privilegiar o formalismo exacerbado em detrimento do exame meritório. A jurisprudência defensiva é vista até mesmo como medida de contenção da avalanche processual suportada pelo Poder Judiciário.

1 Procuradora do Estado da Bahia. E-mail: anacarol_ba@yahoo.com.br

O Ministro Humberto Gomes de Barros2, em discurso de posse como Presidente do STJ, nos idos do ano de 2008, já anunciava que "o STJ adotou a denominada "jurisprudência defensiva" consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhes são dirigidos."

Luís Roberto Barroso e Frederico Montedonio Rego[3] também já alertaram que o STF pratica a antiga e tradicional jurisprudência defensiva, que se materializa em um de três clichês para negar seguimento a recurso extraordinário: a) a matéria é infraconstitucional; b) a solução do problema envolve matéria de fato ou revolvimento de provas; e c) a questão constitucional não foi adequadamente prequestionada.

A doutrina, por sua vez, reafirma:

> *Na experiência brasileira, porém, ante a crescente sobrecarga de processos que foi assoberbando nossos Tribunais da Federação, uma outra função, embora não admitida expressamente, passou a ser desempenhada pelo prequestionamento, qual seja a de operar como filtro, elemento de contenção, ou ao menos um fator regulador do volume excessivo de recursos excepcionais dirigidos ao STF e ao STJ.*[4]

O insucesso dos recursos perante os Tribunais Superiores é demonstrado em números. O STJ, em boletim estatístico de setembro de 2017, anunciou que do total de julgados, 15,02% foram providos, 41,74%, improvidos, 36,04% não foram conhecidos e 7,19% encontram-se na categoria "outros" (homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflitos de competência, entre outras decisões sem teor classificado).[5] Quanto ao STF: "apenas 5% dos recursos de natureza extraordinária (AI, ARE e RE) decididos monocraticamente foram providos pelo STF entre 2007 e 2013"[6].

O panorama atual é desafiador para a parte que pretende êxito recursal perante os Tribunais Superiores. Entretanto, o novo Código de Processo Civil foi reativo e adotou principiologia e regras específicas para combater a jurisprudência defensiva, inclusive na seara do prequestionamento.

---

2 BARROS, Humberto Gomes. **Discurso de posse como Presidente do STJ, 2011**. Disponível em: <bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf?inf_contact_key=516b51139029d4dcb1e2afd25ee2609b7ad9fb778a0598f20918a929763ab11f>. Acesso em: 27 jun. 2018.

3 BARROSO, Luis Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral**: Ideias simples para reverter um fracasso. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047-Como+salvar+a+repercussao+geralIdeias+simples+para+reverter+um>. Acesso em: 05 jun. 2018.

4 MANCUSO, Rodolfo de Camargo**. Recurso extraordinário e recurso especial**: De acordo com as Leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008 e emendas regimentais do STF e do STJ. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

5 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. BOLETIM ESTATÍSTICO: SETEMBRO 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/ Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=306>. Acesso em 28 jun..2018.

6 MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

3. NATUREZA JURÍDICA, CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO

O prequestionamento, sob o ponto de vista da natureza jurídica, é encarado jurisprudencialmente como requisito de admissibilidade de recursos excepcionais[7].

Trata-se de exigência retirada da expressão "causas decididas" constante dos arts. 102, III, e 105, III, da CF/88[8]. Isto é, cabem ao STF e ao STJ resolver questões que já foram apreciadas no Órgão de origem. Tal exigência evita a análise de matéria recursal originariamente nos Tribunais Superiores e a supressão de instância. Por oportuno:

> *Saliente-se que a exigência do prequestionamento não é mero rigorismo formal, pois ele consubstancia a necessidade de obediência aos limites impostos à atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, cuja competência fora outorgada pela Constituição Federal em seu artigo 102.*[9]

A exigência do prequestionamento, aliás, aperfeiçoa a prestação jurisdicional, pois impõe ao Judiciário a análise específica da questão ou ponto suscitado pela parte. Ainda, garante o exercício da ampla defesa, uma vez que impede surpresa à parte contrária.

A concepção do prequestionamento pode ser vista sob três entendimentos: a) ato do julgador, consistente na manifestação acerca da questão discutida; b) ato da parte, caracterizado na promoção do debate da matéria controvertida antes da decisão recorrida; c) ato da parte e do julgador, configurado como a junção dos dois entendimentos citados.[10]

A discussão a respeito do sujeito ativo do prequestionamento tem consequências relevantes na prática forense: a depender da concepção adotada, pode-se admitir ou não o recurso excepcional interposto.

Quanto às espécies, há três tipos de prequestionamento: explícito, implícito e ficto ou virtual. O primeiro é caracterizado quando o acórdão recorrido cuida

---

7 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Agravo ao Recurso Extraordinário n. 680718/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 10 mai.2013.

8 Cf. DIDIER JR., Fredie, **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017; NERY JR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – embargos de declaração prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000 e MEDINA, Jose Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

9 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1065617/SP. Relator: FUX, Luiz. Publicado no Dje de 06-10-2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13922596. Acesso em 13 jun 2018.

10 MEDINA (1997)

expressamente sobre a questão do recurso extraordinário *lato sensu* e faz referência ao dispositivo legal. O segundo ocorre quando o acórdão recorrido trata da questão posta, mas deixa de fazer referência expressa ao texto normativo controvertido. O terceiro está presente quando a parte suscita a questão perante o tribunal *a quo*, inclusive com a oposição de embargos declaratórios, mas inexiste a apreciação efetiva da matéria. O julgador é o sujeito ativo no prequestionamento explícito e implícito. Diferentemente, no prequestionamento ficto, o sujeito ativo é a parte.

Sobre o prequestionamento positivado no NCPC, colhe-se da doutrina:

> *Da nova codificação, pode-se extrair a conceituação do prequestionamento como um ato da parte, independente de manifestação judicial sobre o tema, incluindo as alegações realizadas nos embargos como inerentes ao acórdão em si.*[11]

Acrescente-se que o prequestionamento numérico é expressão que corresponde a exigência do dispositivo legal, com base no qual se pretende recorrer, constar expressamente no acórdão recorrido.[12] Não se trata de espécie de prequestionamento.

4. O PREQUESTIONAMENTO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Inexistia legislação cível específica que tratasse do prequestionamento. Assim, a doutrina e jurisprudência definiam livremente os contornos do instituto. O novo Código de Processo Civil inovou e tratou do instituto expressamente em dois dispositivos, eis o teor:

> *Art. 941. Proferidos os votos, o presidente anunciará o resultado do julgamento, designando para redigir o acórdão o relator ou, se vencido este, o autor do primeiro voto vencedor.*
>
> *[...] § 3º O voto vencido será necessariamente declarado e considerado parte integrante do acórdão para todos os fins legais, inclusive de pré-questionamento.*
>
> *[...] Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.*

O artigo 941, §3º, admitiu o prequestionamento no voto vencido, por ser parte integrante do acórdão. A propósito, o NCPC contrariou o posicionamento

11 DIDIER JR., Fredie et al. **Novo CPC: doutrina selecionada, v.6**. Salvador: Juspodivm, 2016.p 758.

12 ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** São Paulo :Revista dos Tribunais, 2002.

jurisprudencial[13] e doutrinário até então dominante. Com efeito, preponderava o entendimento no seguinte sentido:

> *A leitura do art. 102, III, da CF/1988 não permite espaço algum para dúvida. Será cabível o extraordinário, quando a decisão recorrida realizar alguma das previsões constantes das letras a, b, c ou d do mencionado inciso. Não se vislumbra como possa ser possível que aquela decisão haja contrariado a Constituição, declarado a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, julgado válida lei ou ato de governo local, contestado em face da Constituição, ou julgado válida lei local, contestado em face de lei federal, se apenas o voto vencido se pronunciou nesse sentido.*[14]

Com a inovação legislativa, o STJ, no entanto, já dá sinais de conformação com o NCPC[15]. Ao lado disso, o Enunciado 200 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: Fica superado o Enunciado 320 da Súmula do STJ ("A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento").

O art. 1.025 do NCPC, de outra banda, adotou o prequestionamento ficto ou prequestionamento virtual. Assim, "uniformizou o modo como deve ser considerada prequestionada a questão, (...)"[16].

Isso porque havia intenso dissenso jurisprudencial sobre o tema. A Súmula 211/STJ e a Súmula 356/STF adotam concepções divergentes a respeito do prequestionamento ficto: aquela o ignora, esta o considera. Desse modo, exigia-se comportamentos processuais completamente distintos dos litigantes[17]. Se não

---

13 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 320 do STJ .A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula320.pdf >Acesso em: 29 jun. 2018;
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 682486/DF. Relator: **LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no Dje de 14-03-2008. Disponível em:** http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28131739%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd3t6q6g. Acesso em: 13 jun. 2018;
FORÚM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado n. 200. Fica superado o enunciado 320 da súmula n. 320 do STJ. 2012.Disponível em:< http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florianópolis.pdf >Acesso em: 29 jun. 2018.

14 OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 256, Ano 41. p. 175 e seg ,jun. 2016.

15 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargo de Declaração no Recurso Especial n. 1655852/MG. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no Dje de19/12/2017.Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700384186&dt_publicacao=19/12/2017> . Acesso em 13-06-2018.

16 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 5. ed. p. 1571.

17 BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a súmula 211 do STJ. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. .

bastasse, o STF já sinalizava pela rejeição do entendimento firmado na Súmula 356[18]; enquanto o STJ começava a deixar de aplicar a Súmula 211[19]. Pra finalizar, a Suprema Corte tem julgados confundindo os conceitos de prequestionamento implícito e ficto[20].

Diante de tamanha insegurança jurídica, foi muito bem-vinda a positivação do prequestionamento, que suplantou a Súmula 211/STJ e reafirmou a Súmula 356/STF.

5. PRÁTICA FORENSE

O enfretamento expresso da matéria no acórdão recorrido e a indicação de tal trecho no bojo do recurso excepcional facilita a identificação do prequestionamento pelo julgador. Entretanto, há casos em que o Órgão de origem não enfrenta especificamente o ponto ou questão essencial para a interposição de recursos de superposição. Assim, o litigante deve se cercar de cautelas, a fim de desviar das armadilhas de inadmissibilidade recursal por ausência de prequestionamento.

5.1. QUANDO ALEGAR O PREQUESTIONAMENTO

A parte deverá prequestionar a matéria na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos: em regra, na petição inicial ou defesa. O enfrentamento da matéria na primeira instância cumulada com a reiteração do tema em sede recursal aumenta a probabilidade do Tribunal de origem tratar diretamente do ponto ou questão suscitada. Caso haja omissão, interpõe-se os embargos declaratórios prequestionadores. Nessa oportunidade, a parte deverá trazer à baila a súmula 98/STJ[21], a fim de evitar a multa prevista no art. 1.026, §2º do CPC[22].

18 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 629.943/DF. Relatora: WEBER, Rosa.Publicado no Dje de 26/02/13. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3438933> Acesso em: 09 jun. 2018.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 689.706/DF. Relatora: GRACIE, Ellen. Publicado no Dje de 03/05/2011.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622496> Acesso em:09 jun. 2018.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 694298/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no Dje de 21/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2798772 Acesso em :09 jun. 2018.

19 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 525.718/SP. Relator: SCARTEZZINI, Jorge. Publicado no Dje de 13/10/2003. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259314/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1366608-rj-2012-0210695-6-stj/inteiro-teor-25259315> Acesso em: 29 jun. 2018.

20 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 591.961/RJ. Relatora: WEBER, Rosa. Publicado no Dje de 25/02/2013. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3438475. Acesso em: 02 jul. 2018.

21 Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.

22 *Art. 1.026 [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa*

Os aclaratórios devem ser usados apenas caso persista a omissão no julgado, e não para inaugurar a discussão do ponto ou questão. Com efeito, pretende-se evitar o repudiado pós-questionamento, caracterizado quando o prequestionamento ocorre originariamente em embargos declaratórios[23].

Ademais, segundo entendimento jurisprudencial dominante, tal regra vale também para as matérias de ordem pública, as quais devem ser oportunamente prequestionadas[24]. Destaca-se que é inaplicável o princípio *jura novit cúria* no âmbito dos recursos excepcionais, pela natureza extraordinária deles[25].

5.2. PREQUESTIONAMENTO DE FATOS E DE DIREITO

O NCPC ampliou o conceito de omissão para fins de cabimento dos embargos declaratórios (art. 1.022, II). A omissão pode ser sobre ponto ou questão, ou seja, mesmo que não tenham controvertido as partes (questão), cabem embargos quando apenas uma delas tenha suscitado o fundamento (ponto)[26]. O NCPC dispôs, também, que se consideram incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de prequestionamento (art. 1.025).

Dessa forma, há entendimento doutrinário que defende ser incumbência da parte, em sede de aclaratórios, apontar omissão quanto a elementos jurídicos e fáticos[27], os quais serão considerados incluídos no acórdão para fins de pre-

---

não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

23 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 885.963/SP. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no Dje de 11/10/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=885963&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true . Acesso em 24 jun. 2018.

24 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 805.804/ES. Relator: NORONHA, João Otávio de. Publicado no Dje de 01/07/2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28prequestionamento+e+ordem+adj2+p%FAblica%29+E+%28%22Corte+Especial%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 24 jun. 2018.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal.Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário n. 912986. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no Dje de 07/08/2017. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PREQUESTIONAMENTO+ADJ3+ORDEM+ADJ2+PUBLICA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yco9gl2v Acesso em: 24 jun. 2018.
BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo Interno n. 733063. Relatora: LÚCIA, Cármen. Publicado no Dje de 13/03/2014. Disponível em:< http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PREQUESTIONAMENTO+ADJ3+ORDEM+ADJ2+P%DABLICA%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycsmveqe> Acesso em: 24 jun. 2018.

25 BUENO, Cassio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: Duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

26 MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 5. ed. p. 1550.

27 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. p. 1643.

questionamento. Ou seja, o prequestionamento ficto alcançaria questões de direito e de fatos. Colhe-se a seguinte lição:

> *1.14 Por isso é que se pode, por meio de embargos de declaração, pleitear que se complete a descrição do quadro fático que ficou comprovado nos autos, para fins de reavaliação da correção da decisão, no que diz respeito à qualidade dos fatos e à conclusão jurídica a que se chegou. 1.15 Pedindo o embargante que se incluam os fatos 1, 2 e 3, e respondendo o Tribunal a quo que a menção a estes fatos não é necessária para se avaliar o acerto da decisão, pode o Tribunal Superior considerar incluídos no acórdão os fatos 1, 2 e 3.*[28]

Segundo essa corrente, se o acórdão recorrido for omisso quanto a questão fática, só restaria à parte a oposição de embargos declaratórios prequestionadores. Assim, permitiria o desenho fático no acórdão impugnado e, portanto, a possibilidade da correção da subsunção na via excepcional.

Lembre-se que é repudiado o reexame de fatos em sede de recursos excepcionais[29]. Contudo, tais recursos "[...] se prestam à correção da subsunção, ou seja, da adequação da solução jurídica encontrada à situação fática retratada no processo. Os Tribunais Superiores não reveem provas: mas reveem fatos, na medida em que estejam descritos no acórdão impugnado."[30]

A doutrina balizada ratifica:

> *[...] o tribunal possui o dever constitucional de fazer constar do acórdão proferido todos os fatos suscitados pelas partes, mesmo que referentes à causa de pedir diversa daquela que é a razão de decidir do acórdão.*
>
> *Isto porque o controle da subsunção, ou seja, a demonstração da inadequação da aplicação da lei federal ou constitucional aos fatos constantes dos autos é passível de ser realizada por meio da interposição dos recursos excepcionais.*[31]

O prequestionamento ficto de fatos pode ser invocado sob os seguintes fundamentos: a) a omissão autorizativa dos embargos declaratórios abrange ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz (art. 1.022, II); b) o texto normativo diz que serão "incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou". Entende-se "elementos" como questões fáticas e jurídicas. Inadequado excluir as questões fáticas, pois não cabe ao intérprete restringir o que a lei

28 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. p. 1643.

29 Ver Enunciados de Súmulas 7, do STJ, e 279, do STF.

30 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 2. ed. p. 1642.

31 SPADONI, Joaqum Felipe. A Função Constitucional dos Embargos de Declaração e suas Hipóteses de Cabimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

não restringe (*Ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus*); c) o fim da norma é justamente facilitar a admissibilidade dos recursos excepcionais, o que não seria atendido com a limitação do alcance do prequestionamento ficto apenas às questões de direito; d) o NCPC é assentado nos princípios da primazia da resolução do mérito e da razoável duração do processo, o que seria inobservado com a impossibilidade de prequestionamento ficto referente aos fatos.

A jurisprudência está em formação em relação a tal assunto. A Segunda Turma do Tribunal da Cidadania, no entanto, anunciou que o prequestionamento ficto se limita às questões de direito. Fundamentou que seria incabível infirmar premissas fáticas estabelecidas na origem, pois haveria extrapolação da competência constitucional do STJ de intérprete de legislação federal infraconstitucional.[32]

5.3. MAIS UM REQUISITO PARA O PREQUESTIONAMENTO FICTO

O STJ construiu jurisprudência no sentido de exigir que conste no recurso especial violação ao art. 1.022 do CPC quando o recorrente invocar o prequestioanamento ficto[33], *in verbis*:

32 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.644.163/SC. Relator: BENJAMIN, Herman. Prublicado no Dje de 19/04/2017.Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603261373&dt_publicacao=19/04/2017 >. Acesso em 10 jun. 2018.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno em Recurso Especial n. 1606006/RS. Relatora: MAGALHÃES, Assuste. Publicado no Dje de 17/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601551095&dt_publicacao=17/08/2017. Acesso em 10 jun. 2018.

33 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno em Recurso Especial n. 1669746/PR. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no Dje de 18/05/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&livre=prequestionamento+adj5+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 23 jun. 2018.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno em Recurso Especial n. 1633039/SC. Relatora: MAGALHÃES, Assuste. Publicado no Dje de 24/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 23 jun. 2018.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno em Recurso Especial n. 1719311/SP. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no Dje de 28/05/2018. Disponível em : < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800114894&dt_publicacao=28/05/2018 > Acesso em 23 jun. 2018.
BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1187992/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no Dje de 02/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&livre=prequestionamento+adj5+ficto&data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11> Acesso em 23 jun. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.1094848/DF. Relator: FONSECA, Reynaldo Soares da.Publicado no DJe 01/08/2017. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180624&livre=%28prequestionamento+e+1.025%29+E+%28%22Quinta+Tur-

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. PRÉ-QUESTIONAMENTO FICTO. OMISSÃO. AUSÊNCIA. DANO MORAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE.*
>
> *1. A admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei. [...]*
>
> *(AgInt no REsp 1719311/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 28/05/2018)*

Logo, não suscitada violação ao referido dispositivo legal na hipótese de prequestionamento ficto, o resultado será a inadmissão do recurso especial.

A bem da verdade, trata-se de exigência típica de jurisprudência defensiva, a qual não se coaduna com o espírito da nova legislação processual civil, como bem ponderado por Marcelo Pacheco Machado:

> *Não se trata, efetivamente, de norma cujo cumprimento é complexo. Nada custa inserir um novo tópico no recurso especial e trazer argumentação específica sobre a violação ao artigo 1.025, a qual deve ser contemporânea à matéria principal objeto do recurso.*
>
> *A questão que surge é: qual é a finalidade desta exigência? De que modo melhoraria a compreensão do objeto do recurso, da fundamentação, i.e. de que modo tornaria melhor ou mais efetivo o processo ou garantiria contraditório ou devido processo legal? Mais do que isso, seria possível que o recorrente, antes desse julgado, pudesse imaginar que teria, também, que inserir em seu recurso tópico dedicado ao artigo 1.022?*
>
> *Não, efetivamente! O texto da lei não permite tal interpretação ou*

---

ma%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Reirado do site em 24.06.2018 > Acesso em 24 jun. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.1094848/DF. Relator: FONSECA, Reynaldo Soares da.Publicado no DJe 01/08/2017. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180624&livre=%28prequestionamento+e+1.025%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Reirado do site em 24.06.2018 > Acesso em 24 jun. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1669113/MG. Relator: CORDEIRO, Nefi. Publicado no Dje de 11/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&livre=prequestionamento+adj5+ficto&data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11.> Retirado do site em 23 jun. 2018.

> *tampouco esta teria o condão de valorizar qualquer dos escopos do processo. Mais do que isso, tal jurisprudência – se de fato se consolidar – acabaria surgindo como uma armadilha para as partes, negando justiça (admissibilidade recursal) a situações onde o interesse público (primário) existiria claramente para o provimento dos recursos. Um entendimento que não traz benefícios, e que, certamente, nem sequer arranhará as estatísticas crescentes de recursos interpostos às cortes superiores. De qualquer modo, uma nova exigência que exigiria nossa atenção!*[34]

Enfim, rejeitados os aclaratórios prequestionadores, no bojo do recurso especial, cabe suscitar violação ao art. 1.022/NCPC. Desconhece-se posicionamento análogo no âmbito do STF, mas recomenda-se, por precaução, no recurso extraordinário, apontar violação ao art. 5º, incisos LIV e LV, a fim de evitar a temida jurisprudência defensiva.

5.4. SUPERAÇÃO DA *VIA CRUCIS* RECURSAL

Como dito, a omissão da antiga legislação processual civil autorizava interpretações disformes nos Tribunais Superiores sobre o prequestionamento. O STJ tinha entendimento firme no sentido de que rejeitados embargos declaratórios prequestionadores, a parte, em recurso especial, deveria alegar nulidade da decisão recorrida, por negativa de prestação jurisdicional (violação ao art. 535, II, do CPC/1973, correspondente ao art. 1.022, II, do CPC/2015)[35]. Assim, anulava-se o acórdão recorrido e a questão então era apreciada (prequestionada) pelo Tribunal de origem. Contra a referida decisão caberia, em seguida e em regra, outro recurso especial. A *via crucis* mencionada era muito criticada por vangloriar excessivo tecnicismo em detrimento dos princípios da celeridade e economia processual. Nesse sentido:

> *O Min. Velloso, na oportunidade, chegou a se manifestar no sentido de que a Súmula 211 é um "luxo". Luxo no sentido de sofisticação processual, um excesso de técnica que, em nada, ajuda ou acrescenta ao tão cantado "acesso à justiça". Sempre e sempre, o inciso XXXV do art. 5 da CF... Luxo porque, deixando de lado tudo o que pode justifica-la, sua aplicação prática significa a necessidade de serem interpostos dois recursos especiais em vez de um só. Um recurso que "prepara" o outro, deixando claro e muito bem claro o que foi decidido. Nada mais do que isso.*[36]

34 MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, art. 1.025 e STJ:** Prequestionamento ficto, pero no mucho. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>. Acesso em: 23 jun. 2018.

35 Ver Enunciado de Súmula 211 do Superior Tribunal de Justiça.

36 BUENO, Cassio Scarpinella. De volta ao prequestionamento: Duas reflexões sobre o RE 298.695-SP. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. v. 8.

Diante do acolhimento legislativo do prequestionamento ficto, é indubitável que ordinariamente deverá ocorrer o imediato julgamento da questão de fundo do recurso, e não a anulação do acórdão e a remessa dos autos à origem para apreciação do ponto omisso. Essa é a dicção extraída do art. 1.034/NCPC[37] e da Súmula 456/STF[38]. Sem dúvidas, pretendeu o legislador reduzir esse caminho ao considerar automaticamente prequestionada a matéria veiculada em aclaratórios rejeitados (1.025/NCPC). Aclamou-se o princípio da razoável duração do processo previsto no art. 5º, LXXVIII, da CF/88.

Colhe-se da doutrina:

> *Prestigia-se igualmente a celeridade e a economia processual, na medida em que não se faz necessário reenviar ao Tribunal de Origem o processo para reapreciação quando o Tribunal Superior reconhecer o erro, a omissão, a contradição ou a obscuridade no acórdão recorrido.*
>
> *Das duas, uma: ou o Tribunal Superior entende que o acórdão já analisou a matéria excogitada nos declaratórios, pelo que ausentes tais vícios, e o prequestionamento estará presente e não mais virtualizado; ou reconhece o vício e tem a matéria prequestionada virtualmente.*[39]

Ocorre que, mesmo após o advento da nova legislação processual, a jurisprudência manteve-se instável nesse aspecto. Alguns julgados acenam pela imediata análise meritória do caso[40]. Outros remetem o feito à origem, para que o Órgão Julgador enfrente o ponto ou questão posta[41]. Esse segundo entendimento, via de regra, contraria os princípios da razoável duração do processo, da primazia da resolução do mérito, da instrumentalidade das formas e da economia processual.

A fim de fugir desse longo percurso, recomenda-se, na apresentação das razões recursais, insistir que o NCPC conduz o Tribunal Superior a sanar o vício

37 Art. 1.034. Admitido o recurso extraordinário ou o recurso especial, o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça julgará o processo, aplicando o direito.

38 Súmula 456**:** O Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário, julgará a causa, aplicando o direito à espécie.

39 DUARTE, Zulmar. Prequestionamento virtual no novo CPC: Quem, o quê, onde, como, quando e por quê?. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-por-que-17102016>. Acesso em: 23 jun. 2018.

40 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1653588/MG. Relator: REIS JR., Sebastião. Publicado no Dje de 21/06/2017.Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true >. Acesso em: 23 jun. 2018.

41 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1641593/RS. Relator: MAGALHÃES, Assusete. Publicado no Dje de 19/12/2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/MON?seq=68133824&tipo=0&nreg=201603136869&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20161219&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 2 jul. 2018.

do acórdão recorrido e a apreciar imediatamente a matéria de fundo do recurso, sendo dispensável a remessa dos autos ao Tribunal *a quo*.

De mais a mais, se possível, no bojo do recurso, aconselha-se a alegação primeira de ocorrência de prequestionamento por ato do julgador (explícito ou implícito). Após, em segundo plano, pleiteia-se a ocorrência do prequestionamento por ato da parte (ficto), sob fundamento de que os embargos prequestionadores rejeitados foram interpostos por cautela, apenas para clarificar ainda mais o prequestionamento já existente no acórdão embargado. Essa ordem argumentativa tem o condão de persuadir o STJ a adentrar no mérito recursal. A propósito, colaciona-se relevantíssima estratégia processual apresentada por Frederico Augusto Leopoldino Koehler:

> *[...] devendo ser alegada primeiro a questão principal (sustentando que os embargos declaratórios rejeitados foram interpostos apenas por extrema cautela, com o mero fim de explicitar prequestionamento já existente no acórdão embargado), e requerendo, apenas na hipótese de o STJ assim não entender, que aí sim mande os autos à origem. Assim, persuade-se o STJ de que os embargos eram dispensáveis (eis que opostos por mera cautela), sendo plenamente possível que a Corte Superior julgue de logo o meritum causae, guardando o requerimento de retorno dos autos ao Tribunal inferior como último cartucho a ser gasto (e não o primeiro).* [42]

Em suma, vê-se dificuldade do STJ adaptar-se à nova legislação processual. Quanto à Suprema Corte, acredita-se que a adequação à nova legislação seja mais célere, tendo em vista o teor da Súmula 356/STF. De qualquer forma, a atuação da advocacia para impulsionar o acertado desenvolvimento jurisprudencial acerca do tema é indispensável.

5.5. DESCONSIDERAÇÃO DE VÍCIO FORMAL

O art. 1.029, §3º, do NCPC dispõe que o "Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave".

Cuida-se de novidade do NCPC consagradora dos princípios da instrumentalidade das formas e da primazia pelo mérito. Trata-se de dispositivo legal que combate a jurisprudência defensiva no âmbito dos Tribunais Superiores. É aplicado para afastar, também, eventual rigidez quanto à configuração do prequestionamento. Gilmar Ferreira Mendes e Luciano Felício Fuck ensinam:

> *A tempestividade resta como único pressuposto de admissibilidade intocável, isto é, não passível de ser desconsiderada. Todos os demais,*

42 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Revista da Advocacia Geral da União**, n. 6, jan./abr. 2005.

> *tais como prequestionamento, juntada do comprovante de preparo, indicação da alínea correta do permissivo constitucional, podem ser avaliados de acordo com cada caso, de sorte a privilegiar o precedente do STF e a aplicação da norma constitucional em detrimento da forma.* [43]

Nesse passo, não é demais resgatar trecho de voto da Ministra Ellen Gracie:

> *Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, em recentes julgamentos, vem dando mostras de que o papel do recurso extraordinário na jurisdição constitucional está em processo de redefinição, de modo a conferir maior efetividade às decisões. (...)*
>
> *Esses julgados, segundo entendo, constituem um primeiro passo para a flexibilização do prequestionamento nos processos cujo tema de fundo foi definido pela composição plenária desta Suprema Corte, com o fim de impedir a adoção de soluções diferentes em relação à decisão colegiada. É preciso valorizar a última palavra – em questões de direito – proferida por esta Casa.*[44]

Em reforço, o enunciado 219 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: O relator ou o órgão colegiado poderá desconsiderar o vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave.

Enfim, a desconsideração de vício formal em recurso excepcional trata-se de mais uma saída para superar a inadmissibilidade recursal por ausência de prequestionamento.

6. CONCLUSÃO

O NCPC admitiu o prequestionamento no voto vencido e o denominado prequestionamento ficto. O resultado deve ser a facilitação do julgamento meritório dos recursos excepcionais e, portanto, a promoção do desenvolvimento jurisprudencial. Porém, ainda há resquícios de jurisprudência defensiva. Dessa forma, a fim de preencher o requisito do prequestionamento, a parte recorrente deve observar as seguintes proposições:

a) prequestionar, quando possível, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, inclusive matérias de ordem pública, para evitar o pós-questionamento;

b) apontar, em sede de aclaratórios, omissão quanto aos elementos jurídicos e fáticos, com o propósito de incluí-los no acórdão para fins de prequestionamento;

---

43 MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário. **Revista de Processo.** Vol. 266. Ano 41. P. 266. São Paulo: Ed. RT, nov. 2016.

44 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 375.011/RS, Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835. Acesso em: 01 jul. 2018.

c) suscitar violação ao art. 1.022 do CPC ou ao art. 5º, incisos LIV e LV, da CF, a depender do recurso excepcional interposto, quando for o caso de prequestionamento ficto. Nesse ponto, deve-se ressalvar a desnecessidade de tal exigência, sobretudo diante do advento da nova legislação processual civil;

d) insistir que o NCPC, ao adotar o prequestionamento ficto, permite ao Tribunal Superior superar a omissão do acórdão recorrido e apreciar imediatamente o mérito do recurso excepcional;

e) alegar, se possível, no recurso extremo, primeiramente a ocorrência de prequestionamento por ato do julgador (explícito ou implícito) e transcrever trecho respectivo do acórdão. Após, em segundo plano, pleitear a ocorrência do prequestionamento por ato da parte (ficto), sob fundamento de que os embargos prequestionadores rejeitados foram interpostos por cautela e

f) invocar, caso necessário, a aplicação do art. 1.029/CPC e do princípio da primazia da resolução do mérito, com o intuito de afastar eventual rigidez no exame do prequestionamento.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Recurso especial e recurso extraordinário. In: NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis.** São Paulo :Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Humberto Gomes. **Discurso de posse como Presidente do STJ, 2011**. Disponível em:<bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/16933/Discurso_Posse_Gomes%20de%20Barros.pdf?inf_contact_key=516b51139029d4dcb1e2afd25ee2609b7ad-9fb778a0598f20918a929763ab11f>. Acesso em: 27 jun. 2018.

BARROSO, Luis Roberto; REGO, Frederico Montedonio. **Como salvar a repercussão geral**: Ideias simples para reverter um fracasso. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI274826,31047-Como+salvar+a+repercussao+geral Ideias+simples+para+reverter+um>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1065617/SP. Relator: FUX, Luiz. Publicado no Dje de 06-10-2017. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13922596 Acesso em 13 jun 2018.

_____. Acórdão no Agravo ao Recurso Extraordinário n. 680718/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 10 mai.2013.

_____. Súmula n. 320. A questão federal somente ventilada no voto vencido não atende ao requisito do prequestionamento. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_26_capSumula320.pdf >Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. Embargo de Declaração no Recurso Especial n. 1655852/MG. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no Dje de19/12/2017.Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201700384186&dt_publicacao=19/12/2017> . Acesso em 13-06-2018.

_____. Recurso Especial n. 525.718/SP. Relator: SCARTEZZINI, Jorge. Publicado no Dje de 13/10/2003. Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25259314/agravo-regimental-nos-embargos-de-declaracao-no-recurso-especial-agrg-nos-edcl-no-resp-1366608-rj-2012-0210695-6-stj/inteiro-teor-25259315> Acesso em: 29 jun. 2018.

_____. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 885.963/SP. Relator: BENJAMIN, Herman. Publicado no Dje de 11/10/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=885963&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=-true . Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 805.804/ES. Relator: NORONHA, João Otávio de. Publicado no Dje de 01/07/2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28prequestionamento+e+ordem+adj2+p%FAblica%29+E+%28%22Corte+Especial%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 24 jun. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial n. 1.644.163/SC. Relator: BENJAMIN, Herman. Prublicado no Dje de 19/04/2017.Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201603261373&dt_publicacao=19/04/2017 >. Acesso em 10 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1606006/RS. Relatora: MAGALHÃES, Assuste. Publicado no Dje de 17/08/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201601551095&dt_publicacao=17/08/2017. Acesso em 10 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1669746/PR. Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no Dje de 18/05/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&livre=prequestionamento+adj5+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1633039/SC. Relatora: MAGALHÃES, Assuste. Publicado no Dje de 24/05/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1719311/SP. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no Dje de 28/05/2018. Disponível em : < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800114894&dt_publicacao=28/05/2018 > Acesso em 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n. 1187992/SP. Relator: SALOMÃO, Luis Felipe. Publicado no Dje de 02/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.

jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&livre=prequestionamento+adj5+ficto&data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11> Acesso em 23 jun. 2018

_____. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.1094848/DF. Relator: FONSECA, Reynaldo Soares da. Publicado no DJe 01/08/2017. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180624&livre=%28prequestionamento+e+1.025%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Reirado do site em 24.06.2018 > Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Especial n.1094848/DF. Relator: FONSECA, Reynaldo Soares da. Publicado no DJe 01/08/2017. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20160101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180624&livre=%28prequestionamento+e+1.025%29+E+%28%22Quinta+Turma%22%29.org.&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true Reirado do site em 24.06.2018 > Acesso em 24 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1669113/MG. Relator: CORDEIRO, Nefi. Publicado no Dje de 11/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&livre=prequestionamento+adj5+ficto&data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11.> Retirado do site em 23 jun. 2018

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1719311/SP. Relatora: ANDRIGHI, Nancy. Publicado no Dje em 22/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n 1633039/SC. Relatora: MAGALHÃES, Assusete. Publicado no Dje em: 24/05/2017. Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Recurso Especial n. 1669746/PR,.Relator: KUKINA, Sérgio. Publicado no Dje em: 18/05/2018. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&livre=prequestionamento+adj5+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Agravo Interno em Agravo em Recurso Especial n.1187992/SP. Relator: SALOMÃO, Luiz Felipe. Publicado no Dje em: 02/05/2018. Disponível em: < http://www.stj.

jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&livre=prequestionamento+adj5+ficto&data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20180623&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=11>. Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. Recurso Especial n. 1653588/MG. Relator: REIS JR., Sebastião. Publicado no Dje de 21/06/2017.Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?data=%40DTDE+%3E%3D+20170101+e+%40DTDE+%3C%3D+20170623&livre=prequestionamento+adj2+ficto&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true >. Acesso em: 23 jun. 2018.

_____. BOLETIM ESTATÍSTICO, SETEMBRO 2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Boletim/verpagina.asp?vPag=0&vSeq=306>. Acesso em 28 jun..2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 682486/DF. Relator: **LEWANDOWSKI, Ricardo. Publicado no Dje de 14-03-2008. Disponível em:** http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28131739%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yd3t6q6g. Acesso em: 13 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 629.943/DF. Relatora: WEBER, Rosa. Publicado no Dje de 26/02/13. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3438933> Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. Embargos de Declaração em Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 689.706/DF. Relatora: GRACIE, Ellen. Publicado no Dje de 03/05/2011.Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622496> Acesso em:09 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 694298/DF. Relator: FUX, Luiz. Publicado no Dje de 21/09/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2798772 Acesso em :09 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental em Agravo em Recurso Extraordinário n. 912986. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no Dje de 07/08/2017. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PREQUESTIONAMENTO+ADJ3+ORDEM+ADJ2+PUBLICA%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yco9gl2v Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental no Agravo Interno n. 733063. Relatora: LÚCIA, Cármen. Publicado no Dje de 13/03/2014. Disponível em:< http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PREQUESTIONAMENTO+ADJ3+ORDEM+ADJ2+P%DABLICA%29%28SEGUNDA%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycsmveqe> Acesso em: 24 jun. 2018.

_____. Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 375.011/RS, Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=305835. Acesso em: 01 jul. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella. Prequestionamento: Reflexões sobre a súmula 211 do STJ.

In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

CUNHA, Leonardo Carneiro. **Prequestionamento ficto em recurso extraordinário: Entendimento instável do STF.** Editorial 171, 19/07/2013**.** Disponível em: < https://www.leonardocarneiro dacunha.com.br/opiniao/prequestionamento-ficto-em-recurso-extraordinario-entendimento-instavel-do-stf/>. Acesso em: 25 mai. 2018.

DIDIER JR., Fredie et al. **Novo CPC: doutrina selecionada, v.6**. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. **Curso de direito processual civil**: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DUARTE, Zulmar. Prequestionamento virtual no novo CPC: Quem, o quê, onde, como, quando e por quê?. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/prequestionamento-virtual-no-novo-cpc-quem-o-que-onde-como-quando-e-porque-17102016>. Acesso em: 23 jun. 2018.

FORUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciado n. 200. Fica superado o enunciado 320 da súmula n. 320 do STJ. 2012. Disponível em:< http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florianópolis.pdf >Acesso em: 29 jun. 2018.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Do prequestionamento ficto como meio de efetivação dos princípios da instrumentalidade, economicidade e celeridade do processo. **Revista da Advocacia Geral da União**, n. 6, jan./abr. 2005.

MACHADO, Marcelo Pacheco. **Novo CPC, art. 1.025 e STJ:** Prequestionamento ficto, pero no mucho. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/novo-cpc-art-1-025-e-stj-15052017>. Acesso em: 23 jun. 2018.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo**. Recurso extraordinário e recurso especial**: De acordo com as Leis 11.417/2006, 11.418/2006, 11.672/2008 e emendas regimentais do STF e do STJ. 13ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, Naiane Priscila Alexandrino. **O Prequestionamento e o Código de Processo Civil.** Monografia de graduação. Direito. UNB. Brasília, 2017. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/18467/1/2017_NaianePriscilaAlexandrinoMarques.pdf.> Acesso em: 01 jul. 2018.

MEDINA, Damares. **A repercussão geral no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MEDINA, Jose Miguel Garcia. **O prequestionamento nos recursos extraordinário e especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira; FUCK, Luciano Felício. Novo CPC e o recurso extraordinário.

Revista de Processo. Vol. 266. Ano 41. P. 266. São Paulo: Ed. RT, nov. 2016.

NERY JR, Nelson. Ainda sobre o prequestionamento – embargos de declaração prequestionadores. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro de. O prequestionamento e o novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, vol. 256, Ano 41. p. 175 e seg ,jun. 2016.

SPADONI, Joaqum Felipe. A Função Constitucional dos Embargos de Declaração e suas Hipóteses de Cabimento. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e de outros meios de impugnação às decisões judiciais**, v. 8. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DIREITO TRIBUTÁRIO

CONCILIAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

Max Möller [1]

RESUMO

O presente trabalho trata dos meios alternativos de solução de conflitos, buscando examinar a nova lógica do Código de Processo Civil para tratamento entre as partes a partir de suas possibilidades de utilização no direito tributário. Ainda que sofrendo severas restrições da doutrina, este trabalho trata da possibilidade da utilização destes importantes instrumentos no direito tributário.

1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, após uma corrida em massa para o Poder Judiciário, o que implicou na geração de um modelo de judicialização tão intenso ao ponto das partes deixarem de acreditar em sua própria capacidade de decisão, verifica-se uma tentativa de retomada das soluções via composição, inclusive com o incentivo do Poder Judiciário.

No direito tributário, entretanto, o modelo de simples oposição e confronto entre Fisco e contribuinte parece ainda longe de terminar. Em um ambiente onde a dificuldade de interpretação é tão intensa como na matéria fiscal, normalmente seria de se esperar um ambiente de mútua colaboração e diálogo. Entretanto, observa-se ainda a predominância de um modelo antagonista e que aposta geralmente na decisão de um terceiro imparcial. Ocorre que, atualmente, ambas as partes estão acordando para o fato de que a decisão deste terceiro imparcial nem sempre é a mais qualificada tecnicamente. Mais que isso, é uma solução que tarda e, portanto, os efeitos de sua retroação à data dos fatos são intensos e devastadores. Trata-se de um modelo que não serve a nenhuma das partes.

Ainda que diante de tal diagnóstico, verificam-se muito poucas ações concretas no sentido de romper com esse modelo de excesso de judicialização no âmbito tributário. Ao invés do fortalecimento do processo administrativo, temos um modelo que ainda se caracteriza por posições ainda muito inflexíveis. Num ambiente que reune grandes conhecedores da matéria, ao invés da depuração da posição administrativa, grandes discussões sobre interpretação e, se assim for o caso, a colheita de toda a prova e definição de questões controvertidas que poderiam ser levadas a juízo em caso de discordância; assistíamos a uma produção muito pouco significativa, marcada por uma conflituosidade que nada acrescenta ao âmbito administrativo. Tudo, geralmente, em nome da indisponibilidade do interesse público.

1 Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: max.t.moller@gmail.com.

No âmbito do processo civil, ao contrário, ganham força e expressão os meios alternativos de solução de conflitos, mormente a partir de uma nova e completa sistemática trazida pelo Código de Processo Civil. Entretanto, ao invés dessa nova lógica ter como ponto de partida as discussões tributárias, tem se verificado que esta área do direito tem sido apontada como área estranha à aplicação destes meios alternativos. Como óbices são levantadas barreiras jurídicas consideradas intransponíveis por muitos, tais como a indisponibilidade do interesse público, a legalidade estrita própria do direito tributário, a neutralidade e a isonomia que devem caracterizar os posicionamentos da Administração tributária.

A matéria objeto deste estudo resume-se exatamente na investigação de tais barreiras. Seria o direito tributário um sistema tão particular que os meios alternativos de solução de conflitos – bases de todo o novo processo civil brasileiro – estariam excluídos de aplicação? Não haveria espaço no direito tributário para soluções criativas que pudessem contornar tais barreiras?

O ambiente de relação entre Fisco e contribuinte é potencialmente bastante vasto. Conforme Carlo ROMANO: "Support, answers, statements, instructions by the administrators of tax systems, as well as various forms of dialogue and discussions between tax authorities and taxpayers, probably have existed since Roman times."[2] Há, isto sim, a necessidade de qualificação da relação.

No presente estudo, buscaremos propor modelos pelos quais entendemos viável a utilização da conciliação como forma de revisão da interpretação administrativa em matéria tributária. Outrossim, trataremos da necessidade de aprimoramento de formas de utilização da conciliação nos processos de cobrança em matéria tributária, através da adequação da indisponibilidade do interesse público em relação a complexos critérios de eficácia na recuperação da dívida ativa tributária.

Embora cientes da resistência que o assunto enfrenta na doutrina, entendemos que com pequenos ajustes e afirmação de conceitos fundamentais, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos no âmbito fiscal constitui importante instrumento de qualificação da posição da Administração tributária nos âmbitos administrativo e judicial.

2. OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Os meios alternativos de solução de conflitos estão inseridos dentro de uma lógica trazida ao processo judicial, incorporada ao ordenamento principalmente a partir do novo Código de Processo Civil. Segundo este modelo, há uma tentativa em imbuir as partes em um processo de cooperação na solução do conflito, evitando que este tenha que ser resolvido através do meio "tradicional" de solução, qual seja, a decisão por um terceiro imparcial.

2 ROMANO, Carlo. p. 78.

O modelo consensual de solução de conflitos privilegia alguns valores antes relegados do processo civil, tais como cooperação, tolerância, empatia e diálogo entre as partes; partindo da lógica de que uma solução consensual possui não apenas mais aceitação das partes, mas maiores índices de satisfação e cumprimento voluntário.

Se por previsão expressa do Código Tributário Nacional já contávamos com a pouco utilizada transação (art. 171), temos agora o acréscimo de novas formas previstas de solução de conflitos, tais como conciliação, mediação e arbitragem. A estas poderíamos, também, agregar a negociação, porquanto o CPC contempla a importante possibilidade de realização dos chamados "negócios jurídicos processuais".

Na mediação, há a resolução do conflito pelas próprias partes, mas conduzidas para tal por um terceiro imparcial, que não o magistrado. O terceiro imparcial não possui a função de decidir, mas de auxiliar as partes na solução consensual do conflito. Para que possa ser utilizado tal procedimento, necessária a capacidade das partes para dispor sobre a matéria em discussão. Nessa linha o previsto no artigo 3º da Lei n. 13.140/2015, o qual dispõe que "pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação."

Já na arbitragem há a solução por um terceiro imparcial escolhido pelas partes, o qual terá a tarefa de apontar solução para o caso em litígio, geralmente de acordo com sua área de especialidade e nos termos estabelecidos pelas partes. Neste instituto também há ressalva clara no § 1º do artigo 1º da Lei 9307/96, com redação conferida pela Lei n. 13.129/15 no sentido de que "A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis." Importante frisarmos que na doutrina pátria a arbitragem vem sendo bastante invocada em relação às demandas tributárias, principalmente em razão de adoção, com satisfatórios resultados, deste instituto no direito português.[3]

Já a conciliação possui grande similaridade com a mediação, tanto que possui como marco regulatório também a Lei n. 13.140/2015, possuindo o mesmo objeto, quais sejam, atos que tratem de direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação. Aqui também está presente a atuação de um terceiro, o conciliador, mas nos parece que nada impede que seja integrante de um dos lados envolvidos na conciliação. Conforme aponta Trícia Navarro Chavier Cabral: "na conciliação, apropriada para as relações sem vínculo de con-

3 http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/os-desafios-para-implantar-a-arbitragem-tributaria-no-brasil/. Para aprofundamento sobre o modelo português de arbitragem tributária indicamos o artigo Arbitragem Tributária, de Antônio Francisco de Almeida Calhau - http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/05/JULGAR-26-09-Ant%C3%B3nio-Calhau-Arbitragem-Tribut%C3%A1ria.pdf – no qual o autor explica detalhadamente o processo de atuação do árbitro, em estrutura substitutiva dos tribunais administrativo e judicial, mas com domínio na indicação pelo ente tributante.

tinuidade, o conflito é tratado pelo conciliador de modo a atender apenas aos interesses imediatos das partes, fazendo com que o alcance da autocomposição encerre a disputa, sem priorizar o relacionamento das partes envolvidas."[4]

Conforme entendemos, todas estas formas seriam compatíveis com o regime tributário. Entretanto, diante do modelo atual, entendemos que o mais adequado ainda seria o processo de conciliação. Isto porquanto ainda é o modelo que permite às partes exercerem maior autonomia em relação a seus interesses. E a disposição sobre estes interesses no âmbito da Administração pública, conforme entendemos, dependem de simples ajustes nos elementos próprios do sistema de tomada de decisão administrativa, com a incorporação de valores próprios da solução alternativa de conflitos - cooperação, tolerância, empatia e diálogo – alterando a atitude de depender sempre de uma decisão tomada por um terceiro imparcial. Ao longo deste texto aprofundaremos as razões de opção pela conciliação dentre os meios alternativos de solução disponíveis.

3. OS OBSTÁCULOS ENVOLVENDO A APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS AO DIREITO TRIBUTÁRIO

Não obstante nossa opinião sobre a compatibilidade de quaisquer dos meios alternativos de solução de conflitos no direito tributário - logicamente a partir das adaptações legislativas necessárias -, importante frisar que tal opinião está longe de ser pacífica na doutrina. Não são poucas as vozes no sentido de que o sistema tributário constituiria a mais alta barreira a ser enfrentada na aplicação de meios alternativos de solução de conflitos. Outros vão mais além, defendendo a total incompatibilidade dos meios alternativos de solução de conflito com a vinculação dos atos tributários à legalidade estrita.

A primeira e mais recorrente barreira está na própria norma reguladora dos meios alternativos de solução de conflitos. Todas as legislações que os regulam ou a eles fazem referência tratam de sua aplicação à "direitos disponíveis ou direitos indisponíveis sujeitos à transação." Aqui, em um primeiro momento, podemos verificar que haveria uma possibilidade de interpretação da expressão "sujeitos à transação" como a capacidade de dispor sobre determinados direitos mediante concessões mútuas. Não é o que se estabelece normalmente no direito tributário, salvo alternativa de lei específica, nos termos do art. 171 do CTN.

A vingar essa alternativa, nenhum dos direitos envolvendo Administração Pública – salvo os casos de discricionariedade administrativa – estariam sujeito aos meios alternativos de solução de conflitos. Entretanto, esta parece uma barreira há muito superada na doutrina e na prática judicial, principalmente ante a edição de uma série de legislações específicas sobre o tema.[5]

4 NCPC: conciliação e mediação, https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao

5 Nessa linha, destacamos, no âmbito federal a Lei n. 13.129/2015, Lei n. 13.140/2015 e Lei n. 13.606/2018.

Os obstáculos, entretanto, não se limitam à questão da disponibilidade ou não dos direitos envolvidos. Há, ainda, intensa discussão sobre o óbice à conciliação tributária em razão do "princípio" da indisponibilidade do interesse público. O crédito tributário definitivamente constituído já envolveria uma manifestação pronta e acabada do entendimento da Administração Pública Tributária, pelo que não poderia haver mais disposição em relação a este interesse, afora nas figuras tradicionais contempladas no Código Tributário Nacional, tal como a transação, a anistia e a remissão.

Por fim, apontaríamos ainda questão de extrema relevância envolvendo matéria tributária, qual seja a necessária manutenção da neutralidade tributária, assim entendida como a impossibilidade de utilização do tributo ou de sua cobrança de maneira a alterar as condições e concorrência entre os contribuintes. A neutralidade tem como primeiro corolário a isonomia e a igualdade, de modo que qualquer concessão ou tratamento diferenciado – próprio dos meios alternativos de solução de conflitos – implicariam em quebra da neutralidade que a Administração tributária deve manter em relação aos contribuintes.

Em razão destes três óbices, tem-se por muitos como inviável a aplicação dos meios alternativos de solução de conflitos em matéria tributária.

3.1. O POSSÍVEL CONTORNO DOS OBSTÁCULOS: OS DIREITOS DISPONÍVEIS E INDISPONÍVEIS SUJEITOS À TRANSAÇÃO

Talvez o principal obstáculo existente para utilização de meios alternativos de resolução de conflitos no direito tributário esteja na tão comentada indisponibilidade do interesse público. Sendo indisponível o interesse público, automaticamente a matéria fiscal estaria excluída das soluções consensuais, porquanto estas abrangeriam "direitos disponíveis ou sujeitos à transação". Sobre tal restrição é comum encontrar posicionamentos que interpretam como sinônimo de proteção da indisponibilidade do interesse público o ato de dizer sempre não para qualquer ponto que implica e alteração de um posicionamento consolidado em favor da Administração Pública. Ponto curioso deste posicionamento é sustenta a necessidade de dizer não, mesmo que o ato objeto da negativa não venha a causar danos ao patrimônio público ou que a negativa não gere qualquer resultado útil. A indisponibilidade do interesse público traria um "não" como premissa a qualquer solução alternativa à apontada inicialmente pela Administração.

Neste ponto, temos o exemplo bastante contundente da tramitação e acúmulo envolvendo as execuções fiscais. As gestões judiciais dos executivos fiscais sempre estiveram preparados para dizer sempre "não" para qualquer redução ou proposta que envolvesse a desistência de processos cuja cobrança era inviável. A única alternativa encontrada sempre foi, ao máximo, a suspensão pelo art. 40 da LEF para os mais diligentes, a repetição indiscriminada e desnecessária de diligências já realizadas para a maioria ou mesmo o simples abandono

dos feitos para os menos diligentes. Essa postura, diga-se, gerou um passivo monstruoso de créditos tributários em cobrança judicial, inviabilizando a gestão correta dos processos viáveis e desviando a força dos órgãos de cobrança, os quais cada vez mais se tornaram insuficientes ante o volume de processos de execução fiscal em tramitação. Diga-se, nem sempre necessários.

Entretanto, ademais de prejudicar a cobrança dos processos viáveis, esta postura acarretou entendimentos dos mais absurdos envolvendo "prescrição intercorrente". Grande parte destes entendimentos, destaca-se, encorajado ou com a conivência explícita das próprias Fazendas Públicas. As mesmas que defendiam a inarredável insistência em execuções fiscais ineficazes sob o argumento de defesa intransigente da indisponibilidade do "interesse público." A matéria, infelizmente, ainda é objeto do REsp 1.340.553 e ainda conta com o "apoio" de grande parcela das Fazendas Públicas.[6]

Assim, verifica-se que simplesmente dizer "não" nem sempre está valorativamente ligado à realização do interesse público. Trata-se, isto sim, de postura mais cômoda, porquanto nosso sistema é pródigo em compactuar com atitudes omissivas no âmbito administrativo, mas sempre alerta ao combate a qualquer lógica inovadora ou que busque a solução definitiva de questões complexas. Os vultosos e inócuos passivos acumulados de execuções fiscais são prova disso. As incongruentes teses envolvendo prescrição intercorrente como solução mágica (e sem qualquer critério) para solucioná-lo, também.

Reforçando nosso ponto de vista, citamos o exemplo de política pública de combate aos estoques de execuções fiscais inviáveis adotado no Estado do Rio Grande do Sul. A Lei Estadual n. 13.591/2010, dispunha em seu caput que tinha por objeto *autorizar os Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul a desistirem de execuções fiscais consideradas inviáveis, nos termos dessa lei.* No modelo adotado – absolutamente inovador – tínhamos uma lei que permitia a desistência a partir de critérios técnicos, fixados em normas abertas – reconhecendo como parâmetro para manutenção de execuções fiscais a potencial eficácia do processamento do feito. Assim, a comprovada ausência de bens e a inviabilidade de responsabilização dos sócios autorizava a que os Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul, desistissem de execuções fiscais. Ainda que com a finalidade de limpeza de estoque, melhoria da cobrança e evitar frequentes sucumbências, a lei foi objeto de questionamentos e apontamentos por parte de Tribunais de Contas e Ministério Público. Mais que isso, até ser definitivamente implementada, sofreu forte resistência interna, porquanto haveria a necessidade de comprometimento daqueles que atuavam nos feitos. Demandou, portanto, a criação de uma cultura de busca ddo interesse público através da limpeza dos estoques, o que acabou tornando-se, inclusive, indicador de qualidade nas ações de co-

6 https://www.conjur.com.br/2015-jan-09/decisao-stj-prescricao-atingira-execucoes-fiscais-pais

brança. O processo de implantação, entretanto, reflete bem os efeitos da "cultura do não" associada à defesa do "interesse público".

Outro aspecto fundamental relacionado com a "indisponibilidade do interesse público" é que tal conceito, conforme presente em nosso ordenamento, não constitui um conceito constitucional, mas infraconstitucional. Com base nele foi aceito o entendimento consolidando a possibilidade de desistência de execuções inviáveis previsto na lei gaúcha antes mencionada; mas principalmente é com base neste aspecto infraconstitucional que admitimos com tanta tranquilidade as mais distintas formas de benefícios fiscais travestidos de "programas de recuperação fiscal". Da mesma forma que dizemos "não" à oferta de pagamento de parte do débito por contribuinte que anos de execução fiscal revelaram a mais absoluta ausência de bens penhoráveis, quase que anualmente assistimos devedores de grande patrimônio aderirem a programa de recuperação fiscal – com grande satisfação – pagando o débito com reduções generosas de multas e juros.

Veja-se que, por parte dos órgãos de fiscalização há intensa movimentação com a extinção com critério fundado na efetividade. Mas nenhuma preocupação com a anistia indiscriminada de tributos. Tal fato reflete bem o ambiente ao qual nos acostumamos a atuar, que certamente condiciona a formação de nossos julgamentos (ou prejulgamentos) sobre a matéria.

Comprova, outrossim, que o conceito de interesse público constitui um conceito dependente da forma na qual forjado pelo legislador. Talvez até possa encontrar freio em seu critério valorativo. Entretanto, certamente todos nós – como procuradores ou cidadãos - já tivemos a oportunidade de trabalhar com conceitos de anistia bastante questionáveis sob o enfoque valorativo de "interesse público", os quais foram aplicados como direito subjetivo, sem qualquer questionamento judicial.

Assim, parece-nos que o conceito de interesse público, em si considerado, é bem mais uma justificativa para o "não" do que propriamente um obstáculo intransponível para a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos no direito tributário. Haverá, isto sim, a necessidade de uma justificativa ampla e clara para a persecução do interesse público; mas está vale tanto para o "sim" quanto para o "não".

4. O MODELO DE CONCILIAÇÃO TRIBUTÁRIA PROPOSTO

Com base no que até aqui tratado, entendemos haver uma forma relativamente simples e absolutamente viável de utilização da conciliação em matéria tributária no direito pátrio. Esta, conforme entendemos, já tem utilização em muitos casos. Em outros, para uma aplicabilidade mais ampla, demandam poucas alterações, sejam elas legislativas ou na forma de atuação. Mais que isso, no que se refere à atividade de Procuradorias dos Estados, envolvem intenso protagonis-

mo das advocacias públicas, tal como normalmente deve ocorrer a partir dos novos caminhos apontados pelo novo Código de Processo Civil.

O processo de desjudicialização apontado pelo CPC normalmente determina um deslocamento do âmbito decisório do Poder Judiciário para alguma das esferas administrativas. O que antes era requerido ao magistrado – ainda que de forma implícita – agora passa ser objeto de deliberação e manifestação pelas Administrações e seus representantes. Em razão disso o crescimento de importância da Advocacia Pública nesse processo e a preocupação do CPC com a criação de um ambiente de tranquilidade aos seus representantes, através de normas de restrição de responsabilidade pessoal, consolidado em seu artigo 184.[7]

Fazemos tais considerações exatamente para relembrar que este novo projeto traçado pelo CPC à Advocacia Pública implica em uma mudança de cultura e, consequentemente, postura na forma de afrontar as demandas que se apresentam ao procuratório. Dessa forma, com tais atualizações, parece-nos que o modelo de conciliação proposto não demanda tantas alterações jurídicas tal como geralmente preconizado. Já há um caminho traçado. Basta abraçá-lo.[8]

Posto isto, iniciamos com o importante esclarecimento de que nosso modelo de conciliação tributária segue por dois caminhos. Assim o fazemos por entender que pode ser trilhado por duas vias que demandam distintos pressupostos. Ainda que o objetivo final seja a satisfação do "interesse público", demandam condições diversas. Em ambos os casos, a justificativa para a conciliação ou, se preferirmos um termo mais técnico, as alternativas à negociação por parte da Administração devem ser reduzidas. Por alternativas, seguindo a metodologia consagrada do Prof. Roger FISCHER, teríamos as possibilidades abertas à Administração Pública no caso de não realização da negociação: no caso a conciliação.[9] Importa frisar que, para que se instaure um processo de conciliação em matéria tributária haverá sempre a necessidade de uma justificativa de ausência de outras alternativas melhores que a conciliação. É exatamente esta justificativa que aponta o caminho rumo ao interesse público.

Vencidas tais questões preliminares e absolutamente importantes, avançamos para os modelos propostos de conciliação tributária. O primeiro deles está relacionado aos momentos iniciais de concepção do crédito tributário, im-

7 Art. 184 - O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

8 Neste sentido: "O Advogado Público, por sua vez, exerce papel fundamental para o sucesso das resoluções consensuais, eis que representa a Administração Pública nos processos judiciais e, ainda, atua de forma preventiva por meio de orientação jurídica aos órgãos que compõem a estrutura estatal. A Lei 13.140/2015 não trouxe regulamentação suficiente para o funcionamento das Câmaras que tratarão da autocomposição de conflitos nos entes federados, mas destinou à Advocacia Pública o desenvolvimento de maior consenso entre órgãos públicos entre si e na sua relação com a sociedade." (EIDT, Elisa. Autocomposição na Administração Pública. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017, p. 166)

9 FISCHER, Roger; URY, Willian. Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões. Solomon. 3ª ed., 1994.

portando em nova fase de depuração da interpretação administrativa. A este modelo denominamos conciliação na incidência. Já o segundo modelo proposto está relacionado à falta de alternativas de realização da cobrança deste crédito tributário constituído. Assim, tem foco na eficácia da cobrança, e não na constituição. A este modelo denominamos conciliação na ineficácia. Visando facilitar a compreensão dos processos, também possível dividi-los em conciliação com alteração do crédito tributário e conciliação sem alteração do crédito tributário.

Passamos, portanto, à apresentação e análise de cada um deles.

4.1. CONCILIAÇÃO NA INCIDÊNCIA

Ao primeiro modelo de conciliação tributária proposto denominamos conciliação na incidência, ou com alteração do crédito tributário. Nossa ideia sobre conciliação na incidência está diretamente ligada ao princípio da legalidade estrita que pauta a constituição do crédito tributário. Conforme anteriormente mencionado, a legalidade estrita e a consequente atividade vinculada da Administração tributária são frequentemente apontados como óbices intransponíveis a qualquer processo de conciliação envolvendo incidência tributária. Sendo assim, discussões sobre incidência são geralmente relegadas a longas e, muitas vezes, pouco produtivas discussões administrativas e judiciais.

A legalidade estrita está diretamente ligada à ideia de incidência, a qual se consubstancia no processo de subsunção do fato à norma. Tal como preceitua Paulo de Barros Carvalho, "seja qual for a natureza do preceito jurídico, sua atuação dinâmica é a mesma: opera-se a concreção do fato previsto na hipótese, propalando-se os efeitos jurídicos prescritos na consequência."[10]

Entretanto, como adverte: "para que seja tido como fato jurídico tributário, a ocorrência da vida real, descrita no suposto da norma individual e concreta expedida pelo órgão competente, tem de satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese da norma geral e abstrata. Que apenas um não seja reconhecido, e a dinâmica que descrevemos ficará inteiramente comprometida."[11]

Nesse contexto, tem-se como perfeitamente possível uma concordância ou discordância pelas partes envolvidas – sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária – sobre o conteúdo de algum dos elementos da hipótese de incidência, quais sejam; critério material (ação tributável), critérios temporal, critério es-

10 Curso de Direito Tributário, São Paulo:Saraiva, 26a edição, 2014, p.257. Ainda nas palavras do autor, esclarecendo o que se entende por incidência: "O objeto sobre o qual converge nosso interesse é a fenomenologia da incidência da norma tributária em sentido estreito ou regra-matriz de incidência tributária. Nesse caso, diremos que houve subsunção, quando o fato (fato jurídico tributário constituído pela linguagem prescrita pelo direito positivo) guardar absoluta identidade com o desenho normativo da hipótese (hipótese tributária). Ao ganhar concretude o fato, instala-se, automática e infalivelmente, como diz Alfredo Augusto Becker, o laço abstrato pelo qual o sujeito ativo torna-se titular do direito subjetivo público de exigir a prestação, ao passo que o sujeito passivo ficará na contingência de cumpri-la."

11 op. cit. p. 257.

pacial. Mais que isso, uma análise mais profunda sobre a teoria da interpretação revela que pode haver uma discordância na interpretação até mesmo da norma extraída do dispositivo.[12]

Isso se explica porquanto a atividade de interpretação, por mais que se tente, não é uma atividade automática ou robótica. Ela envolve um elemento humano, o intérprete, o qual pode trazer distintas interpretações sobre um texto. Mais ainda, este intérprete está envolvido não apenas na interpretação da norma e seu enquadramento no fato concreto, mas até mesmo o caminho entre o dispositivo e a norma envolve um ato humano de interpretação. Com base nisso, por maior que seja a habilidade e o cuidado do legislador e dos intérpretes, sempre haverá vários pontos de discordância possíveis. A questão será, em nosso entender, a atitude que cabe aos atores interpretativos diante dessa infinidade de possibilidades.

Evidentemente que estas possibilidades são muito amplas. Entretanto, dúvidas sobre interpretações possíveis poderão ser classificadas como razoáveis ou não razoáveis. E aqui, conforme entendemos, reside grande parte das insatisfações de contribuintes e da falta de compreensão entre as partes envolvidas na interpretação da relação jurídica tributária.

Vejamos que os meios alternativos de solução de conflitos são baseados em cooperação, tolerância, empatia e diálogo. No caso, temos que nos casos de lançamento por homologação, devem os contribuintes, em prazos curtos, interpretarem as normas e fazerem suas declarações conforme um futuro (ou consultado) entendimento do Fisco, sob pena de sofrerem penalidades pecuniárias. Nos lançamentos de ofício, os agentes fiscais fazem seus juízos de interpretação sofrendo grande fiscalização de órgãos externos e da própria corporação, o que naturalmente direciona a uma interpretação mais direcionada à incidência.

Para qualquer das partes, há um ambiente de tranquilidade? Há um a ambiente de diálogo? Há um ambiente de cooperação? Há um modelo de tolerância? Ao contrário, o ambiente construído parece ser o de medo do terceiro controlador, seja este o Fisco em relação ao contribuinte, sejam os órgãos de controle em relação ao agente fiscal. E em um ambiente como este, certamente não há grande espaço para a colaboração, seja ela técnica, seja ela jurídica, seja no de conferir um distinto ponto de vista ainda não captado por algum dos intérpretes.

Assim, pelo modelo atual, de alta conflituosidade, temos que normalmente as partes – Fisco e contribuinte – enxergam-se como inimigos, mantendo seus

12 Neste sentido esclarece Humberto Ávila que "normas não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos. Daí se afirmar que os dispositivos se constituem no objeto da interpretação; e as normas, no seu resultado." (Teoria dos princípios, 4a ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 22.) Na mesma linha, Ricardo Guastini aponta que: "(…) si può anche dire così: la disposizione è (parte di) un testo ancora da interpretare; la norma è (parte di) un testo interpretato." ("Disposizione vs Norme" in Scienza e tecnica della legislazione. Trieste:Università degli Studi di Trieste, 1988, p. 35)

entendimentos constituídos em ambientes não muito saudáveis de interpretação. Desconsideram as razões do outro e esperam que um terceiro imparcial, em último grau de recurso, posicione-se para um dos lados. Veja-se que este terceiro, embora imparcial, é aquele que certamente menos conhece da matéria. Assim, ao fim e ao cabo, a "melhor" interpretação é a daquele que menos conhece da matéria. Isto porquanto inviabilizado qualquer tipo de diálogo ou ambiente de construção conjunta de interpretação, onde os pontos geralmente atacados referem-se a questões formais de constituição dos créditos. Raramente implicam em alteração de interpretação. Por fim, esses juízos definitivos são construídos muito tempo após os fatos geradores, gerando períodos de grande instabilidade interpretativa sobre determinadas matérias, com prejuízos econômicos para Fisco e contribuinte. E, mais uma vez, abarrotando o Poder Judiciário com processos que, consequentemente, serão decididos com uma qualidade cada vez mas baixa, considerando a direta relação entre volume vs qualidade das decisões.

Como exemplo bastante ilustrativo do tipo de discussão que se estabelece temos o caso que denominamos "torta ou bolo". Neste caso, houve estabelecimento de tributação seletiva ao produto "bolo de qualquer espécie". Em razão disso, as confeitarias que produziam "tortas" entenderam que poderia utilizar-se de tal alíquota diferenciada. Assim, estabeleceu-se intensa discussão com o Fisco com o único propósito de definir se torta era uma espécie de bolo ou um item autônomo que com este não se identificava. Até aqui, algo perfeitamente normal para uma dúvida interpretativa.[13]

O que chama a atenção no presente caso é o fato de que, mesmo contando com todo o setor de panifício à disposição, com especialistas na área, com técnicos que haviam estudado o assunto, ao fim e ao cabo, a decisão foi delegada a um terceiro que, embora imparcial, certamente era o que menos se havia inteirado do assunto. Mais que isso, o caso gerou solução que tardou um bom tempo a ser definitiva, gerando incerteza para ambas as partes, bem como deixando um passivo ao perdedor. Outrossim, ao invés de reunir as demandas em ambiente onde todos pudessem contribuir, multiplicou-as, gerando conflituosidade sem agregar conhecimento, bem como ainda mais indeterminabilidade ante a pro-

13 Caso julgado na Apelação Cível n. 70067487694 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. ICMS. ALÍQUOTA. 12% PRODUTOS DE CONFEITARIA. BOLOS. TORTAS. 1. Aplica-se a alíquota de 12% fixada para os "bolos de qualquer tipo ou espécie" também às operações de circulação de tortas. Art. 12, inciso II, d, item 8, da Lei n.º 8.820/89. 2. A repetição de indébito do ICMS subordina-se ao cumprimento do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional: (I) comprovação de que não houve repercussão do tributo ou (II) a autorização do contribuinte de fato. 3. Em se tratando de causa em que restou vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios são fixados de acordo com a apreciação equitativa do juiz. Hipótese em que a verba honorária fixada deve ser mantida. Negado seguimento aos recursos. (Apelação Cível Nº **70067487694**, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 29/01/2016)

vável existência de decisões conflitantes entre sí. Neste último caso, gerando desequilíbrio de concorrência no setor e rompendo com a neutralidade tributária.

A questão que colocamos para reflexão é bem simples: não poderiam Fisco e contribuinte instalarem ambiente adequado de decisão, agregando os conhecimentos existentes no setor específico e do ente fiscalizador, para tomarem decisão mais qualificada? Isto afetaria a estrita legalidade tributária? Esse processo afetaria a atividade vinculada de aferição da incidência por parte da Administração tributária? Vejamos que o que está em jogo aqui é tão somente a interpretação da norma tributária, a qual pode não necessariamente precisa ser produto de uma atividade de conflito ou radical, para que posteriormente, se assim for o caso, tenha sua ponderação terceirizada a um terceiro imparcial.

Talvez ainda mais relevante seja o fato de que agregar na interpretação de casos difíceis um modelo de construção com diálogo traz importantes benefícios para Fisco e contribuinte. Ademais da compreensão do "outro lado", a participação do contribuinte no processo de construção certamente trará maior adesão deste ao cumprimento voluntário da obrigação, reduzindo a litigiosidade. Para o Agente Fiscal, trará indubitavelmente um ambiente de mais segurança na tomada de decisão sobre a interpretação, já que caso não tenha a interpretação mais restrita possível, eventual fiscalização certamente não irá conseguir reproduzir o processo decisório, tornando mais ilegítima a crítica injustificada.

De outro lado, com a necessidade de apresentação das melhores razões e fundamentos para a sensibilização do outro e construção de um argumento mais qualificado, as partes, além do entendimento, podem antecipar as razões de convencimento do outro. Isto pode não apenas ser útil na modificação de posição, mas para o fortalecimento das razões em caso de manutenção da posição anterior. Esta se fortalece no momento em que é testada em relação aos argumentos contrários da outra parte. Mais que isso, a interpretação alcançada em colaboração com setores dos contribuintes, ainda que não vincule a todos os demais, certamente terá uma legitimidade diferenciada caso questionada judicialmente. A alteração pelo terceiro imparcial de uma decisão tomada com a concordância de representante do setor, considerando todas as razões trazidas pelas partes em processo de cooperação, tolerância, empatia e diálogo certamente demandará justificativa muito mais forte para ser contornada.

Vejamos que tal processo não está restrito à fase administrativa, no momento inicial da interpretação, ou seja, com o lançamento. Tal ambiente de construção e diálogo também pode ser propiciado durante a fase judicial. E aqui a importância de considerar as normas envolvendo conciliação previstas no Código de Processo Civil, as quais alcançam importantes garantias processuais para que as partes possam negociar com tranquilidade. Na verdade, esta seria a fase própria onde envolvido um verdadeiro processo de conciliação tributária, uma vez que o processo anteriormente descrito consistiria simplesmente em cons-

trução de ambiente mais adequado para a construção da primeira interpretação administrativa. Entretanto, nesta fase já processual (ou pré-ajuizamento), onde já formalizada a vontade da Administração através do lançamento, eventual consideração das razões do contribuinte no processo de revisão da interpretação sobre a norma tributária poderia tranquilamente enquadrar-se nas concessões mútuas próprias da conciliação.

Entretanto, considerando a existência de um anterior posicionamento administrativo, qualquer revisão da interpretação da norma na fase judicial importaria na assunção de um ônus argumentativo maior por parte do representante da Fazenda Pública. E aqui, mais uma vez, a importância do exame das alternativas, porquanto imprescindível a justificativa dos motivos da revisão, ainda que em colaboração dos argumentos trazidos pela parte contrária. Exemplos claros de argumentos a serem agregados na fase judicial podem estar no próprio regime de precedentes trazidos pelo Código de Processo Civil. Se no regime processual anterior os precedentes constituíam importante fonte de direito, no modelo atual observa-se que possuem força vinculante. Em muitos casos, como no art. 332, por exemplo, permitem que a demanda seja julgada liminarmente improcedente sem que sequer ocorra a oitiva da parte contrária, quando o pedido contrariar precedente. Outrossim, de uma maneira menos forte em termos argumentativos, podem indicar o caminho da interpretação seguido pelos tribunais, permitindo antever o juízo que será tomado no caso em exame por critérios de coerência.

A questão importante é que, já incorporado ou não pelo Poder Judiciário, há no ordenamento um modelo organizado de utilização dos precedentes, seja pelos julgadores, seja pelos próprios operadores jurídicos, incluindo a Administração Pública no estabelecimento de suas posições e na condução de suas pretensões judiciais, especialmente as de natureza tributária, para as quais não há margem para discricionariedade.

Assim, entendemos que há imensos espaços no âmbito de incidência para construção de um modelo de diálogo que qualifique a interpretação da norma tributária e a fixação do entendimento da Administração. Este espaço pode ser tanto utilizado na qualificação da formação da interpretação administrativa como, adiante, para revisá-la ou atualizá-la. Embora cientes de que o primeiro caso não seria propriamente um processo de conciliação, cremos que também pode assim ser chamado, porquanto ainda que em momento distinto, possui praticamente o mesmo modo de atuação do modelo judicial ou pré-judicial proposto. Como tratam de fases distintas, mas complementares, dependerão certamente da adoção de postura institucional neste sentido por parte dos órgãos competentes para sua realização.[14]

14 Esse ambiente de negociação pode ainda viabilizar o que se denomina no direito comparado de *anti-avoidance rulings* e, no direito pátrio, definição de condutas anti-elisivas. Uma das grandes queixas da advocacia é o de que muitas interpretações do contribuinte acabam

4.2. A CONCILIAÇÃO NA INEFICÁCIA

A outra face da conciliação em matéria tributária, ainda que pouco utilizada, parece ainda de mais fácil assimilação que a conciliação na incidência. Isto ocorre porquanto atua a variável distinta da conciliação com alteração no crédito tributário. Neste caso, o crédito tributário não sofre qualquer alteração pelo processo de conciliação, mas esta atua na potencialização de meios para sua satisfação. Outrossim, em uma variável deste tipo de conciliação, a lei permite a redução no crédito tributário de forma genérica, necessitando a norma de complementação de atividade técnica, de forma muito similar aos casos de isenção, remissão ou anistia realizados "em caráter individual", tal como previsto no CTN.

As bases para efetivação de tais juízos de relativização do pagamento integral em dinheiro de todo o valor do crédito tributário está, neste "lado da moeda", não mais na interpretação da norma tributária (validade), mas no plano da eficácia, ou seja, nas possibilidades de cobrança do crédito tributário. Não por outra razão denominamos este modelo de conciliação na ineficácia.

O modelo de conciliação proposto – próprio da fase executiva – também terá como pressuposto básico a necessidade de justificativa consistente baseado nas alternativas à negociação prevista na teoria do Prof. Roger Fischer. Logo, o que autorizaria o representante da Fazenda Pública a abrir um processo de negociação seria exatamente a ausência de uma alternativa (o que pode ser unilateralmente praticado) mais favorável que a proposta de conciliação.

E se tratamos de alternativas fracas, talvez nenhum campo seja mais fértil que a execução em matéria tributária. Em razão do modo particular de constituição do crédito tributário – onde não há a possibilidade de impedir que o sujeito pratique o fato gerador e o procedimento longo de constituição do mesmo em alguns casos – verifica-se que, quando não adotadas medidas preventivas, estamos diante de créditos que apresentam graves patologias no que se refere à possibilidade de recuperação. Principalmente se consideramos os casos de devedores contumazes, ou seja, estruturas organizadas para gerar créditos tributários e frustrar as execuções.

Considerando os vultosos passivos tributários acumulados em todas as esferas de cobrança fiscal, podemos verificar índices altíssimos de contingenciamento, bem como percentuais irrisórios de recuperação.[15] As causas destes

sendo sancionadas com infrações qualificadas, quando na verdade decorreram apenas de mera discordância interpretativa sob a norma em questão. Vejamos que num ambiente de negociação adequado poderia não apenas haver uma definição mais aprofundada de possíveis casos de interpretação desejados por parte de Fisco e contribuinte, bem como estes poderiam dialogar sobre a própria mensuração de penalidades ou período de perdão em razão de determinada interpretação distinta da definida. Este, diga-se, um caso bem típico onde se está a tratar de interpretação e compreensão das razões da outra parte, que nada viola critérios de legalidade estrita.

15 Há uma série de estudos de acerta da efetividade da execução fiscal, todos comprovando os

baixíssimos índices de recuperação são muitas e o fenômeno extremamente complexo de ser analisado com qualidade. Entretanto, não é este nosso foco no presente estudo.

O que importa aqui é que em razão desta realidade, uma série de alternativas vem sendo propostas e executadas, a fim de melhorar a qualidade da cobrança e, com isso, combater a ineficácia do crédito tributário. A chamada "securitização da dívida ativa" é tema recorrente a cada novo governo e sempre que se discute a eficácia da cobrança da dívida ativa. Assim, simplifica-se o problema apontando para a desqualificação da cobrança pública e elegendo a terceirização como tábua de salvação.

De outro lado, pipocam anualmente inúmeros "programas de recuperação fiscal" em todos os níveis de governo, concedendo benefícios indiscriminados e sem qualquer critério, sob o argumento de "fazer caixa" e melhorar a cobrança. Dizemos sem critério pois tais políticas não utilizam qualquer critério de ineficácia na cobrança para a concessão dos incentivos ao pagamento, permitindo que aquele que possui bens penhoráveis possa facilmente livrar-se do crédito constituído de forma bem mais favorável. Ao contrário, aquele que não possui bens, tampouco sente-se encorajado a pagar, porquanto não há outra alternativa ao Fisco.

Não se observa, em tais programas de recuperação, descontos fundamentados em critérios de ineficácia ou eficácia reduzidas. São gerais, não raro tratando "da mesma forma" o sonegador com bem penhoráveis e o contribuinte que teve multa formal e não possui bens penhoráveis. Não há em tais legislações qualquer exame das alternativas do Fisco no prosseguimento da cobrança. Exemplo ilustrativo temos no caso das recuperações judiciais em face da cobrança dos créditos tributário. Ainda que com previsão expressa dos artigos 155-A do CTN e do art. 68 da Lei n. 11.101/2005, nenhum ente editou lei prevendo o parcelamento especial. A relativização da certidão positiva com efeitos de negativa pelo STJ em razão da ausência de parcelamento especial levou a quase que total desconsideração do crédito tributário nas execuções fiscais. Tal cenário incentivou não apenas a utilização da recuperação judicial para frustrar a cobrança fiscal, como levou a índices de recuperação tributária para empresas em recuperação judicial para absurdos 0,2% de efetividade. Mesmo assim, nenhuma lei que regulamentou os parcelamentos previu a possibilidade de redução do montante do crédito tributário para empresas em recuperação judicial. Isto é, com base em critérios de eficácia (ou eficiencia, conforme constitucionalmente previs-

baixíssimos índices de recuperação. Um dos mais célebres, do IPEA, em diagnóstico da execução fiscal federal, aponta que representavam 53,6% dos processos em tramitação em 2011. 75 por cento da dívida em cobrança estava concentrada em 0,93% do total de contribuintes. Somente 15% chegavam à penhora. Em compensação, os protestos apresentaram índices de recuperação de 18,3% entre 2013 e 2015. Tais dados são apenas para ilustrar as escassas alternativas das Fazendas Públicas à negociação administrativa.

to). Mantém-se a forma tradicional de benefícios gerais, mesmo que os grandes prejuízos estejam bem evidentes em determinada área e o âmbito privado já aplique drásticas reduções para o mesmo tipo de situação. Tudo em nome da "indisponibilidade do interesse público".

As "políticas de recuperação de créditos", em suma, continuam a dispor do "interesse público indisponível" com critérios que não são sindicados, simplesmente porque oriundos de um órgão legislativo e favoráveis aos contribuintes. Não se analisa, por exemplo, que tais políticas incentivam o inadimplemento do tributo corrente, quase que com a certeza de futuras concessões de benefício, ainda que para empresas sólidas e com patrimônio. Aqui, o quase santificado "interesse público" baila livre nas mãos do legislador, lembrando antigos tempos onde imperava o chamado Estado legislativo, onde a lei não encontrava limites em qualquer outro instrumento.

Dessa forma, o que entendemos por conciliação na ineficácia consiste na possibilidade de adoção de critérios para oferecimento de situações mais favoráveis de pagamento fundadas em critérios técnicos relacionados ao potencial de eficácia na cobrança do respectivo crédito. Como as situações particulares são impossíveis de previsão em legislação específica, há para este caso a necessidade de um modelo legislativo com previsões mais gerais – sempre direcionando às possibilidades de cobrança – para que eventuais reduções possam ser aplicadas por aqueles que conhecem a situação específica dos processos.

O critério a justificar a iniciativa de negociação será exatamente a ausência de alternativa mais favorável que a negociação – dentro dos limites previstos pela lei. Não se trata de lei que traz direito subjetivo do contribuinte, mas autorização ao representante processual para proceder à cobrança em termos diferenciados. Ao invés de "dispor do interesse público" sem justificativa, haveria neste caso a possibilidade de "dispor do interesse público" com justificativa. E aqui, diga-se, o índice de genericidade da lei dependerá da confiança do legislador nos órgãos de representação judicial. E, para estes, quanto maior a liberalidade – genericidade da lei – mais forte deverá ser a justificativa e o cuidado com os critérios utilizados.

5. A ISONOMIA – UTILIZANDO O MODELO DO *ADVANCE TAX RULING*

Se atentamos detidamente aos dois modelos de conciliação propostos, podemos facilmente verificar que parecem adequados ao Fisco porquanto não implicam em uma mera disposição de interesses consolidados e assentados, mas em uma alteração da posição do ente público em razão de uma análise mais qualificada da posição do contribuinte. Outrossim, conforme explicitado, sempre justificado por uma ausência de melhor alternativa à negociação.

Por consequência, se entendemos que efetivamente o resultado da negociação será uma alteração de posicionamento da Administração, necessariamente

teremos que conferir uma solução a eventuais alegações de quebra de isonomia decorrentes de uma negociação. Tais critérios, por determinação constitucional e lógica, devem pautar as ações do ente público. Em razão disso, a utilização de meios alternativos de solução de conflitos em matéria tributária passa necessariamente pelo exame e superação de atendimento a parâmetros mínimos de isonomia.

Conforme trabalhamos em relação às alternativas, indispensável frisar que estas constituem particularidades dos casos em exame, as quais são utilizadas como discriminem exatamente para viabilizar o atingimento do interesse público subjacente, consistente na qualificação do posicionamento administrativo ou a recuperação total ou parcial do crédito tributário. Logo, importante partir do pressuposto que igualdade estará na situação que justifica o acordo, e não na posição do contribuinte nas chamadas "condições normais de temperatura e pressão". A título de exemplo, se o acordo é justificado pela ausência de alternativas em razão da ineficácia da cobrança, viabilizando a proposta de percepção de valores reduzidos de forma voluntária, serão estes os critérios de isonomia a pautar o entendimento do Fisco em relação aos demais contribuintes em mesma situação; e não a natureza do débito. Logo, o critério de comparação deve ser adequado. Mais do que isso, muito bem justificado.

Assim, verifica-se que, para a preservação da isonomia, há necessidade de um cuidado especial com a transparência do ato de negociação. Preferencialmente, até mesmo o processo de negociação pode ser aberto, visando a legitimação da decisão e uma maior contribuição de distintos argumentos. Logicamente, sempre dentro de uma lógica de proporcionalidade que evita o tumulto e a impraticabilidade de oitiva de razões pelo superdimensionamento da negociação, a qual necessita manter foco e definir de forma muito clara seus pontos principais.

Diante de tal desafio, entendemos que o direito comparado oferece experiência riquíssima de aplicação de instituto que possui exatamente esta finalidade: o *advance tax ruling*. Na lição de Carlo ROMANO, em obra referência sobre o tema:

> "Advance tax rulings são instrumentos legais pelos quais os contribuintes podem obter alguns compromissos do Fisco, no que concerne a atos ou transações, sejam elas referentes ao futuro ou passado. Advance tax rulings são dirigidos aos contribuintes, individualmente ou em grupos, através de um requerimento ou posição sobre como a Administração tributária irá aplicar o direito para tais contribuintes em relação a uma transação específica, ou a uma série de fatos ou transações."[16]

16 Tradução livre e simplificada do autor em relação ao texto original: "Advance tax rulings are legal instruments under wich taxpayers (or their tax advisors) may obtain a more or less binding statement from the tax authorities concerning the treatment of a transaction, or a series

Vale destacar que tal instituto possui utilização consideravelmente distinta em diferentes ordenamentos. Entretanto, caracteriza-se por emprestar uma experiência bem sucedida – ademais de *know how* em relação a pontos de melhora – de uma tomada ou revisão da decisão administrativa em matéria tributária, contando com a provocação, contribuição e participação do contribuinte. Algo, diga-se, bem próximo dos valores inspiradores dos meios alternativos de solução de conflitos, quais sejam, cooperação, tolerância, empatia e diálogo entre as partes.

Mais do que isso, trabalha de forma bem mais clara a função da interpretação no processo de construção do direito, demonstrando um nível de realidade e atenção a este fenômeno, ao invés de relegá-lo a uma espécie de "discricionariedade do Fisco". Esse tratamento em relação a interpretação, frisamos, é muito mais próximo do modelo previsto pelo Código de Processo Civil, o qual traz bastante foco na utilização do sistema de precedentes, o qual pode ser simplificado como a força cogente do direito interpretado.

Nessa linha, o modelo do *advance tax ruling* tem por finalidade, segundo Carlo ROMANO:

- aclarar a interpretação do ato administrativo
- garantir a transparência nas atividades administrativas através das razões do ato;
- assegurar o controle judicial da decisão administrativa;
- destacar a prestação de contas da autoridade.

Logo, através de tal processo há um importante destaque não apenas ao ato de interpretação da Administração tributária, mas também às razões e justificativas presentes na realização de qualquer discriminem. Dessa forma, deixa clara a política tributária direcionada ao interesse público, ao mesmo tempo em que permite a aplicação de critérios isonômicos porquanto pode ser aproveitada por todos aqueles que se encontrem na mesma situação.

Resolvem-se, portanto, importantes barreiras apontadas à utilização do processo de conciliação em matéria tributária. Mais que isso, o foco contemporâneo na transparência e na justificativa – características fundamentais do regime de precedentes – permitem a criação de um ambiente de tomada de decisão administrativa muito mais atual, democrático, transparente e adequado ao modelo trazido pelo Código de Processo Civil.

6. CONCLUSÃO

De acordo com o exposto, entendemos como perfeitamente possível a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos em matéria fiscal. Evidentemente

of contemplated future (and sometimes past) actions or transactions. Advanced tax rulings are addressed to particular taxpayers upon request and explain how the tax administration will apply the law to a particular taxpayer or group of taxpayers in relation to transaction, or a series of specified facts or transactions." (ROMANO, p. 78)

que não estamos diante de um modelo de autonomia da vontade, porquanto a Administração trabalha sempre com o condicionamento de estar dirigida ao interesse público. Entretanto, isso não significa que a tutela do interesse possa significar processos de intolerância, irreversibilidade de entendimentos, ou modelos irracionais de manutenção de posicionamentos para evitar justificativas. A indisponibilidade do interesse público somente se justifica para protegê-lo, não para prejudicá-lo.

Nessa linha, concluímos que:

1. A aplicação de processos de solução alternativa de conflitos previstas no Código de Processo Civil são instrumentos adequados de exame ou reexame da posição da Administração tributária, principalmente o modelo de conciliação.
2. Os óbices utilizados como impedimento para a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos em matéria tributária, tais como vinculação à legalidade, indisponibilidade do interesse público e necessidade de respeito à isonomia e neutralidade são contornáveis com soluções previstas no próprio ordenamento.
3. Os modelos de composição propostos seguem duas linhas, as quais denominamos conciliação na incidência (com alteração do crédito tributário) ou conciliação na ineficácia (sem alteração do crédito tributário). A primeira estará ligada à construção ou revisão da interpretação administrativa sobre a norma tributária. A segunda, buscará agregar ao processo de cobrança meios alternativos de recuperação do crédito – total ou parcialmente – considerando a eficácia/ineficácia na cobrança do crédito.
4. Os processos de negociação justificam-se pela ausência ou reduzida alternativa para prosseguimento com a posição convencional. Por alternativa entende-se o que seria possível ao Fisco fazer *per si,* ou seja, sem a colaboração do contribuinte ou terceiro. A demonstração sobre a ausência ou reduzida alternativa pode partir do Fisco como ser provocada pelo contribuinte em processo de convencimento.
5. Modelos de alteração de interpretação com base no convencimento do contribuinte não implicam em violação à legalidade estrita, mas em qualificação da atividade da Administração tributária, uma vez que esta possui tanta aptidão para uma posição moderada em ambiente próprio quanto o Poder Judiciário. O modelo processual atual traz importantes instrumentos para a qualificação da decisão administrativa.
6. A indisponibilidade do interesse público não pode significar a insistência em interpretação equivocada ou conduta inócua. Tais condutas somente

servem ao agente, não à sociedade. Ademais, a noção de interesse público é infraconstitucional, podendo ser definida pelo legislador através de autorizações mais genéricas, viabilizando a inclusão de juízos técnicos na revisão de posicionamentos administrativos em matéria fiscal.

7. Diante de um modelo consolidado de precedentes trazido pelo Código de Processo Civil, a isonomia em relação a acordos firmados a partir de casos concretos não pode mais ser considerada como empecilho à conciliação. Há uma série de mecanismos de extensão de interpretações jurídicas – as quais servem tanto para o modelo judicial como para o administrativo. Há necessidade, isto sim, de qualificação dos processos de tomada de decisão. O modelo do *advance tax ruling* demonstra no direito comparado como agregar transparência, justificativa e efeitos gerais a decisões administrativas tomadas a partir de casos concretos, os quais geram muito mais elementos para uma interpretação qualificada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios, 4ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2004.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. NCPC: Conciliação e mediação. Uma visão sobre o novo sistema. pub. 06/06/2016, https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/346227885/ncpc-conciliacao-e-mediacao

CALHAU, Antonio Francisco de Almeida. Arbitragem tributária. http://julgar.pt/wp-content/uploads/2015/05/JULGAR-26-09-Ant%C3%B3nio-Calhau-Arbitragem-Tribut%C3%A1ria.pdf

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário, São Paulo:Saraiva, 26ª edição, 2014

EIDT, Elisa. Autocomposição na Administração Pública. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2017

FIEL, Adair de Amorim, Algumas reflexões sobre a adoção da arbitragem no âmbito da Administração Pública, pub. 20/06/2016, http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,algumas-reflexoes-sobre-a-adocao-da-arbitragem-no-ambito-da-administracao-publica,55683.html

FISCHER, Roger; URY, Willian. Como chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões. Solomon. 3ª ed., 1994.

GUASTINI, Ricardo. "Disposizione vs Norme", in Scienza e tecnica della legislazione. Trieste:Università degli Studi di Trieste, 1988.

JIMENEZ, Macarena Paez Gaete, "Métodos alternativos de resolução de conflitos", http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfCooperacao_pt_br/anexo/Macarena.pdf

ROMANO, Carlo. *Advance Tax Rulings and Principles of Law. Towards a European Tax Ruling System?,* Amsterdam: International Bureau of Fiscal Documentation, 2002.

DA MATRIOSKA À OSKA EM BUSCA DA JUSTIFICAÇÃO: A JURIDICIDADE DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA COMO MÉTODO DE SOLUÇÃO DE CONFLITO E DE REALIZAÇÃO DA CIDADANIA ADMINISTRATIVA

Cristiane Santana Guimarães [1]

RESUMO

O presente artigo tem como escopo a investigação da juridicidade da arbitragem tributária nacional, tendo como farol a democracia tributária e o desenvolvimento econômico e como objetivo final a proposição de um modelo de regime jurídico próprio da arbitragem tributária, como método de solução de conflitos nessa seara, analisando a adequação do discurso pricipiológico, para efetivação da cidadania administrativa.

Palavras-Chave: juridicidade; arbitragem; tributária; conflitos; solução; cidadania; democracia; desenvolvimento.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo investigar a juridicidade da arbitragem na seara das controvérsias tributárias, dado que ultrapassados doutrinariamente os questionamentos sobre a arbitrabilidade nos contratos celebrados pela Administração Pública, com a edição da novel legislação publicada no DOU de 27.05.2015, Lei nº 13.129.

A referida Lei alterou a Lei de Arbitragem (9.307/1996) prevendo expressamente a possibilidade da Administração Pública, direta e indireta, por meio de autoridade competente realize acordos e transações e estabeleça convenção de arbitragem de direito, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade. (Art. 1º, §1º e §2º, e art. 2º, §3º da Lei 9.307/96)

A Arbitragem é meio de solução de conflitos intersubjetivos, reconhecida como (ADR – alternative dispute resolution)[2] pelo qual as partes elegem um juízo arbitral (portanto, heterocompositivo) afastando o juízo estatal, o qual poderá colaborar com o tribunal arbitral, quando as partes criar embaraços para a própria instauração da arbitragem (art 7º da Lei 9.307/96); para execução da sentença arbitral, além do reconhecimento da sentença arbitral estrangeira (art. 34 da Lei 9.307/96).

---

1 Procuradora do Estado da Bahia. E-mail: cristiane.guimaraes@pge.ba.gov.br.

2 Meios alternativos de solução de conflitos.

Apesar da evolução normativa, a doutrina ainda se debate para sistematizar a natureza jurídica da arbitragem, sendo possível mencionar três entendimentos consoante sistematização do Rafael Rezende[3], adotando o professor referenciado, o terceiro destes:

> *a) contratual ou privatista:* sustenta a natureza contratual da arbitragem pois a sua instituição e os poderes do árbitro dependem da manifestação de vontade das partes; *b) jurisdicional ou publicista*: defende a natureza jurisdicional do processo arbitral, uma vez que os árbitros são juízes de fato e de direito que solucionam conflitos de interesse, cuja decisão não está sujeita à homologação do Judiciário; e *c) intermediária ou mista:* ao lado da autonomia de vontade das partes na instituição e na definição da extensão da arbitragem, destaca o seu caráter público, mas não estatal, no processo de solução e pacificação de conflitos.

Diante das efervescências do meio forense já superadas pela arbitragem, resta perquirir, como objetivo principal do presente trabalho, se diante do cenário brasileiro atual, especificamente do atual estágio de posicionamento do judiciário em face do seu dever de pacificação jurisdicional, é processualmente viável a adoção da arbitragem, como meio adjudicatório consensual, optativo ao judicial, para solução de controvérsias tributárias?

Nessa toada, seguem como demais objetivos do presente estudo, quais sejam, a análise da juridicidade dos mecanismos de resolução de conflitos administrativos; a superação dos obstáculos à arbitragem com a necessária releitura de alguns princípios de direito administrativo; investigar qual a espécie normativa adequada para dispor sobre essa espécie de arbitragem, sua necessidade, bem como para previsão sobre a extinção do crédito tributário; analisar o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral e afinal, propor acaso necessárias medidas para consagração da arbitragem tributária no país em colaboração à consolidação da democracia tributária, aspecto afeto ao tema central do 44º CNPE, Advocacia Pública: Consensualidade e Desenvolvimento.

A metodologia utilizada para desenvolvimento do presente estudo considerou o tipo de pesquisa exploratória e descritiva, bem como a pesquisa bibliográfica. Nesse sentido objetivou o estudo a ampliar conhecimento acerca do método de solução de conflitos na área tributária - arbitragem tributária -, investigando sua juridicidade, adequação e acomodação nos espaço temporal do procedimento tributário, além da espécie normativa de disposição jurídica do método na seara pretendida, com escopo de prestar maior familiaridade ao novo modelo de resolução de conflitos em área extremamente juspositivada,

3 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. A arbitragem nos contratos da Administração Pública e a Lei nº 13.129/2015: novos desafio os. BDA – Boletim de Direito Administrativo, São Paulo, NDJ, ano 33, n. 1, jan. 2017, p. 25-38.

tendo em perspectiva a maturação do Direito Tributário Democrático, que se afasta da doutrina clássica e estática, tal como ocorre na evolução do Direito Administrativo Contemporâneo.

Alguns conceitos têm sido elaborados pela doutrina do direito administrativo moderno, a exemplo do Carmona, Salles, Escobar e Timm do Valle, todos referenciados no presente trabalho na tentativa de transpor os preconceitos do entorno da arbitrabilidade tributária e na busca da justificativa sólida da temática, metaforicamente tratada aqui como a boneca Matrioska, que ao ser aberta se toma outra boneca oca, até chegar na última, a Oska, que pela completude de seu conteúdo finaliza o longo processo de procura[4], tal como ocorrerá com a arbitragem tributária cujas argumentações para sua validade, após longo processo de justificação, resultará juridicamente sedimentada para adoção em nosso sistema jurídico, como alternativa à pacificação de controvérsias tributária, além das demais soluções permitidas em lei.

2. OS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS APLICADOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE A JURIDICIDADE

A construção de um ordenamento jurídico administrativo haurido como pauta decorrente da revolução francesa, diante da necessidade de dissociação das funções de administrar e julgar, - culminou em desenvolver-se, por via jurisprudencial, em França, e, por via legislativa, em Portugal, , afastando alguma das soluções da aplicação do direito comum, em nome dos interesses públicos da coletividade, a cargo da Administração Pública.

Surge um direito administrativo com reforços aos poderes de autoridade à Administração Pública e que lhe atribui posição de supremacia, face aos particulares, em evidente contraste de igualdade das partes do direito comum[5].

O direito administrativo oitocentista, enquanto normativa reguladora da atividade administrativa, dotada de *jus imperii,* e expressão de binômio autoridade-subordinação, passa por uma evolução histórica, que se resume na luta entre a "razão de Estado", habilitando os poderes de supremacia e a "razão do Estado" justificando os mecanismos de tutela e garantia dos cidadãos perante o poder"[6], discurso presente no campo de batalha do direito administrativo moderno.

Em um pulo historiográfico surge o direito administrativo moderno como resultante dos impulsos das reformas administrativas vetorizadas pelos movimentos de modernização da administração pública dos anos 90[7] cedendo a

4 ESCOBAR. Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 220.

5 DEBBASCH, Charles. **Le Droit Administratif, droit dérogatoire au droit commun?** *In*: Mélanges René Chapus: droit administratif. Paris: LGDJ, 1992, p. 127-128.

6 OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016, p.29

7 Os anos 90 são marcados pela pretensão de uma nova agenda na administração pública, com a política do gerencialismo, concentrada no aumento da efetividade e eficiência no setor público, responsabilização das agências governamentais perante os consumidores, a redução

nova forma de visualizar a relação entre Estado e Sociedade, muito mais horizontalizada, flexibilizada e permissiva à concertação de interesses legítimos.

O grande desafio da reforma do Estado, não se resumia a poucos fatores: ter partidos políticos sólidos, um sistema eleitoral que traduza a representatividade, uma oposição vigorosa, um sistema judicial equilibrado, uma gestão pública transparente e um legislativo imune ao clientelismo.[8] Governabilidade, desde aquela década consistia na capacidade política de governar, derivativo da legitimidade do Estado e do seu governo com a sociedade. Uma boa governança aumenta da legitimidade do governo.

Contudo o modelo da democracia participativa toma corpo a parti daí, a inegável mutabilidade das funções administrativas como forma de promoção do bem comum. Uma necessária revisitação do módulo contratual e da forma de resolução de controvérsias da Administração Pública, que se opera através da consensualidade.

Nesse cenário surge a Constituição Federal brasileira de 1988, na qual, o aparato estatal deve funcionar a serviço do cidadão e como garantia das liberdades fundamentais e, sob este prisma, assentam a autoridade e a legalidade das ações do Estado.

Portanto, a matriz identitária de todo o regramento de direito administrativo, considerando, também, como resultante da identidade cultural do sistema administrativo do Estado, mostra-se à tutela constitucional formal ou material e não pode ser objeto também de uma brusca descaracterização resultado de importações legislativas acrítica de soluções estrangeiras.

Como expressão desse processo de construção identitária, onde a Administração se encontra influenciada pela constituição cidadã muito mais próxima das aspirações sociais, Odete Medauar[9] assevera a importância do consensualismo calcado na colaboração entre poder público e sociedade na construção de soluções voltadas a resolução dos conflitos da administração:

> A atividade de consenso-negociação entre o Poder Público e particulares, mesmo informal, passa a assumir papel importante no processo de identificação de interesses públicos e privados, tutelados pela administração. Esta não mais detém exclusividade no estabelecimento do interesse público; a discricionariedade se reduz, atenua-se a prática de imposição unilateral e autoritária de decisões. A administração volta-se para a coletividade, passando a conhecer melhor os problemas e aspirações da sociedade. A administração

de despesas públicas e o aumento da responsabilidade dos gestores públicos. O Estado Social Liberal do século XXI é proposto.

8 PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle**.** *In:* **Cadernos MARE da reforma do estado**, v. 1. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997, p.19.

9 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 211.

> passa a ter atividade de mediação para dirimir e compor conflitos de interesses entre várias partes ou entre estas e a Administração. Daí decorre um novo modo de agir, não mais centrado sobre o ato como instrumento exclusivo de definição e atendimento do interesse público, mas como atividade aberta à colaboração dos indivíduos. Passa a ter relevo o momento de consenso e da participação.

Aberto o canal de diálogo para que as transações multipartes se estabeleçam, cabe a Administração Pública equipar o gestor público com ferramentas capazes de fomentar a comunicação. Não por outro motivo, a própria Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro inaugurou recentemente, como regra de ouro que, "na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados"[10].

Em 2015, tanto pela entrada em vigor do Novo Código Civil Brasileiro (Lei 13.105/2015) como pela Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), novos aportes legais foram incrementados no sistema jurídico, para efetivação dos mecanismos de resolução de conflitos administrativos. Vejamos alguns dispositivos do CPC:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.
>
> (...)
>
> Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
>
> [...]

10 Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) § 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) § 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

De igual modo, a Lei de Mediação que destina o segundo Capítulo a Autocomposição de Conflitos, em que for parte a pessoa Jurídica de Direito Público:

> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Por outra via, ao lado da concepção de um novo direito administrativo amparado no supra princípio da juridicidade e à ideia do consenso que dele deflui, a incapacidade do Estado-juiz julgar e exercer de modo satisfatório a sua missão pacificadora, surge também a concepção do acesso à justiça por outras formas que não somente a via judicial, a exemplo do sistema *multidoor*s *courthouse system*[11], conceito criado por Robert Sanders, na década de 80, somente agora credenciado pela doutrina e instrumentos normativos nacionais. Sobre essa questão defendia a Professora Ada Pellegrini Grinover que [12]

> esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de

11 Sistema multiportas pode ser definido como um mecanismo de aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos no qual, a partir do conflito apresentado pelas partes interessadas em negociar, é disponibilizada uma variedade de meios ou "portas", a fim de que se possa identificar qual a mais adequada para a propositura de um acordo eficaz e que seja cumprido e satisfatório por ambos os indivíduos.

12 GRINOVER. Ada Pellegrini. (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n. 10, jul./dez. 2007, p. 15.

> uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma justiça pública não-estatal.

O Mestre Diogo de Figueiredo juntamente com a prefalada autora, há tempos já conduziam suas reflexões no sentido de buscar a justiça como exercício do consenso.

Importante trazer a reflexão de Diogo Figueiredo Moreira Neto[13], ao analisar a arbitragem nos contratos administrativos, suscitou que o advento da Lei 9.307/1996 passou a acrescentar novas perplexidades, como a juridicidade da submissão de conflitos de interesses envolvendo entidades públicas a uma composição extrajudicial via judicial, concluindo que o Estado contemporâneo vem perdendo o monopólio não apenas da produção normativa, mas também de distribuição da justiça:

> Essa dúvida tem todavia, uma raiz cultural, pois o positivismo jurídico, enfatizando a sobrevalorização das fórmulas escritas, aliadas ao estatismo, que magnifica o papel do Estado, e ainda a uma kafkiana processualística, entre outros equívocos, têm sido responsáveis pela elementar confusão reinante entre o *monopólio da jurisdição* e o *monopólio da justiça.*

É fato que a jurisdição permanecerá como monopólio do Estado (é indispensável um terceiro, dotado de atributo de coercitividade, "neutralidade"), mas não elimina a busca pela justiça, anseio da atividade humana e esta, assim considerada, não é monopólio de ninguém.

Acrescenta, ainda, o Mestre Diogo de Figueiredo:

> Então, assim como o Estado vai perdendo o monopólio da produção normativa, para quedar-se com a política legislativa que se comprova na tendência a regulática; não mais detém o monopólio da execução administrativa quando expande as parcerias reservando-se ao controle (esta sim, essencialíssima), tão pouco mantém-se no monopólio da distribuição da justiça, porquanto as sociedades estão a valorizar o consenso como instrumento privilegiado de convivência social.

No presente ensaio estará em destaque a utilização da arbitragem na administração pública, especialmente, na área tributária.

3. A SUPERAÇÃO DOS OBSTÁCULOS À ARBITRAGEM: RELEITURA DOS PRINCÍPIOS DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO E DA PUBLICIDADE

Antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015 prestando o credenciamento normativo sobre a legalidade da arbitragem algumas regras e julgados já proclamavam a licitude da utilização do método heterocompositivo.

13 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p, 273-274.

O Excelso Pretório, julgando MS 11.308/DF (2005/0212763-0)[14], em de-

14 ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO. 1. Mandado de segurança impetrado contrato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial nº 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que anuiu com a rescisão contratual procedida pela empresa NUCLEBRÁS EQUIPAMENTOS PESADOS S/A - NUCLEP, com a ora impetrante, empresa TMC - TERMINAL MULTIMODAL DE COROA GRANDE -SPE - S/A. 2. Razões do pedido apoiadas nas cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls.31/42), de seguinte teor: Cláusula 21.1 Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - **Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06**. 3. **Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.** 4. O STF, sustenta a legalidade do juízo arbitral em sede do Poder Público, consoante precedente daquela corte acerca do tema, in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, e de autoria do Ministro Eros Grau, esclarece às páginas 398/399, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas **pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração**." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que **não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado.** Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente coma Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público, "(...) (grifou-se) 5. Contudo, naturalmente não seria todo e qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles conhecidos como" disponíveis ", porquanto de natureza contratual ou privada. 6. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado interesse público secundário. Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau. 7. 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. 8. Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração. 9. **Nesta esteira, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo**. 10. Nestes termos, as sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante

cisão histórica, relatada pelo Min. Luiz Fux, em que é impetrante TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A e impetrado o Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, por unanimidade, chancelou o entendimento de que a sociedade de economia mista, quando engendra veículo de natureza disponível, encartado na mesma cláusula compromissória de submissão do litígio ao juízo arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previstos na Lei 8.666/1993.

Corroborando com a doutrina, o julgado sustenta a legalidade da submissão

---

leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres. 11. Destarte, é assente na doutrina **que "Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça."**(grifou-se) (In artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", de autoria dos professores Arnold Wald, Atlhos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, página 418.) 12. Em verdade, não há que se negar a aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, em que presente direitos patrimoniais do Estado, mas ao contrário, até mesmo incentivá-la, porquanto mais célere, nos termos do artigo 23 da Lei 8987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, que prevê em seu inciso XV, entre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao "foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais"13. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5206 AgR / EP, de relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI. 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 -" Caso Lage ". Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrighi, DJ 18.08.1999, 14. Assim, é impossível desconsiderar a vigência da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC, que se aplicam inteiramente à matéria sub judice, afastando definitivamente a jurisdição estatal no caso dos autos, sob pena de violação ao princípio do juízo natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 15.É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o"risco"de serem derrotadas na arbitragem. Precedente: Resp nº 450881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003: 16. Deveras, uma vez convencionado pelas partes cláusula arbitral, será um árbitro o juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa dizer que terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência. 17. Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência. 18. Consequentemente, o fumus boni iuris assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro"atentado"(art. 880 do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro 19. Agravo Regimental desprovido. (STJ - AgRg no MS: 11308 DF 2005/0212763-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/06/2006, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJ 14/08/2006 p. 251).

do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do STF. Lembra, em abono desta tese, o famoso caso Lage[15] e cita a doutrina clássica, *in verbis*: *"Ao optar pela arbitragem, o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público".* (STJ - AgRg no MS: 11308 DF 2005/0212763-0)

Diz, ainda, o v. acórdão, que o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública, já que o interesse público está na correta aplicação da lei e na realização da Justiça.

É da lavra do renomado escritor e advogado Leon Fredja Szklarowsky[16] em conhecida obra a *Arbitragem – uma visão crítica*, trabalho historiográfico da arbitragem na esfera pública, da qual se extrai o que segue:

> A Lei 8.987/1995, que regula o regime de concessão e permissão de serviços públicos previstos no art. 175 da CF/1988 (LGL\1988\3), estabelece como cláusula essencial, portanto, obrigatória, necessária, a que diz respeito ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais (art. 23, XV), aplicando-se a esses contratos administrativos também a Lei 8.666/1993 (art. 2.º).
>
> De igual modo a Lei 9.472, de 16.07.1997, que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, cria a Anatel, sob regime autárquico, no art. 93, e trata do contrato de concessão, do foro e do modo amigável para a solução extrajudicial dos conflitos contratuais.
>
> A Lei 9.478, de 06.08.1997, dispõe sobre a política energética e cria a Agência Nacional do Petróleo, sob regime autárquico especial, e, ao tratar do contrato de concessão, especifica que, entre as cláusulas essenciais, há que conter a regra sobre a solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.
>
> A Lei 10.233, de 05.06.2001, que dispõe sobre os transportes aquaviário e terrestre, cria a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, também prevendo, como cláusula essencial do contrato de concessão, a solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução inclusive a conciliação e arbitragem.
>
> Muito feliz é o pronunciamento da Min. Nancy Andrighi no MS 1998002003066-9, j. 18.05.1999, ao proclamar que: "pelo art. 54 da Lei 8.666/1993, os contratos administrativos regem-se pelas cláusulas e preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, suple-

15 Caso referenciado no julgado, cujo teor integra o presente estudo pela importância de sua argumentação.

16 SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A arbitragem - uma visão crítica. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012, vol. 212/2012, out., 2012, p.15.

> tivamente, os princípios do direito privado, o que vem reforçar a possibilidade de adoção do juízo arbitral para dirimir questões contratuais."

Com a vigência da Lei 13.129/2105, alterando a Lei de Arbitragem, no tocante a possibilidade da Administração Pública realizar acordos e transações e estabelecer convenção de arbitragem de direito, para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, respeitado o princípio da publicidade.[17]

Não obstante ultrapassadas divergências, em uma visão mais rasa sobre a arbitrabilidade na administração pública, ainda sufragam obstáculos ao mecanismo de heterocomposição, na mesma medida e pelas mesmas razões que se opõem ao métodos autocompositivos. Atualmente, já tendo sido superado o obstáculo do princípio da legalidade à consolidação da arbitragem na seara de conflitos da administração pública, porquanto regrada pela Lei 13.129/2015, restariam outros, que ora se pretende desbancar: o princípio da indisponibilidade do interesse público, em face da arbitrabilidade tributária e o suposto conflito entre a publicidade e a confidencialidade.

Interesse Público na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[18] é o interesse das pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos:

> Pois bem, é este o último interesse do todo ou interesse público. Não é portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente, dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica, que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim das contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social - comparecem em tal qualidade. Então, dito interesse, o público – e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.

É certo, como pontua Pedro Machete[19] acerca do novo atuar da administração pública, em função da sociedade plural e da intensificação das relações

17 Art. 1º. [...] § 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. § 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Art. 2º. [...] § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

18 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p.69-71.

19 MACHETE, Pedro. Estado de Direito Democrático e Administração Paritária. Lisboa: Almedina, 2007. p.46-56.

entre Estado e Sociedade, com noções entre administração cooperante e administração concertada, que a posição de supremacia do interesse de Estado sobre os dos particulares deixou de se verificar, pois irrazoável, o que precipita a releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Em análise à nova administração pública, conclui Gustavo Justino[20] que o processo de determinação do interesse público passa a ser desenvolvido a partir de uma perspectiva consensual e dialógica, a qual contrasta com a dominante perspectiva imperativa e monológica.

A questão é controversa, contudo seja em razão das novas funções desenvolvidas pelo Estado ou pela resposta que deve ser ofertada à sociedade. O que é descabido e irrazoável é que o Estado deixe de apresentar alternativas de solução do conflito, sob a alegação de que o direito público seria indisponível. Muito ao contrário, a indisponibilidade reside no dever do estado agir ao encontro do interesses da sociedade, em consonância com os princípios constitucionais e, se necessário a disposição levando em consideração a solução mais adequada e menos gravosa à sociedade, atendendo, também, a eficiência.

3.1. PONDERAÇÃO ENTRE PUBLICIDADE E CONFIDENCIALIDADE NA ARBITRAGEM

Outra necessária reflexão se dará no campo onde se conflitam os princípios da publicidade e da confidencialidade, sendo este último marcante na arbitragem, de um modo geral, sabendo, ainda, que o primeiro decorre do consagrado art. 37 da Constituição Federal.

Mais uma vez, a mesma interpretação sistemática outrora utilizada para o enfrentamento da suposta lesão ao princípio da legalidade quando ainda inexistia lei específica, na tentativa de possibilitar a solução de conflitos pela arbitragem na administração pública, vem ao socorro agora para possibilitar ao aplicador do direito a parametrização da ação estatal em conformidade com as demais normas do ordenamento jurídico. Exige-se, assim, em movimento pós-positivista, consagrando a atuação administrativa ao chamado bloco de legalidade, portanto a atuação administrativa, porquanto estará esta jungida à lei e ao Direito.

Partindo desse necessário deslocamento reflexivo justificador da juridicidade da arbitragem nas controvérsias que envolvem o poder público, sem que se esteja a violar princípios próprios da Administração Pública, a uma porque (i) a arbitragem parte do consenso entre as partes que podem preferi-la ao processo judicial, conhecendo de antemão, que neste último a publicidade também é a regra; (ii) o princípio constitucional da publicidade não impede os sigilos de procedimentos em casos excepcionais, como ocorre também nos processos judiciais; (iii) que a Lei de acesso à Informação- a LAI- classifica informações si-

20 OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático,** São Paulo: Forum**,** 2010, p.211.

gilosas nos arts. 23[21] e 31[22] e, afinal (iv) com a alteração da Lei 9.307/96, a arbitragem envolvendo a administração pública respeitará sempre a publicidade[23].

Espancando de vez qualquer dúvida sobre a ponderação publicidade-confidencialidade no procedimento arbitral da Administração Pública faz-se luzes a compreensão de Marcelo Escobar[24],

> (...) concluímos quanto à publicidade que essa é a regra e deve ser seguida pela Administração Pública ao se deparar com a arbitragem

21 Art. 23. São consideradas imprescindíveis à segurança da sociedade ou do Estado e, portanto, passíveis de classificação as informações cuja divulgação ou acesso irrestrito possam:
I - pôr em risco a defesa e a soberania nacionais ou a integridade do território nacional;
II - prejudicar ou pôr em risco a condução de negociações ou as relações internacionais do País, ou as que tenham sido fornecidas em caráter sigiloso por outros Estados e organismos internacionais;
III - pôr em risco a vida, a segurança ou a saúde da população;
IV - oferecer elevado risco à estabilidade financeira, econômica ou monetária do País;
V - prejudicar ou causar risco a planos ou operações estratégicos das Forças Armadas;
VI - prejudicar ou causar risco a projetos de pesquisa e desenvolvimento científico ou tecnológico, assim como a sistemas, bens, instalações ou áreas de interesse estratégico nacional;
VII - pôr em risco a segurança de instituições ou de altas autoridades nacionais ou estrangeiras e seus familiares; ou
VIII - comprometer atividades de inteligência, bem como de investigação ou fiscalização em andamento, relacionadas com a prevenção ou repressão de infrações.

22 Art. 31. O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais.
§ 1º As informações pessoais, a que se refere este artigo, relativas à intimidade, vida privada, honra e imagem:
I - terão seu acesso restrito, independentemente de classificação de sigilo e pelo prazo máximo de 100 (cem) anos a contar da sua data de produção, a agentes públicos legalmente autorizados e à pessoa a que elas se referirem; e
II - poderão ter autorizada sua divulgação ou acesso por terceiros diante de previsão legal ou consentimento expresso da pessoa a que elas se referirem.
§ 2º Aquele que obtiver acesso às informações de que trata este artigo será responsabilizado por seu uso indevido.
§ 3º O consentimento referido no inciso II do § 1º não será exigido quando as informações forem necessárias:
I - à prevenção e diagnóstico médico, quando a pessoa estiver física ou legalmente incapaz, e para utilização única e exclusivamente para o tratamento médico;
II - à realização de estatísticas e pesquisas científicas de evidente interesse público ou geral, previstos em lei, sendo vedada a identificação da pessoa a que as informações se referirem;
III - ao cumprimento de ordem judicial;
IV - à defesa de direitos humanos; ou
V - à proteção do interesse público e geral preponderante.
§ 4º A restrição de acesso à informação relativa à vida privada, honra e imagem de pessoa não poderá ser invocada com o intuito de prejudicar processo de apuração de irregularidades em que o titular das informações estiver envolvido, bem como em ações voltadas para a recuperação de fatos históricos de maior relevância.
§ 5º Regulamento disporá sobre os procedimentos para tratamento de informação pessoal.

23 Art. 2º. (...) § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

24 ESCOBAR. Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017, p.238.

tributária; todavia, se houver algum caso de sigilo, esse deverá ser devidamente fundamentado e publicado pela autoridade pública, responsável pelos efeitos dessa decisão, nos termos preconizados à LAI, restando às instituições arbitrais apenas a divulgação dados básicos do procedimento.

4. ARBITRABILIDADE TRIBUTÁRIA. SUA JURIDICIDADE NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL

A arbitrabilidade é a possibilidade de uma controvérsia ser submetida à arbitragem e, segundo a doutrina mais balizada, esta compreender duas categorias: a) a arbitrabilidade subjetiva, em razão das pessoas que podem se submeter à arbitragem ou, b) arbitrabilidade objetiva, em razão da matéria, que diz respeito às questões que podem ser decididas por meio da arbitragem.

A Lei de Arbitragem, Lei 9.307/96 alterada pela Lei 13.129/2015, no seu art. 1º, §1º, estabeleceu de forma expressa as duas espécies de arbitrabilidade, quando admitiu a utilização da arbitragem pela Administração Pública Direta e Indireta – *arbitrabilidade subjetiva* - para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis - *arbitrabilidade objetiva*.

Em análise superficial, um primeiro óbice se destaca da arbitrabilidade tributária, em face da indisponibilidade do crédito tributário, contudo perfilando na linha da *arbitrability*[25] norte-americana, temos que uma verificação mais percuciente deva se produzir, com amplitude maior que a simplória averiguação sobre a capacidade das partes e a disponibilidade do direito em controvérsia, tendo sempre em mente que ao aplicador do direito não é mais dada a posição de subsumir-se o fato à norma, mas averiguar todo o bloco de legalidade.

A principal controvérsia se dá no campo da arbitrabilidade objetiva quanto quando se trata de resolução de conflitos tributários pela arbitragem, em face das duas características em face da *ratione materia*e, o critério da patrimonialidade que não se descura ter o crédito tributário, portanto desde já espancado o obstáculo; e critério da disponibilidade.

De fato desde quando o ente tributante firma o compromisso arbitral decorrerá como consequente lógico a disponibilidade do objeto posto à solução. De há muito o STJ definiu o crédito tributário como direito indisponível, pressupondo ser o tributo, prestação pecuniária compulsória (de caráter patrimonial, portanto) sujeito a lançamento, atividade fiscal vinculada e sendo assim não poderia ser arbitrável.

Contudo não transige a compreensão mais moderna que diz sobre o interesse público relacionado ao crédito tributário. Primeiro porque o crédito tributário é classificado como de interesse público secundário, porquanto de natureza instrumental, cujo sentido de existência são a satisfação dos interesses públicos

25 SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro Ed. Forense, 2011, p.212.

primários. Depois, porque na realidade a administração tributária dispõe efetivamente do crédito tributário, pois do contrário não realizaria programas de parcelamentos e isenções periódicas.

Nessa linha de pensamento o Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto[26] leciona que são disponíveis todos os interesses e os direitos deles derivados que tenham expressão patrimonial que possam ser quantificados monetariamente, e estejam no comércio.

Timm do Valle[27] citando Luís Roberto Barroso, leciona:

> O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado com o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. (TIMM *apud* BARROSO)

Nessa mesma senda Marcelo Escobar[28] que transita na esfera da praticabilidade da tributação, na linha do professor Heleno Torres ao asseverar que ao Legislador impõe a busca de melhores caminhos de economia, eficiência e celeridade para viabilizar a imposição tributária, o que pode ser alcançado com a intensificação da participação dos administrados na gestão tributária e possibilidade de solução extrajudicial de conflitos entre a administração e os contribuintes. Considerando acerca da diferença entre a indisponibilidade absoluta da competência tributária, porém não do crédito tributário, conclui:

> No Brasil onde a Constituição Federal discrimina competências prévias, prescrevendo os tributos que cada pessoa pode criar, isso permitiria vislumbrar uma indisponibilidade absoluta da competência tributária; mas não do 'crédito tributário' – previsto em lei – que pode ser disponível para a Administração, segundo os limites estabelecidos pela própria lei, atendendo os critérios para a consti-

26 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Arbitragem nos Contratos Administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: RDA, jul./set., 1997, p.209.

27 TIMM DO VALLE, Maurício Dalri. **Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira.** Disponível em: <http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf.>. Acesso em: 30 jun. 2018, p. 1041.

28 ESCOBAR. Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017, p.229.

> tuição, modificação ou extinção do crédito tributário, bem como de resolução de conflitos, guardados os princípios fundamentais, mui especialmente aqueles da igualdade, da generalidade e da definição de capacidade contributiva. Eis o que merece grande acuidade, para alcançar respostas adequadas aos temas da conciliação, transação, arbitragem e outros pactos na relação tributária, tomando como premissa a inexistência no direito, de um tal princípio universal de "indisponibilidade do tributo". (ESCOBAR *apud* HELENO TORRES*)*

Diante dos posicionamentos doutrinários aqui destacados a decantada indisponibilidade e mencionada no art.3º do CTN não reside no crédito tributário, mas na atividade de cobrança, esta sim insindicável quanto a sua vinculatividade à lei. Vejamos:

> Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Optar pela arbitragem não faz com que qualquer das partes transija com parcela de direito em controvérsia, mas apenas estabelece que o julgamento sobre este se faça por tribunal não estatal. O que se renuncia, de plano, quando há escolha da via arbitral é a jurisdição estatal.

4.1. GALVANIZAÇÃO DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA

Incumbe como propósito específico deste trabalho, afinal, investigar se a estrita legalidade prevista no art. 150 I, da CF/88 afasta a arbitrabilidade de controvérsias tributárias, bem como perquirir sobre qual seja a utilidade da arbitragem como método de solução de conflitos, senão para fins de extinção ou de suspensão do crédito tributário e, em assim sendo, qual a espécie normativa adequada para dispor sobre essa espécie de arbitragem? De igual modo, por carecer de regramento procedimental se perquire, ainda, sobre o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral.

De plano, seguimos com os auspícios da mais balizada doutrina tributária harmonizada e resumida pelo talento do Professor James Marins[29] que o plexo de princípios tributários, seja no plano material da estrita legalidade e da tipicidade, ou formal da legalidade objetiva, resta "galvanizado" o sistema de proteção à relação jurídica tributária, na sua forma, conteúdo e atuação.

A corroborar com a possibilidade de previsão legal da solução arbitral na controvérsia tributária, desde que tal mecanismo esteja jungido à eficiência e a praticabilidade da tributação, o Professor Heleno Torres[30] salienta:

29 MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro.** São Paulo: RT, 2016, p.157.

30 TORRES, Heleno Taveira. Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e efi-

> Com a lei criando condições para que se alcance uma posição de justiça sobre os elementos concretos da situação conflitiva, regula-se o modo adequado para solução do conflito e consequente extinção do crédito tributário sem demoras ou excessos de procedimentos.

4.2. EFETIVAÇÃO DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: NECESSIDADE DE EDIÇÃO LEGAL

Sendo assim, havendo autorização legal para a extinção do crédito, a arbitragem tributária poderá ser adotada e viável sua utilização pela Administração Pública, aliás como já decidiu a Câmara de Conciliação e Arbitragem (CCAF), criada pela Portaria 1.281/2007, cujos Pareceres AGU/SRG 01/2007 e AGU/SRG 01/2008, são conclusivos sobre a competência da Câmara para julgar controvérsias tributárias entre órgãos da Administração Federal.

Sigo na opinião de que sem restar áreas ou zonas da Administração Pública que sejam imunes ou isentas de vinculação ao Direito - todos os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei - no sentido evolutivo da vinculação a juridicidade, a arbitragem tributária é viável hoje, no Brasil, inclusive porque a própria legislação tributária compreende as leis, as convenções internacionais, os decretos, e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes. (art. 96 do CTN)

Tangenciando essa investigação surge a dúvida sobre qual a espécie normativa adequada para dispor sobre a arbitragem tributária como forma solucionadora de conflitos tributários e, portanto, a decisão do tribunal arbitral com aptidão para extinção do crédito tributário; para suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ou ainda, para interrupção da prescrição, quando iniciado o procedimento arbitral.

Sabemos que a Constituição Federal delegou competência à Lei Complementar, CTN (art. 146, III, b), para dispor normas gerais sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários. Portanto, a matéria que disser respeito ao crédito tributário, *in casu*, a sua extinção deverá estar prevista no Código Tributário Nacional (CTN), este nascido como lei ordinária e erigida à Lei complementar com o advento da Constituição de 1988.

Prevê o CTN as formas de extinção do crédito tributário, inclusive a "decisão judicial passada em julgado" (art. 156, X do CTN).

De igual modo, ao se instituir uma outra forma de extinção do credito tributário, inclusive pelos eventuais direito subjetivos reflexos que desta extinção possa resultar, a exemplo da restituição do indébito, a inclusão desta modalidade de extinção deve estar prevista em Lei Complementar.

---

ciência administrativa. Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29493>. Acesso em: 30 jun. 2018.

Em projeto de Lei do Executivo Federal (469/2009) que completará uma década de tramitação (com prioridade de tramitação, inclusive) e que se encontra remetido à Comissão de Finanças, com substitutivo da lavra do Deputado Relator João Maia da Comissão de Desenvolvimento Econômico da Indústria e Comércio, algumas alterações foram realizadas no texto anterior (aprovado à unanimidade em 15.11.2011), acrescentando como forma de extinção o laudo arbitral, com acréscimo da expressão vinculativo "entre as partes" para evitar a aplicação do laudo do caso arbitrado à demais casos semelhantes. O projeto ainda deverá prosseguir em duas outras comissões, a de Finanças e Tributação (designado relator em 13/05/2015) e a de Constituição, Justiça e Cidadania.

Diante disso, encontra-se superados no presente estudo os questionamentos acerca da necessidade de edição de lei com previsão para que se conste a decisão do juízo arbitral como forma de extinção do crédito, bem como para suspensão da exigibilidade e interrupção da prescrição, todos veiculados por Lei Complementar. Persiste sob nossa ótica, a crítica quanto ao substitutivo proposto pelo Deputado Luis Maia na redação do PL, neste aspecto, porquanto acrescentar a expressão "vinculativo entre as partes" seria uma redundância, dado que a arbitragem tem como pressuposto a autonomia de vontade das partes e que é intransferível, e, por conseguinte, não estaríamos diante da possibilidade de instalação de demandas repetitivas.

Resta, por conseguinte, enfrentar a última, mas não menos importante questão sobre o aspecto temporal do procedimento de constituição do crédito para instalação de um tribunal arbitral, deixando desde logo claro, não se tratar de matéria sob previsão de Lei Complementar, mas de conteúdo regulamentar, procedimental.

4.3. TEMPORALIDADE DA INSTALAÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO

A arbitragem tributária poderia se dar preventivamente, ou seja, antes da constituição do crédito tributário ou subsequentemente. Mas o que ocorre com a demanda judicializada ou que estiver em contencioso administrativo, quando as partes resolverem submetê-la ao tribunal arbitral? "A opção por firmar um compromisso arbitral acarreta na renúncia da adoção de solução judicial estatal para o conflito", diz Marcelo Escobar[31].

Quanto à natureza das controvérsias tributárias acrescenta o mesmo autor, que no mérito, elas podem ser diretas quando analisa diretamente controvérsias tributárias (das questões envolvendo a compensação de tributos, controle de legalidade de multas, do controle de constitucionalidade, a impugnação dos

31 ESCOBAR, Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 273.

lançamentos de ofício, as espécies de tributos passiveis de questionamento na arbitragem) ou indiretas, quando surgir dos laudos arbitrais algum fato jurígeno tributário.

4.4. A VANGUARDA PORTUGUESA

Em análise aos regimes jurídicos estrangeiros podemos assegurar que Portugal pode hoje orgulhar-se de pioneirismo na aprovação de um regime jurídico de arbitragem em matéria tributária.

O art. 2º do art. 209º da CRP prevê, expressamente, a possibilidade de criação dos Tribunais Arbitrais como uma das espécies da categoria Tribunais, a quem compete "administrar a justiça em nome do povo", sem qualquer restrição quanto ao respectivo objeto (art. 202º, nºI, da CRP). Como bem refere Nuno de Villa Lobos[32], se é certo que o art.212º, nº3 da CRP prevê que "compete aos Tribunais administrativos e fiscais o julgamento das ações e recursos contenciosos que tenham por objeto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais", este preceito não pode ser interpretado no sentido da exclusividade dos Tribunais administrativos e tributários".

O autor refere mesmo que, pelo contrário, "não repudiaria um juízo de inconstitucionalidade por omissão a manter-se a inexistência destes Tribunais Arbitrais (na falta de melhor alternativa) como sendo de dar execução plena à norma constitucional que confere o direito dos cidadãos (no caso, contribuinte) a uma decisão em prazo razoável e com procedimentos judiciais caracterizados por celeridade e prioridade de modo a obter a tutela em tempo útil.

No plano infraconstitucional daquele país, a admissibilidade da arbitragem tributária foi também contestada de início, em face a indisponibilidade do crédito tributário, advindo a defesa numa interpretação holística, que tinha em mente a globalidade do sistema de e administração executiva no âmbito das relações jurídicas tributárias.

Sendo assim, no sentir de Jorge Manuel Lopes de Souza citado por Villa Lobos[33], o princípio da indisponibilidade do crédito só poderá reportar-se a créditos consolidados, cuja existência esteja assente, depois de esgotados os meios normais de impugnação: até aí não haverá certeza de haver direitos de crédito e, por isso, os atos que declaram a eliminação jurídica dos atos não implicariam em redução ou extinção de créditos, se ao menos existiam na ordem jurídica.

Esse entendimento, que se afasta do que se construiu no Brasil, viria a se consolidar na doutrina da superação do dogma da indisponibilidade do crédito tributários e aprovação do regime de arbitragem em matéria tributária de Portugal.

Como direito potestativo dos contribuintes e forma alternativa de solução de conflitos tributários, a arbitragem foi consolidada na Lei nº 3-B/2010, de 28

32 VILLA LOBOS, Nuno. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2017, p.252.
33 VILLA LOBOS, Nuno. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2017, p.253.

de abril, art. 124º e no uso dessa autorização legislativa aprovou-se o Decreto -lei nº 10/2011, de 20 de janeiro introduzindo no ordenamento jurídico português o Regime Jurídico da Arbitragem Tributária (RJAT), com a persecução de três objetivos essenciais e preambulares da norma: reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, imprimir maior celeridade na resolução de litígios em matéria tributária e contribuir para a redução das pendências nos Tribunais Tributários.[34]

5. CONCLUSÃO

Passo a concluir sobre a juridicidade da Arbitragem Tributária ao tempo em que posteriormente apresento as sugestões para que como resultado do presente trabalho possa contribuir para o engajamento da Advocacia Pública na construção de um modelo amplificado de democracia tributária, através de método consensual de resolução de litígio na seara tributária envolvendo a Administração Pública e demais partes e desenvolvimento econômico do país, objetivo deste Conclave.

Primeiro, como dito acima, sobre a vinculação da juridicidade, todos os órgãos e agente estão subordinados à Constituição e à lei, esclarecendo-se nesse raciocínio, por oportuno (i) que a juridicidade vinculativa da Administração Pública conhece uma pluralidade de fontes normativas, falando-se até em "juridicidade em rede", integrando normas internas, internacionais, supranacionais e estrangeiras; (ii) a Administração Pública não se encontra exclusivamente vinculada a normas jurídicas, assumam elas a natureza de regras ou de princípios; (iii) existem normas extrajurídicas (técnico-científicas, morais, éticas, deontológicas, que parametrizam a conduta administrativa.(iv) a factualidade que emerge na ação administrativa pode ganhar natureza vinculativa face a condutas futuras semelhantes (precedentes) e, afinal (v) sempre que a ordem jurídica reconhece relevância vinculativa a fatos e a normas extrajurídicas face a Administração Pública, ocorre um fenômeno da juridificação de tais realidades.

Diante das notas sobre a juridicidade e sua vinculação e, considerando ainda, toda a argumentação trazida no item antecedente, assento a primeira justificação do presente trabalho que diz respeito à sustentabilidade da Arbitragem Tributária, possibilitando, pois, a arbitrabilidade às controvérsias tributárias.

Conclui-se também pela viabilidade da arbitragem tributária com a necessidade alteração da Legislação Complementar (CTN) para prever a extinção do crédito tributário por decisão do tribunal arbitral, bem como alterações do Código Tributário no que tange à hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da interrupção da prescrição quando iniciado o procedimento arbitral.

34 Como referência apenas e para não fugir do objetivo do presente estudo, o tempo médio de decisão e os custos inerentes aos atrasos da máquina judicial foram analisados por FRANCISCO SOUSA DA CÂMARA no artigo "Tax Arbitration Regime, 2015, Coord. Nuno Villa Lobos e Tânia Carvalhais Pereira, pp.147 e ss.

PROPOSIÇÕES

Em razão das referidas considerações conclusivas e como entendimento de que as proposições são de relevante interesse público e que se coadunam com o tema geral do Congresso Nacional de Procuradores de Estado e DF, sob o aspecto de valorização da consensualidade e do desenvolvimento, o presente trabalho deseja contribuir para o fortalecimento da Advocacia Pública, na medida em que sugere sejam tomadas as seguintes providências pela Associação Nacional de Procuradores de Estado e DF (ANAPE):

1. A proposição de alteração da Lei Complementar 5.172/66 ou apresentação de Emendas ao substitutivo do PL 469/2009 em curso, para incluir a previsão de mais uma forma de extinção do crédito tributário, por Sentença Arbitral, bem como acrescentar as hipóteses de suspensão de exigibilidade do crédito tributário e de interrupção da prescrição vinculadas ao procedimento inaugural do Tribunal Arbitral instaurado para dirimir controvérsia de natureza tributária.
2. Instalação de Grupo de Trabalho da ANAPE voltado a elaboração da minuta de Projeto de Lei ordinária que discipline no país os Tribunais Arbitrais Tributários, como regime jurídico uniforme tendente a consolidação da cidadania administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei de Acesso à Informação.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.

BRASIL. **Lei de Arbitragem.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 1996.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Brasília, DF: Presidência da República, 1942.

BRASIL. **Lei de Mediação.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015.

DEBBASCH, Charles. Le Droit Administratif, droit dérogatoire au droit commun? *In*: **Mélanges René Chapus: droit administratif**. Paris: LGDJ, 1992.

ESCOBAR. Marcelo Escobar. **Arbitragem Tributária no Brasil**. São Paulo: Almedina, 2017.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do código civil)**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 10 – jul./dez. 2007.

MACHETE, Pedro**. Estado de Direito Democrático e Administração Paritária.** Coimbra: Almedina, 2007**.**

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro.** São Paulo: RT, 2016.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Arbitragem nos Contratos Administrativos. Revista de Direito Administrativo**, 2009. Rio de Janeiro: RDA, jul./set., 1997.

OLIVEIRA, Gustavo Justino. **Direito Administrativo Democrático,** São Paulo: Forum**,** 2010.

OTERO, Paulo. **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2016.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle.** Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997. Cadernos MARE da reforma do estado; v. 1.

SALLES, Carlos Alberto. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro Ed. Forense, 2011.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. A arbitragem - uma visão crítica. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2012, vol. 212/2012, out., 2012.

TIMM DO VALLE, Maurício Dalri. **Arbitragem Tributária: Breve Análise Luso-Brasileira.** RJLB, Ano 3 (2017), nº 6. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2017/6/2017_06_1041_1073.pdf. Acesso em: 30 jun. 2018.

TORRES, Heleno Taveira. **Transação, arbitragem e conciliação judicial como medidas alternativas para resolução de conflitos entre administração e contribuintes: simplificação e eficiência administrativa.** Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, mar. 2003. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29493>. Acesso em: 30 jun.2018.

VILLA LOBOS, Nuno. **Guia da Arbitragem Tributária**. Coimbra: Almedina, 2017.

FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL E ICMS EDUCACIONAL: MODELOS DOS ESTADOS DE MINAS GERAIS E CEARÁ, IMPACTOS E PROPOSTAS

Caio Gama Mascarenhas [1]

RESUMO

Esse trabalho versa sobre a ICMS – educação como instrumento cooperativo fiscal – visando à maximização do direito fundamental à educação de qualidade (art. 206, VII, CF). Por ser um estudo descritivo e analítico, é baseado em pesquisas bibliográfica, legislativa e documental, utilizando-se dos métodos dedutivo e indutivo. Inicialmente, fazem-se algumas considerações acerca do federalismo cooperativo fiscal e a educação pública básica. Dentro do federalismo cooperativo fiscal, estudam-se inicialmente os impactos do ICMS-educação nos estados de Minas Gerais e Ceará. Após, analisa-se a função promocional do direito no federalismo fiscal. Passada tal análise, fazem-se algumas reflexões sobre os estudos de impacto do ICMS-educação, dificuldades e desafios em sua aplicação. Ao final, é apresentada a proposta de ICMS educacional baseado em critérios de lei de responsabilidade fiscal estadual.

Palavras-chave: Educação pública; Valor adicionado fiscal; desenvolvimento sustentável; políticas públicas; direito fundamental.

1. INTRODUÇÃO

São conhecidos, no cenário brasileiro, os problemas na área da educação pública. embora expandido nas últimas décadas, o acesso à educação no ensino escolar público ainda atinge níveis insatisfatórios.

É ainda mais complexa a discussão acerca da qualidade do ensino nas escolas públicas e de seus instrumentos de promoção. O respeito aos padrões de qualidade (inciso VII do art. 206 da Constituição) é um dos maiores anseios da sociedade, fazendo parte do rol de preocupações de especialistas da área da pedagogia, economia e gestão pública. A qualidade do ensino possui notável apelo popular, sendo utilizado frequentemente como tema de debates políticos e eleitorais. Tal questão, no entanto, parece ter simultaneamente contornos nacionais, regionais e locais.

No Brasil, erra-se ao defender que todas as instituições de ensino público básico se encontram na mesma situação. Os resultados das avaliações de qualidade de ensino público variam consideravelmente quando se faz uma pesquisa

1 Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2019). Integrante do grupo de Pesquisas no CNPq - Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Sustentável. Procurador do Estado do Mato Grosso do Sul (2015- presente). E-mail: cmascarenhas@pge.ms.gov.br.

comparativa em âmbitos regional e local. Considerando a premissa de que os problemas estruturais de ensino variam conforme cada região ou localidade, necessita-se de pensar em políticas públicas de caráter regional e local, mediante o federalismo de cooperação.

Na educação pública básica, o debate acerca da aplicação de recursos inicia-se no federalismo cooperativo. No federalismo fiscal, receitas vinculadas e fundos de participação são as principais fontes de financiamento do ensino público escolar, sendo que as atribuições constitucionais para execução de serviços públicos nos ensinos infantil, fundamental e médio recaem principalmente sobre Estados, Municípios e Distrito Federal.

Inicialmente, fazem-se algumas considerações acerca do federalismo cooperativo fiscal e a educação pública básica. Dentro do federalismo cooperativo fiscal, estudam-se inicialmente os impactos do ICMS-educação nos estados de Minas Gerais e Ceará. Após, analisa-se a função promocional do direito no federalismo fiscal. Passada tal análise, fazem-se algumas reflexões sobre os estudos de impacto do ICMS-educação, dificuldades e desafios em sua aplicação. Ao fim, apresenta-se uma proposta legislativa de ICMS educação em lei de responsabilidade fiscal estadual.

Por ser um estudo descritivo e analítico, é baseado em pesquisas bibliográfica, legislativa e documental, utilizando-se dos métodos indutivo e hipotético-dedutivo.

2. FEDERALISMO COOPERATIVO FISCAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O sistema de distribuição de competências dentro do Estado Federal pode assumir estratégias diversas conforme cada Estado ou momento constitucional. O federalismo dual caracteriza-se pelo fato de que as esferas de competência dos governos estaduais e o governo federal possuíam limites rígidos[2]. O federalismo cooperativo, por outro lado, almeja coordenar as duas esferas, sob administração da União[3].

Após a Primeira Guerra Mundial, passa-se então do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, modificando igualmente o modelo de sistema federativo existente[4]. O individualismo e abstencionismo estatal do Estado liberal provocaram imensas injustiças. Os movimentos sociais dos séculos XIX e XX, revelando a insuficiência das liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social. O Estado social de Direito, servindo de base ao neocapitalismo típico do *Welfare State*[5], acabou modificando as

2 SCHWARTZ, Bernard. O federalismo norte-americano atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, p. 26.

3 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional.38.ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 89.

4 Ibidem.

5 SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. Revista de direito administrativo, v. 173, 1988.

estruturas internas do Estado Federal. Nesse novo modelo, prioriza-se a cooperação e harmonia entre ente central e entes subnacionais com o escopo de atingir os fins sociais do Estado.

Dentro da estrutura do federalismo cooperativo, é comum a presença de auxílios financeiros com o escopo de viabilizar o desenvolvimento regional. Paulo Bonavides aponta para os auxílios financeiros e projetos administrativos do governo federal em favor de Estados-membros que foram essenciais tanto para o interesse regional como para o nacional: nos Estados Unidos, o Projeto do Vale do Tennessee (1933); e, no Brasil, a extração do petróleo da Bahia (1939), a eletrificação do Nordeste mediante a companhia hidrelétrica de São Francisco (1948), bem como os planos regionais de desenvolvimento como o SUDENE (1959) e o SUDAM (1966)[6].

Dentro dos objetivos sociais do Estado democrático de direito brasileiro, destacam-se os mecanismos de federalismo cooperativo fiscal nas ações integradas do Sistema Único de Saúde e na educação pública básica. As transferências intergovernamentais configuram ferramentas essenciais dentro desse sistema.

2.1. INSTRUMENTOS DE COOPERAÇÃO FISCAL NA EDUCAÇÃO PÚBLICA BÁSICA

No tocante ao dever de o Poder Público oferecer uma política de educação de qualidade, a Constituição (BRASIL, 1988) outorga competências materiais e legislativas para os sistemas de ensino da União, dos Estados e dos Municípios (art. 211). Dentro do federalismo de cooperação, destacam-se os percentuais da receita de impostos para aplicação na manutenção e desenvolvimento do ensino (arts. 22, XXIV, 24, VIII, 30, VI, 208 e 212), assim como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB (art. 60 do ADCT). Nas palavras de José Maurício Conti:

> Ver-se-á que em matéria educacional e financeira o Brasil adota um claro sistema de federalismo cooperativo, com partilha de encargos e receitas entre os diversos entes da Federação, voltados a prestar este serviço público de forma conjunta, com ações integradas, prestando-se o serviço de forma compartilhada e com recursos de todos os entes, mediante auxílio mútuo.[7]

No plano financeiro, há a determinação constitucional de aplicação mínima de recursos na manutenção e desenvolvimento do ensino. As normas constitucionais que vinculam receitas referem-se ao financiamento do serviço público de educação, estabelecendo-se uma proporção que é de 18% da receita de impostos e transferências no caso da União e de 25% no caso dos Estados, Distrito Federal e Municípios, tendo alguns entes da federação estabelecido porcentuais

6 BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000, p. 246.

7 CONTI, José Maurício. O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil. In: CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury. (Org.). Direito Financeiro, Econômico e Tributário. 1ed.: 2014, p. 484.

mais elevados. Releva destacar que o Plano Nacional de Educação, em sua Meta 20, prevê ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência dela Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.[8]

Na medida em que tais receitas tributárias já são vinculadas ao custeio da educação, não serão elas objeto do presente trabalho. O ICMS-educação busca fontes diversas de custeio. Destaca-se que o ICMS-educação é estudado em um contexto de a extrema dependência dos municípios em relação a auxílios financeiros recebidos pelos estados e união. Tal fato somente reflete a sua fragilidade dentro da esfera do federalismo fiscal. Por outro lado, o rol de competências constitucionais administrativas dos Municípios é expressivo nas áreas sociais. Diante dessas questões, há quem defenda que a posição dos municípios no pacto federativo seja meramente ilusória[9]. Tendo em vista tal dependência, não é uma surpresa o papel fundamental do repasse legal de ICMS para o desenvolvimento e sobrevivência administrativa dos municípios.

2.2. FEDERALISMO FISCAL E AS FUNÇÕES DO DIREITO CONFORME NORBERTO BOBBIO

Norberto Bobbio, em sua obra intitulada "Da estrutura à função – novos estudos de teoria de direito", disserta sobre algumas funções específicas do Direito, em especial: a repressiva, a promocional e distributiva. Tais funções são facilmente perceptíveis no federalismo fiscal brasileiro.

Segundo Bobbio, um ordenamento repressivo efetua operações de três tipos e graus, uma vez que existem três modos típicos de impedir uma ação não desejada: torná-la impossível, torná-la difícil e torná-la desvantajosa. De modo simétrico, afirma-se que um ordenamento promocional busca atingir o próprio fim pelas três operações contrárias, isto é, buscando tornar a ação desejada necessária, fácil e vantajosa.[10] Dentro dessas duas vertentes, pode-se concluir que determinadas condutas podem receber prêmios ou castigos conforme o ordenamento adotado.[11]

8 Ibidem.

9 "Dessa forma, revela-se extremamente injusto o federalismo fiscal brasileiro, isso porque o rol de competências administrativas dos Municípios é expressivo e, com ele, mais medonho ainda são os custos das prestações públicas relacionadas a essas competências. Então, o pacto federativo cooperativo não passa de uma ilusão constitucional brasileira. Aliás, nem é preciso adentrar na teorização sobre os movimentos físicos do federalismo brasileiro para pontuar que, independentemente da concentração ou descentralização da soma do poderes e das competências dos entes políticos, a dinâmica do federalismo fiscal, por si só, já expressa, sem medo de errar, que modelo de Estado Federal é o brasileiro, a saber, o pacto federativo opositivo" (CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A ilusão do pacto federativo cooperativo e os custos dos direitos sociais. Nomos, v. 35, n. 1, 2015, p. 141).

10 Ibidem, p. 15.

11 Norberto Bobbio explica a questão dos prêmios e castigos como sanções positivas ou negati-

Nota-se que o federalismo fiscal brasileiro possui um caráter principalmente repressivo em relação à má gestão fiscal e desrespeito às normas financeiras constitucionais. Segundo o parágrafo único do art. 11 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF – LCP 101/2000), por exemplo, o gestor deixa de receber transferências voluntárias se não realizar a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos de sua competência constitucional. Da mesma forma, se o gestor não comprovar o cumprimento de uma série de requisitos legais, não poderá receber as transferências voluntárias, conforme o inciso IV do §1° do art. 25 da LRF. A vedação de recebimento de transferências voluntárias também ocorre se o governante não respeitar os limites de gastos para despesas de pessoal (§ 3º do art. 23 da LRF). Se a dívida consolidada de determinado ente federativo ultrapassar os limites da Lei Complementar 101/2000, o gestor estará proibido de realizar operações de crédito, ressalvado o refinanciamento do principal atualizado da dívida mobiliária (art. 31, § 1º, I, da LRF).

No âmbito constitucional, autoriza-se a intervenção constitucional no estado, território ou município que não aplicar o mínimo exigido da receita tributária na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 34, VII, "e"; art. 33, III, CF). Lembrando ainda que, se o chefe do poder executivo atentar ainda contra as normas financeiro-orçamentarias, poderá incorrer na prática de crime de responsabilidade (art. 85, VI, CF).

Ainda segundo Norberto Bobbio, há uma função distributiva do direito. Cuida-se daquela atividade que, ao lado da regulação e controle, confere aos membros do grupo social (indivíduos ou grupos de interesse) determinados recursos econômicos ou não econômicos. Baseada na ordem e paz social, tal função visa modificar um ordenamento existente e possibilitar o exercício de decisões

---

vas: "Na literatura filosófica e sociológica, o termo "sanção" é empregado em sentido amplo, para que nele caibam não apenas as consequências desagradáveis da inobservância das normas, mas também as consequências agradáveis da observância, distinguindo-se. no genus sanção, duas espécies: as sanções positivas e as sanções negativas. Ao contrário, é fato que, na linguagem jurídica, o termo "sanção", se for usado sem determinações ulteriores, denota exclusivamente as sanções negativas. [...] convém não confundir, do ponto de vista analítico, a distinção entre normas positivas e normas negativas com a distinção entre sanções positivas e sanções negativas. Com termos de uso mais comum, uma coisa é a distinção entre comandos e proibições, outra coisa é a distinção entre prêmios e castigos. As duas distinções não se sobrepõem. Ainda que, de fato, as normas negativas se apresentem habitualmente reforçadas por sanções negativas, e as sanções positivas se apresentem predominantemente predispostas ao (e aplicadas para o) fortalecimento das normas positivas, não há qualquer incompatibilidade entre normas positivas e sanções negativas, de um lado, e normas negativas e sanções positivas, de outro. Em um sistema jurídico, muitas das normas reforçadas por sanções negativas são normas positivas (comandos de dar ou de fazer). As técnicas de encorajamento do Estado assistencial contemporâneo aplicam-se, embora mais raramente, também às normas negativas. Em outras palavras, pode-se tanto desencorajar a fazer quanto encorajar a não fazer. Portanto, podem ocorrer, de fato, quatro diferentes situações: u) comandos reforçados por prêmios; b) comandos reforçados por castigos; c) proibições reforçadas por prêmios; d) proibições reforçadas por castigos" (BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Manole, 2007, p. 6).

governamentais, distribuindo possibilidades (bens de consumo, impostos, empregos, educação etc.).[12] No campo do federalismo, a função distributiva relaciona-se com a equalização fiscal.

A equalização fiscal é uma característica proeminente de muitos (mas não todos) sistemas federais de financiamento. As medidas de equalização tomam várias formas diferentes, mas seu objetivo básico é o mesmo: transferir fundos para jurisdições fiscalmente fracas. Em certos casos, a equalização fiscal pode estar embutida em um sistema de receita partilha em que o governo central fornece desproporcionalmente grande transferências para governos provinciais, estaduais e ou locais que possuem bases em relação a alguma medida de necessidades fiscais[13]. A finalidade de equalização fiscal é mais facilmente percebido nos Fundos de Participação dos Estados e Municípios (FPE e FPM) previstos no art. 159 da Constituição Federal.

A teoria funcionalista do direito na concepção de Norberto Bobbio prevê a função promocional do direito. Segundo Norberto Bobbio, a função promocional do direito surge no seguinte contexto:

> Dando seguimento à profunda transformação que em todos os lugares deu origem ao Welfare State, os órgãos públicos perseguem os novos fins propostos à ação do Estado mediante novas técnicas de controle social, distintas daquelas tradicionais. [...] Tão logo comecemos a nos dar conta do uso dessas técnicas, seremos obrigados a abandonar a imagem tradicional do direito como ordenamento protetor-repressivo. Ao lado desta, uma nova imagem toma forma: a do ordenamento jurídico como ordenamento com função promocional. Consideremos qualquer uma das constituições dos Estados pós-liberais, como a atual constituição italiana. Nas constituições liberais clássicas, a principal função do Estado parece ser a de tutelar (ou garantir). Nas constituições pós-liberais, ao lado da função de tutela ou garantia, aparece, cada vez com maior freqüência, a função de promover. Segundo a constituição italiana, a República "promove as condições que tornam efetivo" o direito ao trabalho (art. 4º, parágrafo 1º);'' promove as autonomias locais" (art. 5º); "promove o desenvolvimento da cultura" (art. 9º, parágrafo 1º) [...].[14]

De fato, ver-se-á no presente trabalho a força indutiva que o federalismo fiscal estadual possui sobre políticas públicas geridas pelos municípios. Tal es-

12 Complementa o autor: "Em qualquer grupo social, a começar pela família, a função do sistema normativo não é apenas prevenir e reprimir os comportamentos desviantes ou impedir o surgimento de conflitos e facilitar-lhe a composição após seu surgimento, mas também repartir os recursos disponíveis (BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Manole, 2007, p. 97).

13 OATES, Wallace. Assignment of responsibilities and fiscal federalism. Blindenbacher and Koller (eds), 2003, p. 82.

14 BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito. Manole, 2007, p. 2-13.

pécie de repasse legal de ICMS, vinculado a políticas públicas, ainda é pouco explorado nas legislações estaduais.

Fazendo uma análise das legislações estaduais de distribuição de Cota-parte de ICMS no país, são justamente os critérios ligados às políticas públicas os que possuem menor peso percentual nas legislações estaduais. Denota-se uma exploração ainda incipiente desse instrumento de federalismo fiscal[15].

Analisando os casos de distribuição de ICMS vinculados a políticas públicas nos estados de Minas Gerais e Ceará, percebe-se a utilização da função promocional do direito em uma perspectiva do federalismo fiscal. As transferências de receitas tributárias deixaram de ter um caráter meramente distributivo para assumirem um caráter promocional.

Nota-se, em tais legislações de ICMS, as funções de promover a educação pública de qualidade, defesa do meio ambiente, desenvolvimento socioeconômico das regiões, desenvolvimento, cultura, turismo etc. Nos casos do Ceará e de Minas Gerais, as leis de repasse de ICMS possuem claro escopo de promover a justiça social em seus estados, embora as técnicas e os critérios legais sejam distintos. Os repasses legais de ICMS devem sempre buscar aliar o desenvolvimento social, juntamente com o desenvolvimento econômico e proteção ambiental – completando os três pilares do desenvolvimento sustentável.

3. ICMS EDUCACIONAL E ESTUDOS DE IMPACTOS

Destaca-se a importância do poder público municipal na gestão da educação de ensino fundamental. Nas últimas décadas, houve um crescimento exponencial do número de matrículas efetuadas nas redes municipais de ensino[16]. Considerando tal importância do município na gestão pública, são imprescindíveis para desenvolvimento da educação: a maior aproximação dos gestores públicos

15 "Observando os dados da tabela, constata-se que a esfera de critérios ligados às políticas públicas é a que tem menor soma de peso médio dos seus critérios; não chega a 8%. Este tipo de critério, se bem aplicado, pode levar a uma melhor gestão das políticas públicas por parte dos municípios, que certamente melhorariam seus métodos de avaliação e monitoramento, aumentariam a transparência e alocariam mais profissionais técnicos capacitados nos cargos, ao invés de políticos" (BRANDÃO, Júlia Barbosa. O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação. Fundação Getúlio Vargas. 2014. Tese de Doutorado, p. 38).

16 Essa mudança decorre também da instituição do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF): "Ao observar-se o número de matrículas por esfera de governo no Brasil, percebe-se que as posições dos estados e dos municípios inverteram-se no período. Antes do Fundo os municípios respondiam por menos de 40% das matrículas e, em 2006, respondem por pouco mais de 60%. Em todos os estados o percentual de matrículas municipais avançou, alcançando quase 77% no Nordeste – região com maior percentual de matrículas em rede municipal – e 46% no Centro-Oeste – região do país na qual a rede estadual é ainda mais presente. A taxa de escolarização líquida nos mostra que o país de fato avançou rumo à universalização desse nível de ensino, uma vez que a taxa nacional variou quase 10% no período - de 85,4% para 94,8%. A região nordeste foi a que mais avançou, saindo de um patamar de 76,1% para 93,4% em 2006." (FRANZESE, 2010, p.110).

com os administrados (reduzindo as instâncias políticas); a interação entre a comunidade e os agentes públicos municipais; e a participação mais ativa das famílias na gestão do ensino público[17].

Uma ferramenta importante para o custeio da educação é o repasse legal de verbas de ICMS para o ensino público escolar, na forma do art. 158, parágrafo único, II, da Constituição Federal[18]. A figura do "ICMS educacional" ou "ICMS educação" não é inédita na legislação do país. A educação aparece como critério para divisão do ICMS em estados como Ceará, Minas Gerais, Pernambuco e no Amapá. Nos casos de Minas Gerais[19] e Amapá[20], o critério de distribuição de receita baseia-se no número de matrículas e alunos na rede de ensino. No caso de Pernambuco[21], os critérios são mistos e escalonados por exercício financeiro, aliando número de matrículas com índices de desempenho. No caso do estado

17 Em 2015, o Ministério da Educação (MEC) divulgou o resultado do Exame Nacional do Ensino Médio e o ranking de escolas. Pelo resultado, a escola Augustinho Brandão, do município de Cocal Alves/PI, alcançou a média de 553,93 na prova objetiva, a maior do país entre as escolas de estudantes de baixa renda. A média a deixou com a quinta colocação entre todas as escolas públicas do estado do Piauí, sendo que as quatro primeiras são todas instituições públicas federais. Seu sucesso é fruto de esforços e conscientização da própria comunidade local em prol dos alunos. Fonte: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2014/10/23/escola-pobre-do-piaui-tem-153-medalhas-de-matematica-quer-saber-como.htm>. Acesso em: 06 out. 2017.

18 No campo socioambiental, há a previsão do ICMS ecológico, que determina critérios ambientais que calculam o quanto cada município irá receber do produto da arrecadação do imposto estadual. No Mato Grosso do Sul, o ICMS ecológico é regulado pela Lei Complementar Estadual n. 57/1991.

19 Lei estadual nº 18.030/2009 (MINAS GERAIS): "Art. 2º Os valores decorrentes da aplicação dos percentuais relativos ao critério "educação", de que trata o inciso V do art. 1º, serão distribuídos aos Municípios de acordo com a relação entre o total de alunos atendidos, inclusive os alunos da pré-escola, e a capacidade mínima de atendimento do Município, relativamente aos dados do ano civil imediatamente anterior, calculada de acordo com o Anexo III desta Lei e publicada pela Fundação João Pinheiro até o dia 31 de agosto de cada ano, com base em dados fornecidos pela Secretaria de Estado de Educação e pelo Tribunal de Contas do Estado. Parágrafo Único. Para efeito do cálculo previsto neste artigo, ficam excluídos os Municípios nos quais o número de alunos atendidos pela rede municipal não corresponda a, pelo menos, 90% (noventa por cento) de sua capacidade mínima de atendimento".

20 Lei estadual nº 322/1996 (AMAPÁ): "Art. 2º [...] § 4º educação: relação entre o total de alunos atendidos, inclusive os alunos da pré-escola, e a capacidade mínima de atendimento pelo Município, publicada pela Secretaria de Estado da Educação até o dia 30 de abril de cada ano, relativamente aos dados do ano civil imediatamente anterior, calculada de acordo com Anexo II desta Lei, observado o disposto no Art. 2º [...]".

21 Lei estadual nº 10.489/1990 (PERNAMBUCO): "Art. 2° [...] 2.4. 2% (dois por cento), a serem distribuídos com base no critério relativo à área de Educação, considerando-se a participação relativa do número de alunos matriculados no ensino fundamental em escolas municipais, com base no resultado do censo escolar anual, publicado por meio de portaria do Ministério da Educação; [...] 4.2. 2% (dois por cento), considerando-se que, quanto melhor a proficiência no 3º (terceiro) ano do Ensino Fundamental no Sistema de Avaliação Educacional de Pernambuco - SAEPE do Município, maior será sua participação no percentual aqui previsto, desde que o resultado seja superior ao realizado no ano anterior, observado o quantitativo mínimo de participação de alunos na avaliação, conforme o previsto em portaria da Secretaria de Educação; (Acrescido pelo art. 1º da Lei nº 14.529, de 9 de dezembro de 2011.)".

do Ceará[22], entretanto, os critérios levam em conta índices relacionados à qualidade da educação.[23]

Não se foca nos impactos do ICMS educacional nos estados do Amapá e Pernambuco[24], na medida em que não há quantidade satisfatória de estudos de impactos em tais estados. No caso, limita-se o estudo aos impactos das legislações de Minas Gerais e Ceará, na medida em que há uma quantidade mais segura de estudos feitos sobre ICMS-educação em tais estados. Tais estudos são teses de doutorado, dissertações de mestrado e artigos nas áreas de ciências contábeis, economia e administração.

3.1. REPASSE LEGAL DE ICMS PELO CRITÉRIO EDUCAÇÃO EM MINAS GERAIS – LEI ESTADUAL Nº 18.030/2009 – LEI "ROBIN HOOD"[25]

Primeiramente, é necessário apontar que o escopo da Lei mineira denominada "lei Robin Hood" era de amenizar a alta concentração de renda em poucos municípios mineiros e diminuir as consideráveis diferenças de desenvolvimento no estado. Em tal lei, utilizou-se de vários critérios de distribuição de receita - 1% área territorial; 2,7% população, 2% população dos 50 municípios mais populosos; 2% educação; 1% produção de alimentos; 1% patrimônio cultural; 1,1% meio ambiente; 2% saúde; 1,9% receita tributária própria; 5,5% distribuição igualitária; 0,01% municípios mineradores; 0,25% recursos hídricos; 0,1% sede de estabelecimentos penitenciários; 0,1% esportes; 0,1% turismo; 4,14% ICMS solidário (ver art.10); 0,1% "mínimo per capita", ou seja, para municípios com cota-parte per capita abaixo de 1/3 da média do estado. Segundo

22 Lei estadual nº 12.612/1996 (CEARÁ): "Art. 1º [...] II - 18% (dezoito por cento) em função do Índice Municipal de Qualidade Educacional de cada município, formado pela taxa de aprovação dos alunos do 1 ° ao 5° ano do ensino fundamental e pela média obtida pelos alunos de 2° e 5° ano da rede municipal em avaliações de aprendizagem; [...]".

23 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 98.

24 Sobral e Silva Júnior (2014) analisaram os impactos de algumas mudanças no critério educacional da lei pernambucana n. 10.489/1990 nos municípios pernambucanos e constataram que a legislação não premiava de maneira satisfatória o mérito pelo critério educacional. Segundo eles, diante dos resultados avaliados: "[...] pode-se concluir que o desenho atual da política parece não premiar de maneira satisfatória o mérito. Entretanto, deve-se ressaltar que tal rigidez parece ter sido corrigida a partir da mudança legislativa: a Lei no 13.368/2007, com vigência a partir de 2010, que substituiu o antigo coeficiente, mensurado a partir do quantitativo de matrículas escolares, por uma avaliação de mérito" (SOBRAL, Eryka Fernanda Miranda; SILVA JUNIOR, Luiz Honorato da. O ICMS socioambiental de Pernambuco: uma avaliação dos componentes socioeconômicos da política a partir do processo de Markov. Planejamento e Políticas Públicas, n. 42, 2014, p. 206).

25 Para fins de afastamento de autoplágio e de estímulo de "Efeito do Acesso Livre", declara-se que tópico possui trechos que fazem parte do artigo "Financiamento de políticas públicas educacionais e fundos de participação por desempenho - eficiência e equidade na gestão da educação pública", de coautoria entre o autor dessa tese e Lídia Maria Ribas, submetido à Revista de Direito Brasileira, no prelo.

o estudo de Juliana Xavier de Castro Baptista, há considerável concentração de repasse de ICMS pelo critério VAF no estado:

> A concentração do PIB e também do VAF no Estado de Minas Gerais é tão expressiva que 50% do PIB estadual está concentrado em apenas quinze municípios cujas populações representam somente 31,7% da população total do Estado. Apenas Belo Horizonte e Uberlândia concentram 25% da produção econômica do Estado de acordo com análises da FJP (2015). Em se tratando dos territórios de desenvolvimento, o Metropolitano teve participação de 44% no PIB estadual em 2013 enquanto os territórios Mucuri e Central participaram apenas com 0,9%, Médio e Baixo Jequitinhonha com 0,7% e Alto Jequitinhonha com 0,6%. Estes Territórios possuem os cinco menores valores de VAF e de Cota-parte do ICMS do Estado.[26]

No caso específico do desenvolvimento escolar, a lei estadual mineira determina que os valores das transferências legais de ICMS pelo critério "educação" devem ser distribuídos aos Municípios "de acordo com a relação entre o total de alunos atendidos, inclusive os alunos da pré-escola, e a capacidade mínima de atendimento do Município". O estudo de Baião, Abrantes e Souza analisa os impactos da Lei "Robin Hood" sobre a educação. O objeto do estudo era o seguinte:

> Neste estudo investigou-se a relação entre o índice de educação da Lei Robin Hood (LRH) e os gastos municipais de 842 municípios mineiros no ano de 2006. O ano de 2006 foi escolhido por ser o mais recente com os dados necessários para a pesquisa disponíveis. Como algumas prefeituras não prestam contas ao Tesouro Nacional, alguns municípios não possuem dados financeiros disponíveis, e, portanto, não participaram da amostra. Porém, como mais de 98% dos municípios foram analisados, a possibilidade dos municípios faltantes afetar os resultados é pequena.[27]

Utilizaram-se 7 variáveis: Índice Educação da Lei Robin Hood, ICMS Educação, Número de matrículas no ensino fundamental, Taxa Educação, PIB per capita e Cota-parte per capita[28]. Os resultados da pesquisa foram os seguintes:

O critério Educação da Lei Robin Hood, parece atrativo em termos teóricos, uma vez que mensura uma necessidade fiscal, através do número de matrículas, diante da capacidade do município de atendê-la, por meio da receita de impostos e transferências. Contudo, o presente trabalho mostrou evidências de que a parcela do ICMS municipal repassada através do critério de educação não tem sido aplicada neste setor. Estas receitas, ao contrário da maior parte dos recur-

26 BAPTISTA, Juliana Xavier de Castro et al. Um estudo sobre a distribuição da cota-parte do ICMS no estado de Minas Gerais. 2016, p. 68.

27 BAIÃO, A. L.; ABRANTES, L. A.; SOUZA, C. F. A Política de Distribuição do ICMS Através do Critério de Educação em Minas Gerais. In: Encontro Da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 36. 2012, Rio de Janeiro. Anais. São Paulo: ENANPAD, 2012, p. 8.

28 Ibidem, p. 9-10.

sos financiadores da Educação, não estão vinculadas e podem ser aplicadas em qualquer área pelo governo subnacional. Uma explicação para estes resultados pode residir no possível desestímulo ao investimento em educação pelos governos locais, pois estes não conseguem internalizar todos os benefícios de suas aplicações nesta área, apesar de incorrerem na totalidade das despesas. Este fato torna mais importante a presença de transferências condicionais, que estimulam o município a aplicar um volume de recursos mais próximo do desejado na perspectiva nacional [...]Desta maneira, os resultados indicaram que a política de distribuição do ICMS em Minas Gerais não alcançou todos os resultados imediatos pretendidos, pois os recursos não foram aplicados na educação, porém, o ICMS educação atenuou a concentração de recursos derivada do critério VAF. Este efeito é importante, haja vista a desigualdade regional existente em Minas Gerais. Contudo, este objetivo redistributivo pode ser alcançado através de outros critérios mais especificamente voltados para esta finalidade[29].

Considerando a conclusão do estudo de Baião, Abrantes e Souza (2012) acerca do caráter meramente redistributivo do ICMS-educação em Minas Gerais, resta perquirir se tal critério contribui para o índice de desenvolvimento humano dos municípios mineiros beneficiados.

Nesse sentido, o estudo de Paiva, Melo, Gonçalves e Junior possuía o objetivo de analisar o impacto da Lei Robin Hood sobre o IDH-M (Índice de Desenvolvimento Humano Municipal) das mesorregiões do Estado de Minas Gerais. Para realizar tal estudo, tais pesquisadores analisaram os repasses nos critérios: Meio Ambiente, Educação, Patrimônio Cultural, Produção de Alimentos, Saúde da Família e Saúde *per capita*; bem como os dados econômicos do PIB e do VAF. Por fim, relacionaram tais valores com os indicadores do Índice de Desenvolvimento Humano dos municípios mineiros (IDH-M) entre os anos de 2002 e 2008. Conclusão de tal estudo foi a seguinte:

> Os resultados obtidos devido a aplicação dos dados em painel mostraram que apenas as variáveis "Meio Ambiente", "Produção de Alimentos" e "Produto Interno Bruto (PIB)" apresentaram significância com os valores dos indicadores sociais comparados. Ou seja, estas variáveis possuem relação positiva com o aumento dos índices sociais do IMRS. Logo, os outros critérios de repasse, mais a variável VAF, não se relacionam estatisticamente com a melhora no desempenho social das mesorregiões.[30]

Conforme os estudos colacionados, portanto, o critério "educação" de repasse legal de ICMS não se reverte para a educação dos municípios mineiros. Igualmente, não se provou eficaz para melhorar o índice de desenvolvimento

29 Ibidem, p. 14-15.

30 PAIVA, A. L.; MELO, J. O. F.; GONÇALVES, R. M. L. Avaliação dos Impactos dos Critérios de Distribuição do ICMS da Lei Robin Hood No Índice de Desenvolvimento Humano Municipal em Minas Gerais. Revista Ambiente Contábil, v. 6. n. 1, p. 35 – 63, 2014, p. 59.

humano dos municípios que receberam tais valores, embora atenue a concentração de receitas decorrentes do VAF.

3.2. REPASSE LEGAL DE ICMS PELO CRITÉRIO EDUCAÇÃO NO CEARÁ – LEIS ESTADUAIS Nº 12.612/1996 E 14.023/2007 – DE UM CRITÉRIO DE GASTOS PARA UM MODELO GERENCIAL DE DESEMPENHO[31]

Neste tópico, expõem-se dois estudos acerca do impacto dos dois modelos de políticas estaduais de incentivo financeiro aos gestores municipais que se propuseram a melhorar a educação no Ceará. Na primeira política cearense de incentivo financeiro, a Lei 12.612 de 1996, a transferência de recursos era condicionada a proporção de gastos educacionais. A vigente Lei 14.023 de 2007, por outro lado, possui um novo condicionante: o atingimento de resultados progressivos em avaliações externas, que medem a qualidade do ensino ofertado.

A Lei 12.612/96 foi aprovada em meio de diversas reformas nacionais da educação básica de 1996, refletindo no novo censo de prioridade por parte do governo estadual cearense. Tal norma passou a direcionar parte considerável da receita legal de ICMS de forma proporcional aos gastos municipais com educação. "A instituição dessa regra de distribuição inaugura no Brasil o uso de tal dispositivo com a finalidade estimular o ensino no âmbito do federalismo fiscal".[32]

Os critérios de repasse de ICMS da Lei 12.612 eram basicamente os seguintes: I. 12,5% de acordo com a proporção de gastos em educação sobre a receita municipal; II. 7,5% distribuídos equitativamente entre todos os municípios; e III. 5% de acordo com a população de cada município. No entanto, os resultados dos impactos de tal lei na educação não foram tão positivos segundo alguns estudos. Citam-se trechos de tais estudos:

> Em relação aos resultados obtidos, pode-se dizer que não é possível atribuir efeito a regra que incentiva gasto em manutenção e desenvolvimento do ensino. Ou seja, a Lei 12.612/96 não apresenta evidências de melhora do desempenho educacional, uma vez que, em nenhum cenário, se observou diferença estatística entre os alunos cearenses em comparação aos grupos de controles adotados.[33]
>
> Esta distribuição, baseada em critérios simples, não garantia que os municípios se esforçassem para alterar seus números e assim receber mais recursos de ICMS. O único critério sobre o qual po-

31 Para fins de afastamento de autoplágio e de estímulo ao "Efeito do Acesso Livre", declara-se que tópico possui trechos que fazem parte do artigo "Financiamento de políticas públicas educacionais e fundos de participação por desempenho - eficiência e equidade na gestão da educação pública", de coautoria entre o autor dessa tese e Lídia Maria Ribas, submetido à Revista de Direito Brasileira, no prelo.

32 CARNEIRO, D. R. F. ; IRFFI, G. . Política de Incentivos a Escola melhora a proficiência no Ensino Fundamental? Uma avaliação do Prêmio Escola Nota Dez. In: X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014, Fortaleza. X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014, p.8.

33 Ibidem, p. 22.

> deria haver algum esforço dos municípios para mudança, seria na proporção de gastos em educação, o que, porém não se trata de tarefa simples visto que o recurso transferido do FUNDEB era o que tinha peso maior nesta conta. Como resultado, a regra presente em lei favorecia a concentração de recursos distribuídos nos grandes municípios do estado cearense, conforme demonstra documento do Instituto de Pesquisa e Estratégia Econômica do Ceará intitulado de Proposta de mudança no rateio da cota parte do ICMS entre os municípios cearenses IPECE (2007).[34]

A próxima Lei cearense de ICMS-educação adotaria um modelo gerencialista de administração pública aplicado ao modelo federativo, assegurando uma maior responsividade e desempenho dos municípios na área de educação. Vinculadas às ideias neoliberais, as práticas gerencialistas vindicam a introjeção e adaptação de ideias, valores e práticas típicas do setor privado no setor público[35]. A administração pública gerencial possui como núcleo essencial a orientação para resultados, aumento de desempenho, descentralização política e estímulo ao empreendedorismo[36]. Nesse sentido, Júlia Brandão explica:

> A mudança executada no Ceará teve forte inspiração na lógica gerencialista de gestão, o que fica evidente a partir da análise de documentos do Governo do estado do Ceará e do IPECE. Em tais documentos são citadas práticas de gestão vinculadas a lógica empresarial, a exemplo da gestão por resultados e a competição saudável.[37]

Segundo a Lei estadual 14.023/07, a distribuição da cota-parte do ICMS seria calculada nos seguintes percentuais: I. 18% em função do Índice de Qualidade em Educação (IQE); II. 5% de acordo com o Índice de Qualidade em Saúde (IQS); e III. 2% segundo o Índice de Qualidade em Meio Ambiente (IQM). Tal lei, ao longo do tempo, provou ter impactos muito positivos para a educação básica no Estado do Ceará.[38]

34 BRANDÃO, Júlia Barbosa. O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação. Fundação Getúlio Vargas. 2014. Tese de Doutorado, p. 40.

35 PAULA, A. P. P. Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

36 BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, P. K. (orgs.). Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial. Rio de Janeiro: FGV, 2005, 7 ed.

37 BRANDÃO, Júlia Barbosa. O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação. Fundação Getúlio Vargas. 2014. Tese de Doutorado, p. 40.

38 É a conclusão dos estudos de Julia Brandão, Diego Carneiro e Guilherme Iffi: "[...] a mudança das regras do ICMS no Ceará, que tinha como objetivo promover uma competição saudável entre os municípios, parece estar conseguindo alcançar os resultados pretendidos incialmente; em outras palavras, os municípios cearenses obtiveram melhores resultados no desempenho em educação se forem considerados os indicadores de avaliação da educação utilizados nesta pesquisa: IDEB e notas na Prova Brasil. Também contrariando as expectativas iniciais, os

Atualmente, o estado do Ceará é líder do Nordeste na Educação Básica e o 5º no País. Ao longo dos últimos anos, o Ceará vem ultrapassando as metas do Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (IDEB). No último IDEB, o Ceará alcançou 5,9 pontos nos anos iniciais, quando a meta prevista era de 4,5[39].

Atualmente, há 117 escolas de tempo integral em todo o estado do Ceará, contabilizando 50 mil alunos matriculados em um total de 91 municípios. O Ceará possui, hoje, a maior rede de escolas profissionais de tempo integral do Brasil. Em 2008 (um ano após a nova lei de ICMS educação), foram inauguradas 25 unidades das Escolas Estaduais de Educação Profissional (EEEP). A expansão contribuiu para os resultados expressivos na área da educação do estado, com ganhos tanto pedagógicos quanto sociais[40].

Segundo os estudos analisados acerca do repasse legal de ICMS educação no Ceará, o modelo de premiação por desempenho dos alunos em avaliações demonstrou impactos significativamente positivos na educação pública do estado, denotando um federalismo fiscal dinâmico e gerencial.

4. REFLEXÕES ACERCA DO FINANCIAMENTO DA EDUCAÇÃO NO ESTADO DO CEARÁ[41]

resultados apontam para o fato de a "punição" a municípios com baixo desempenho na educação, que por isso recebem menos recursos de ICMS, não impedir que estes melhorem seus indicadores de educação. Os resultados indicam que mesmo os municípios que perderam recursos com a mudança das regras estão melhorando seus indicadores de educação. Ou seja, é provável que o recebimento de mais receitas não gera necessariamente um melhor desempenho, e por outro lado, os esforços de gestão para melhorar o desempenho podem importar tanto quanto ou mais que o recebimento de receitas" (BRANDÃO, Júlia Barbosa. O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação. Fundação Getúlio Vargas. 2014. Tese de Doutorado, p. 75-76). "Por outro lado, as estimativas também apontam que a segunda intervenção, Lei 14.023/07, ao adotar como mecanismo de transferência os resultados em termos de desempenho, foi efetiva no aumento médio das proficiências dos alunos do 5º ano das escolas públicas municipais em torno de 4% em Português e Matemática. [..] Dessa forma, pode-se inferir que o desenho das políticas de incentivo baseadas na gestão para resultados é adequado para potencializar o desempenho escolar. Nesse contexto, a vinculação orçamentária pode ser utilizada para induzir os gestores subnacionais a buscar maior eficiência (em termos de proficiência) da condução de suas redes de ensino. O caso cearense demonstra que é possível haver uma melhoria da qualidade educacional, nos termos avaliados pelo SAEB, sem um efetivo aumento dos gastos globais, a partir do alinhamento dos incentivos entre os entes federados". (CARNEIRO, D. R. F. ; IRFFI, G. . Política de Incentivos a Escola melhora a proficiência no Ensino Fundamental? Uma avaliação do Prêmio Escola Nota Dez. In: X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014, Fortaleza. X Encontro Economia do Ceará em Debate, p. 22).

39 http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/cidade/ceara-e-o-lider-do-nordeste-na-educacao-basica-e-o-5-no-pais-1.1855517

40 https://oglobo.globo.com/brasil/ceara-onde-educacao-tem-presente-futuro-22238500#ixzz5JIVfCEjt

41 Para fins de afastamento de autoplágio e de estímulo ao "Efeito do Acesso Livre", declara-se que tópico possui trechos que fazem parte do artigo "Financiamento de políticas públicas educacionais e fundos de participação por desempenho - eficiência e equidade na gestão da educação pública", de coautoria entre o autor dessa tese e Lídia Maria Ribas, submetido à

No caso específico do ICMS-educação, percebe-se o sucesso dos resultados obtidos no estado do Ceará e seu relativo fracasso no Estado de Minas Gerais, cuja norma estadual não conseguiu sequer ampliar o índice de desenvolvimento humano dos municípios beneficiários.

O sucesso do ICMS-educação no Ceará, entretanto, não foi somente decorrente do modelo de premiação por desempenho dos alunos da rede pública instituído em 2007. Outros fatores foram fundamentais: o percentual dirigido ao critério educação foi de 18% (um dos maiores percentuais de repasse legal de ICMS concentrados em um só critério entre legislações correlatas país); e teve suas bases lançadas no estado cearense em 1996 por meio da lei de n. 12.612, denotando mais de 20 anos de uma cultura política municipal de discussão em educação. A própria transição de modelos de ICMS-educação no território cearense deu-se de forma natural e com a participação dos municípios.

A avaliação negativa de impactos da lei cearense n. 12.612/1996, que estabelecia critérios de repasse de ICMS com base em gastos em educação, não faz jus ao valor da iniciativa legislativa. Não obstante a inexistência de indícios de melhora na educação básica cearense, a lei foi promulgada em um contexto de crise de inefetividade do direito social à educação em 1996. Até os anos 1990, a preocupação principal no contexto educacional brasileiro era de acesso ao ensino, ou seja, universalização da educação, priorizando a geração de novas vagas.

A questão do direito à qualidade de ensino[42] ainda era algo relativamente novo. A própria lei de diretrizes básicas da educação (Lei n. 9.394) somente foi publicada em dezembro de 1996. O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF) instituído pela Emenda Constitucional n.º 14, também só foi instituído em setembro de 1996. Tal fundo, antecedente do FUNDEB, somente foi implantado, nacionalmente, em 1º de janeiro de 1998, quando passou a vigorar a nova sistemática de redistribuição dos recursos destinados ao Ensino Fundamental.

Outra questão que pode explicar a ineficácia do ICMS por gastos em educação é que a Lei de responsabilidade fiscal (lei complementar n. 101) somente

---

Revista de Direito Brasileira, no prelo.

42 Marcelo Gasque Furtado explica a questão da universalização (FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade de ensino. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord); RIGHETTI, Sabine (org.). Direito à educação. São Paulo: EDUSP, 2009, p. 168): "Vivemos um período histórico em que o ensino fundamental, encontra-se, salvo exceções, praticamente universalizado no país, de forma que o caminho da superação do problema do acesso a vagas no sistema educacional começou a abrir uma nova senda de preocupações para o direito à educação. [...]. É certo que a falta de vagas continua sendo um problema sério no país, principalmente na etapa da educação infantil na modalidade creche, mas parece que cada vez mais o direito à educação vai se ampliando para abarcar preocupações que vão além da mera obtenção de matrícula para incluir o padrão de qualidade das vagas oferecidas. Se todos os setores da sociedade concordam com a ideia de que a educação deve ter qualidade, uma noção mais precisa do que seria essa qualidade do ensino parece perdida em uma cacofonia dentro da qual as vozes do debate destoam e tecem suas próprias concepções de qualidade no setor."

foi publicada no ano de 2000. Até então os gestores municipais não tinham a consciência e educação em gestão financeira atual.[43]

O ICMS educação por gastos instituído em 1996 no Ceará, portanto, foi responsável por instituir uma cultura política que deu as bases para os novos moldes de administração gerencial do ICMS Educacional moderno no Estado do Ceará.

Feitas essas considerações acerca do sucesso do ICMS educação no Ceará, destaca-se que não se ignoram as diferenças socioeconômicas e culturais entre estados. Dentro dessa ideia de federalismo fiscal dinâmico, não se defende o mimetismo, mas dar diretrizes para experiências exitosas em outros membros da federação.

Além das diferenças socioeconômicas e culturais entre estados, há outros fatores que dificultam a mudança de critérios de repasse de ICMS. Sempre quando há mudanças na legislação estadual de distribuição de ICMS, alguns municípios acabam perdendo receita (e outros ganhando). É comum que haja um forte lobby dos municípios que são beneficiados pelos critérios atuais pela manutenção da legislação estadual vigente[44].

Outra questão a ser considerada é a situação financeira das contas dos estados. Em momentos de crise econômica, caindo arrecadação de todos os entes federativos, é complicado discutir mudanças nos critérios de distribuição de receita tributária.

Entre os desafios de estabelecimento de ICMS-educação, o federalismo fiscal deve encontrar formas de: a) criar um cultura política municipal de valorização da educação, em moldes parecidos do que ocorreu no Ceará; b) atrair investimentos para o ensino público escolar de forma eficaz; c) incentivar municípios a envidarem maiores esforços no ensino público local; d) encorajar a participação da comunidade local no ensino escolar público; e e) melhorar a estrutura e qualidade da educação pública.

Com base nessas premissas, em adição ao eficaz modelo cearense, defende-se a elaboração norma de ICMS-educação em forma de lei de responsabilidade fiscal estadual.

---

43 SANTIN, Janaína Rigo; DA SILVA PEREIRA, André; DE CAMARGO, Evandro José Bilycz. Administração pública municipal e lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas. Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, 2017, p. 12-13.

44 Goiás, por exemplo, prevê os critérios de distribuição de receita de ICMS aos municípios em sua constituição estadual. Atualmente, o artigo § 1º do art. 107 da constituição de Goiás direciona: 85% (oitenta e cinco por cento), na proporção do valor adicionado fiscal (VAF) nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios;10 % (dez por cento), distribuído em quotas iguais entre todos os Municípios; e somente 5% (cinco por cento), distribuídos na proporção do cumprimento de exigências estabelecidas em lei estadual específica, relacionadas com a fiscalização, defesa, recuperação e preservação do meio ambiente. O governo tentou redistribuir os critérios de repasse de ICMS educação por meio da PEC n. 3.066/2017. Prefeitos dos municípios com maior arrecadação no Estado, entretanto, conseguiram convencer o governo a suspender os trâmites da PEC. Fonte: https://www.dm.com.br/politica/2017/04/prefeitos-pedem-debate-sobre-projetos-polemicos.html. Acesso em: 24/06/2018.

5. INCENTIVOS FISCAIS E ICMS EDUCACIONAL: INDUÇÃO DE INVESTIMENTO NO ENSINO PÚBLICO ESCOLAR MEDIANTE LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL ESTADUAL

A histórica ineficiência do Estado em gerir a educação, principalmente no tocante à qualidade, requer que se explore o dever estatal de incentivo da educação com a colaboração da sociedade do art. 205 da Constituição – instrumento constitucional alternativo pouco utilizado na prática. Tal dever de promover a educação "incentivada com a colaboração da sociedade" pode ser explorado por meio do fenômeno da extrafiscalidade. Busca-se incentivar o investimento no ensino público escolar embasando-se no reconhecimento da extrafiscalidade como instrumento do Estado para a consecução de seus fins sociais[45].

Um critério pouco explorado em prol da educação é a destinação legal do produto de arrecadação de ICMS de forma proporcional ao investimento dos municípios na qualidade do ensino, tudo na forma de lei de responsabilidade fiscal estadual. Tal política pública permitiria aos municípios (mais frágeis na estrutura federativa) a adoção de uma atitude mais proativa na concessão de incentivos fiscais em prol no ensino público escolar, sem que isso acarretasse uma renúncia de receitas prejudicial às contas do ente municipal[46]. Tal modelo, por estar vinculado a normas de responsabilidade fiscal, diferencia-se do modelo de ICMS-educação por gastos da Lei cearense n. 12.612/1996.

Denota-se, no entanto, que tal fenômeno somente ocorreria se o município investisse valores na educação fora daqueles valores já constitucionalmente destinados ao ensino público. Os municípios possuem o dever de aplicarem o mínimo de 25% de suas receitas de impostos no desenvolvimento do ensino, sob pena de sofrerem intervenção constitucional do Estado em sua gestão, prevista no inciso III do art. 35 da CF[47], ou até de responsabilização pessoal dos gestores por crime de responsabilidade[48].

Enfrenta-se, por conseguinte, a seguinte questão: qual seria a amplitude da definição de "investimento no desenvolvimento do ensino" para fins de concessão do benefício ao município? O dispositivo legal somente abrangeria repasses financeiros diretos do município ao ensino público ou também englobaria incentivos que resultassem em renúncia de receita?

45 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 98.

46 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 98.

47 Ibidem., p. 100.

48 Segundo o art. 1º do Decreto-Lei 201/1967, respondem por crime de responsabilidade os prefeitos e vereadores que cometerem ato de "empregar subvenções, auxílios, empréstimos ou recursos de qualquer natureza, em desacordo com os planos ou programas a que se destinam".

Levando-se em conta a essencialidade do ensino público escolar, a melhor interpretação de investimento na educação pública seria ampliativa – incluindo aqueles investimentos decorrentes de renúncia de receitas. Dessa forma, o Município poderia conceder incentivos fiscais e subvenções às entidades e pessoas jurídicas de direito privado que auxiliem na qualidade do ensino público escolar – induzindo uma cultura de colaboração da sociedade com o desenvolvimento do ensino[49].

Questiona-se ainda: como enfrentar o instituto da renúncia de receitas nos casos de incentivos fiscais em favor do desenvolvimento do ensino? Para a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), a regra geral é a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos do ente. A renúncia de receita encontra-se no campo da excepcionalidade[50].

A renúncia, em regra, deve ser concedida mediante lei específica e, eventualmente, mediante convênio. Segundo o art. 14 da LRF, a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deve: a) estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes; b) atender ao disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e c) atender a pelo menos uma das seguintes condições: c.1) demonstração de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita na lei orçamentária e que não afetará as metas de resultados fiscais previstas na LDO; c.2) estar acompanhada de medidas de compensação nos dois exercícios seguintes, por meio do aumento de receita (no exercício da concessão basta o demonstrativo do item 'a').[51]

Esse aumento de receita poderia ocorrer mediante as seguintes medidas: elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo e majoração ou criação de tributo ou contribuição. Nos casos de medida de compensação por aumento de receita, o benefício fiscal concedido só poderá entrar em vigor após implementadas as medidas para o aumento da arrecadação.

Com o escopo de fornecer mais segurança jurídica na seara dos benefícios fiscais regionais e locais, justifica-se a regulamentação dos repasses e das renúncias de receitas por meio de Lei de Responsabilidade Fiscal Estadual. Tal possibilidade seria decorrência lógica do inciso I do art. 24 da Constituição, que atribui competência legislativa concorrente acerca de direito financeiro à União, Estados e Distrito Federal. A LRF estadual serviria para cobrir as lacunas da ausência das normas gerais da União sobre as peculiaridades regionais e locais (§§ 2º e 3º do art. 24 da CF). O texto regulamentaria as relações entre os

49 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 100.

50 Ibidem.

51 PALUDO, Augustinho Vicente. Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LRF. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 256.

diferentes poderes e instituições, ampliação da transparência das contas públicas e a exigência de avaliação de renúncias fiscais[52].

A norma da Lei de Responsabilidade Fiscal Estadual somente viria a acrescer ao processo de conscientização financeira dos gestores municipais iniciada pela Lei complementar federal 101/2000[53]. Outro desafio para a legislação estadual seria prever um estímulo à participação da comunidade nas decisões acerca da educação pública no orçamento anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual, visando otimizar a aplicação da escassa receita pública municipal. Em audiências e debates públicos, deve-se abrir a discussão sobre aplicação de recursos públicos, renúncia de receitas e obtenção de novas fontes de custeio para a qualidade do ensino público local[54]. Tais instrumentos de gestão democrática dos municípios possuem previsão legal no Estatuto da Cidade (Lei federal n. 10.257/2001).[55]

Considerando a posição privilegiada em que se encontra a educação entre as prioridades e metas do Estado de Direito, defende-se a regulamentação diferenciada das normas referentes à renúncia de receitas em tal área – podendo apresentar requisitos fiscais específicos, mas em conformidade com as diretrizes da Lei de Responsabilidade Fiscal Federal[56]. A receita proveniente do repasse do ICMS educação seria a medida de compensação necessária para a concessão de tais incentivos fiscais. De tal forma, os Estados estariam induzindo os governantes locais a aplicarem mais recursos no desenvolvimento do ensino

52 Ibidem, p. 100.

53 Sobre o processo de conscientização financeira dos gestores municipais após a lei de responsabilidade fiscal n. 101/2000 (SANTIN, Janaína Rigo; DA SILVA PEREIRA, André; DE CAMARGO, Evandro José Bilycz. Administração pública municipal e lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas. Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, p. 108-124, 2017, p. 13): "Isto ocorre por meio da conscientização dada pela Lei de Responsabilidade Fiscal, à medida em que requer a participação da comunidade nas decisões do orçamento anual, lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual, com vista a otimizar a aplicação do recurso público, cada vez mais escasso. Assim, além das demais prerrogativas abertas, propõe que a sociedade como um todo participe deste processo (ver artigo 44 da Lei 10.257/2001), em sendo obrigatória a audiência pública para aprovação das peças orçamentárias municipais, sob pena de nulidade por vício formal no processo legislativo da lei municipal, além de improbidade administrativa do prefeito municipal (artigo 52 da Lei 10.257/2001)".

54 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 100.

55 Cita-se o texto da norma (BRASIL, 2001): "Art. 43. Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos: [...] II – debates, audiências e consultas públicas; [...]".

56 Rejeita-se qualquer interpretação que leve à infundada hipertrofia das competências legislativas da União em detrimento dos demais entes federativos. Nota-se que o STF vem seguindo linha parecida. Segundo Luiz Fux no julgamento da ADI 2663/RS (rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8.3.2017): "A *prospective overruling*, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao STF rever sua postura em casos de litígios constitucionais em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressalvadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca a norma da Constituição".

de forma segura, transparente e legítima [57].

Defende-se que tais instrumentos normativos teriam duas funções essenciais: compensatória e indutiva. No tocante à função compensatória, a transferência de receita de ICMS restabeleceria o equilíbrio das contas daquele município que aumentou investimentos ou renunciou de receitas tributárias por meio de benefícios e isenções fiscais em prol do ensino escolar público. Em relação à função indutiva, lograria induzir os Municípios a formularem e aplicarem verbas em programas locais que visem melhorar a qualidade ensino público escolar. No caso da LRF estadual prevendo critérios de ICMS-educação, o desafio é estabelecer quais seriam os percentuais de renúncia de receita, destinações, fiscalização e demais questões relacionadas ao contexto cultural e socioeconômico de cada estado. As questões de logística e harmonia normativa entre os âmbitos estadual e municipal também devem ser regulamentadas com certo cuidado.[58]

A extrafiscalidade transforma-se, então, num importante instrumento para a atuação do Estado e dos Municípios na luta pelo desenvolvimento do ensino e garantia da dignidade humana. Não se defende uma extrafiscalidade irresponsável que poderia até prejudicar os alunos da rede pública de ensino, mas sim um plano de ação articulada entre diversos entes federativos, favorecendo o desenvolvimento da pessoa enquanto cidadã e profissional qualificada.[59]

Essa análise de custo-benefício deverá reger a decisão política do país no desenvolvimento do ensino, sempre em respeito à dignidade da pessoa humana, justiça social, responsabilidade fiscal, desenvolvimento sustentável e demais princípios fundamentais que regem o Estado Social Democrático de Direito.[60]

6. CONCLUSÕES

1. Os problemas da educação pública são conhecidos no cenário brasileiro – vão desde a ausência de universalização do atendimento no ensino escolar público até os notórios problemas na qualidade da educação. Há a necessidade de se buscar formar alternativas e eficazes de investimentos na educação.

2. Conforme os estudos colacionados, o critério "educação" de repasse legal de ICMS não se reverte para a educação dos municípios de Minas Gerais e, embora o repasse atenue a concentração de receitas decorrentes do VAF, não se provou eficaz para melhorar o índice de desenvolvimento humano dos municípios que recebem tais valores.

3. Segundo os estudos sobre impacto de ICMS educação no Ceará, o modelo

57 MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. Revista de Direito Brasileira, v. 19, n. 8, 2018, p. 100.

58 Ibidem, p. 100.

59 Ibidem, p. 100.

60 Ibidem, p. 100.

de premiação por desempenho demonstrou impactos significativamente positivos na educação pública do estado, denotando um federalismo fiscal dinâmico e gerencial.

4. Analisando os casos de distribuição de ICMS vinculados a políticas públicas nos estados de Minas Gerais e Ceará, percebe-se a utilização da função promocional do direito em uma perspectiva do federalismo fiscal.

5. Nos casos do Ceará e de Minas Gerais, as leis de repasse de ICMS possuem claro escopo de promover a justiça social em seus territórios, embora as técnicas e os critérios legais sejam distintos. Os repasses legais de ICMS devem sempre buscar aliar o desenvolvimento social, juntamente com o desenvolvimento econômico e proteção ambiental – completando os três pilares do desenvolvimento sustentável.

6. O ICMS educação "por gastos" instituído em 1996 no Ceará foi responsável por instituir uma cultura política municipal na área de educação. Tal política deu as bases para os novos moldes de administração gerencial do ICMS Educacional moderno no Estado do Ceará.

7. Feitas essas considerações acerca do sucesso do ICMS educação no Ceará, destaca-se que não se ignoram as diferenças socioeconômicas e culturais entre estados. Dentro dessa ideia de federalismo fiscal dinâmico, não se defende o mimetismo, mas sim dar diretrizes para experiências exitosas em outros membros da federação.

8. Além das diferenças socioeconômicas e culturais entre estados, há outros fatores que dificultam a mudança de critérios de repasse de ICMS. Sempre quando há mudanças na legislação estadual de distribuição de ICMS, alguns municípios acabam perdendo receita. É natural que haja um forte lobby dos municípios que são beneficiados pelos critérios atuais pela manutenção da legislação estadual vigente. Outra questão a ser considerada é a situação financeira das contas dos estados. Em momentos de crise econômica, caindo arrecadação de todos os entes federativos, é complicado discutir mudanças nos critérios de distribuição de receita tributária.

9. Entre os desafios de estabelecimento de ICMS-educação, o federalismo fiscal deve encontrar formas de: a) criar um cultura política municipal de valorização da educação, em moldes parecidos com o que ocorreu no Ceará; b) atrair investimentos para o ensino público escolar de forma eficaz; c) induzir municípios a envidarem maiores esforços no ensino público local; d) incentivar a participação da comunidade local no ensino escolar público; e e) melhorar a estrutura e qualidade da educação pública.

10. Um critério ainda não explorado em prol da educação é a destinação do produto de arrecadação de ICMS de forma proporcional ao investimento dos municípios na qualidade do ensino, tudo na forma de lei de responsabilidade fiscal estadual. Tal política pública permitiria aos municípios (mais frágeis na

estrutura federativa) a adoção de uma atitude mais proativa na concessão de incentivos fiscais em prol no ensino público escolar, sem que isso acarrete uma renúncia de receitas prejudicial às contas do ente municipal.

11. Com o escopo de fornecer mais segurança jurídica na seara dos benefícios fiscais regionais e locais, justifica-se a regulamentação das renúncias de receitas por meio de Lei de Responsabilidade Fiscal Estadual. A LRF estadual serviria para cobrir as lacunas da ausência das normas gerais da União sobre as peculiaridades regionais e locais (§§ 2º e 3º do art. 24 da CF). O texto regulamentaria as relações entre os diferentes poderes e instituições, ampliação da transparência das contas públicas e a exigência de avaliação de renúncias fiscais.

12. Por fim, destaca-se que o artigo possui o escopo de defender novas políticas de financiamento da educação em adição às já existentes. Nesse sentido, as políticas fiscal e econômica do país devem sempre buscar o interesse público primário, nele compreendidos a dignidade da pessoa humana, o pleno desenvolvimento do indivíduo e a educação de qualidade.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. **Lei estadual n. 322 de 23 de dezembro de 1996**. Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Macapá, Assembleia Legislativa, 1996. Portal online. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/pagina.php?pg=buscar_legislacao>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BAIÃO, A. L.; ABRANTES, L. A.; SOUZA, C. F. A Política de Distribuição do ICMS Através do Critério de Educação em Minas Gerais. In: Encontro Da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, 36. 2012, Rio de Janeiro. Anais. São Paulo: ENANPAD, 2012.

BAPTISTA, Juliana Xavier de Castro et al. Um estudo sobre a distribuição da cota-parte do ICMS no estado de Minas Gerais. 2016.

BOBBIO, Norberto. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Manole, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Ciência política. São Paulo: Helvética Editorial Ltda., 2000.

BRANDÃO, Júlia Barbosa. **O rateio de ICMS por desempenho de municípios no Ceará e seu impacto em indicadores do sistema de avaliação da educação**. Fundação Getúlio Vargas. 2014. Tese de Doutorado.

BRESSER-PEREIRA, L. C. Da administração pública burocrática à gerencial. In: BRESSER-PEREIRA, L. C.; SPINK, *P. K.* (orgs.). **Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial**. Rio de Janeiro: FGV, 2005, 7 ed.

CARNEIRO, D. R. F. ; IRFFI, G. . Política de Incentivos a Escola melhora a proficiência no Ensino Fundamental? Uma avaliação do Prêmio Escola Nota Dez. In: X Encontro Economia

do Ceará em Debate, 2014, Fortaleza. X Encontro Economia do Ceará em Debate, 2014.

CAVALCANTE, Denise Lucena; LIMA, Raimundo Márcio Ribeiro. A ILUSÃO DO PACTO FEDERATIVO COOPERATIVO E OS CUSTOS DOS DIREITOS SOCIAIS. Nomos, v. 35, n. 1, 2015.

CEARÁ. **Lei estadual n. 12.612 de 7 de agosto de 1996**. Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Fortaleza, Assembleia Legislativa, 1996. Portal online. Disponível em: https://www.al.ce.gov.br/index.php/atividades-legislativas/leis. Acesso em: 12 mar. 2018.

CONTI, J. Federalismo fiscal e fundos de participação. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

CONTI, José Maurício. O orçamento público e o financiamento da educação no Brasil. In: CONTI, José Maurício; HORVATH, Estevão; SCAFF, Fernando Facury. (Org.). Direito Financeiro, Econômico e Tributário. 1ed.: , 2014, v. , p. 481-496.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional.38. ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

FURTADO, Marcelo Gasque. Padrão de qualidade de ensino. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (coord); RIGHETTI, Sabine (org.). **Direito à educação**. São Paulo: EDUSP, 2009.

FRANZESE, Cibele. **Federalismo cooperativo no Brasil: da Constituição de 1988 aos sistemas de políticas públicas.** 2010. Tese de Doutorado. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/8219>. Acesso em: 15 out. 2017

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. **Censo escolar da educação básica 2016.** Disponível em: <http://download.inep.gov.br/educacao_basica/censo_escolar/notas_estatisticas/2017/notas_estatisticas_censo_escolar_da_educacao_basica_2016.pdf>. Acesso em: 06 out. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Direito fundamental à educação, extrafiscalidade e federalismo de cooperação: "ICMS educacional" baseado em investimento municipal. **Revista de Direito Brasileira**, v. 19, n. 8, p. 84-106, 2018.

MASCARENHAS, Caio Gama; RIBAS, Lídia Maria. Financiamento de políticas públicas educacionais e fundos de participação por desempenho - eficiência e equidade na gestão da educação pública. Submetido à **Revista de Direito Brasileira**. No prelo. Efeito do Acesso Livre para fins de impacto e citações do trabalho publicado: < http://opcit.eprints.org/oacitation-biblio.html>.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MINAS GERAIS. **Lei estadual n. 18.030, de 12 de janeiro de 2009**. Define critérios

para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Belo Horizonte, Assembleia Legislativa, 2009. Portal online. Disponível em: < http://leisestaduais.com.br/mg>. Acesso em: 12 mar. 2018.

PAIVA, A. L.; MELO, J. O. F.; GONÇALVES, R. M. L. **Avaliação dos Impactos dos Critérios de Distribuição do ICMS da Lei Robin Hood No Índice de Desenvolvimento Humano Municipal em Minas Gerais**. Revista Ambiente Contábil, v. 6. n. 1, p. 35 – 63, 2014.

PALUDO, Augustinho Vicente. **Orçamento público e administração financeira e orçamentária e LRF**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

PAULA, A. P. P. **Por uma nova gestão pública: limites e potencialidades da experiência contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

PERNAMBUCO. **Lei estadual n. 10.489 de 2 de outubro de 1990**. Define critérios para distribuição da parcela de receita do produto e arrecadação do Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, pertencente aos municípios e dá outras providências. Recife, Assembleia Legislativa, 1990. Portal online. Disponível em: < http://legis.alepe.pe.gov.br/>. Acesso em: 12 mar. 2018.

RAMALHO, Leila Von Söhsten; PASSOS, Rosana Maciel Bittencourt**. A eficácia do ICMS ecológico como instrumento de política ambiental e o Dever do estado quanto a sua efetivação.** Artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia. 2014. Disponível em: <http://anape.org.br/site/wp-content/uploads/2014/01/006_090_Leila_von_Shsten_Ramalho_22072009-17h09m.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.

SANTIN, Janaína Rigo; DA SILVA PEREIRA, André; DE CAMARGO, Evandro José Bilycz. **Administração pública municipal e lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas**. Revista de Direito Brasileira, v. 17, n. 7, p. 108-124, 2017.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

____O estado democrático de direito. Revista de direito administrativo, v. 173, p. 15-24, 1988.

SOBRAL, Eryka Fernanda Miranda; SILVA JUNIOR, Luiz Honorato da. O ICMS socioambiental de Pernambuco: uma avaliação dos componentes socioeconômicos da política a partir do processo de Markov. Planejamento e Políticas Públicas, n. 42, 2014.

LIMITES E POSSIBILIDADES DE CONSENSO EM ÂMBITO TRIBUTÁRIO

Júlio César Xavier [1]

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a possibilidade de implementar procedimentos de transação no direito tributário, mais especificamente, ponderando os benefícios sociais da autodeterminação de interesses, visando à diminuição da judicialização. Também propõe a discussão sobre o papel dos Procuradores do Estado no caminho para uma abordagem rápida e eficaz na regulamentação da legislação tributária, levando a uma maior agilidade, eficiência e procedimentos administrativos mais ágeis

1. INTRODUÇÃO

As considerações e comentários apresentados referem-se a uma pesquisa qualitativa, a qual tem a pretensão de trazer para a discussão a possibilidade de transação no direito tributário, em especial considerando os benefícios sociais de uma menor judicialização através meios autocompositivos, que, abarcam dois principais fundamentos: o social, que visa a pacificação social e o político norteado pela ideia de permitir a participação do administrado/contribuinte na atuação judicial.

Foram objeto de análise pesquisas e teses publicadas em revistas renomadas e especializadas em matéria tributária, bem como publicações autorais, considerando, para tanto, a atualidade da publicação, o autor e seu conceito no meio jurídico, tomando relevo pesquisadores com larga história em matéria tributária ou vivência em questões relacionadas aos interesses da advocacia pública.

Para dar suporte à ideia, a pesquisa mapeou, dentro do possível, Procuradores envolvidos com essa perspectiva de uma advocacia pública mais dinâmica, eficaz, que também seja capaz de administrar conflitos através da racionalização de procedimentos. Assim, alguns dos colegas Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul e do Estado do Rio de Janeiro referidos foram consultados e de forma generosa trouxeram importantes indicações para a organização desta tese.

A bibliografia foi consultada a partir da premissa da possibilidade da realização da transação tributária como principal eixo para a aplicação de técnicas alternativas para composição mais célere e eficaz de litígios. Assim, para além da abertura trazida pelo artigo 171 do Código Tributário Nacional, se buscou

1 Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Coordenador da 14ª Procuradoria Regional do Estado. E-mail: julio-xavier@pge.rs.gov.br.

compreender os reflexos dessa possibilidade, algumas hipóteses – ainda que de forma incipiente.

A transação em matéria tributária constitui um procedimento complementar ao processo judicial tradicional, na medida em que visa a estabilizar as relações e os interesses públicos e privados. Por essa razão, mesmo que a pretensão jurisdicional ainda seja a principal via para a resolução dos conflitos tributários, por tratar-se de um direito fundamental, em muitos casos que podem ser disciplinados por norma infraconstitucional, os interesses das partes podem ser compatibilizados através de técnicas não jurisdicionais de resolução de conflitos, hoje estudado também sob a nomenclatura de MASCs – Métodos Alternativos de Solução de Conflitos[2].

Deixando essa premissa nos nortear, buscou-se compreender os diversos posicionamentos doutrinários, favoráveis e contrários à alternativa da transação, de forma a justificar o direcionamento da abordagem.

Também cuidou-se de compreender o cenário que oportunizou a propositura do Projeto de Lei nº 5.082/2009, as pretensões da Lei e seus possíveis impactos como ferramenta para o que passamos a denominar como a nova advocacia pública que, se imagina, coadune o regramento do direito público com o conceito de justiça conciliativa.

Inicialmente se percebe que a consensualidade em matéria tributária é uma zona árida e que, passados quase 10 anos do Projeto de Lei, que atualmente encontra-se sem qualquer tramitação significativa no Congresso Nacional, ainda se traduz em inquietações e desafios para advocacia pública.

Todavia, nosso entendimento inicial é de que o estímulo à resolução de conflitos em matéria tributária por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e menor judicialização[3], é um caminho inevitável e tende a trazer inegáveis benefícios para contribuintes e para o ente estatal.

Tais técnicas importam na racionalização de procedimentos judiciais e administrativos, gerando maior celeridade na solução de controvérsias, o que atende ao ideal de praticidade do sistema tributário e eficiência administrativa (art. 37 da Constituição da República). A transação justamente representa um instituto jurídico adequado à realidade mundial, que se afasta do tradicional

2 A transação é comumente classificada como gênero dos meios alternativos de solução de controvérsias, da qual são espécies a conciliação, a mediação e a arbitragem. Porquanto o escopo do presente trabalho foi a análise ampla dos meios alternativos à solução de controvérsias, não se fez a análise e diferenciação de cada modalidade. Saliente-se que o autor entende que todas estas formas são compatíveis com o regime tributário.

3 Dados obtidos junto ao site do Conselho Nacional de Justiça dão conta de que a maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, as quais representam 75% do estoque judiciário. Estes são os principais responsáveis pelo congestionamento elevado do Poder judiciário, representando 38% do total. Além disso, com a análise específica das execuções fiscais, verificou-se que os processos dessa classe apresentam uma taxa de congestionamento de 91%.

modelo jurídico sujeito a se degenerar em arbitrariedade e ineficiência, como já mencionamos.

Não parece haver mais espaço para concepções clássicas e que distanciem o ente estatal do cidadão. Essa nova concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é a razão de ser de todo o aparato do estado, está traduzida em toda legislação informada.

Diante dessa nova ordem, a administração pública, vincula-se, extreme de erro, aos interesses e garantias assentados na Constituição Federal. Técnicas que oportunizem a morosidade e a solução de conflitos não se compatibilizam com a Constituição e igualmente com o cenário legislativo atual.

É neste cenário jurisdicional que a advocacia pública está inserida, cuja função essencial somente será realizada se levar em conta o atendimento aos princípios da consensualidade, celeridade, colaboração, valendo-se, para tanto, destes noveis institutos jurídicos.

2. TRANSAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA: PRESSUPOSTOS LEGAIS

No Brasil, no art. 3º, o Código Tributário Nacional define que "tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada". De tal definição surgem as afirmações erguidas em "alicerces estruturantes da tributação – legalidade estrita, obrigatoriedade da prestação pecuniária do sujeito passivo, "plena vinculação" à lei da atividade administrativo-tributária de cobrança do crédito – confirmados pela positivação no art. 141, CTN[4]".

A transação é instituto incorporado no Direito privado desde longa data. O Código Civil de 1916 já previa, em seu art. 1.025, ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas. Dispositivo de redação idêntica é encontrado no art. 840 do Código Civil de 2002.

O art. 171 do Código Tributário Nacional positiva e autoriza da seguinte forma a questão: "Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e consequente extinção de crédito tributário. Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso".

Desta forma, a disposição do Art. 171, CTN, no sentido da possibilidade composição da obrigação tributária enquanto opção para os sujeitos como forme de extinção do litígio, surge como exceção à regra: "formal, com a substituição da decisão imposta em processo administrativo ou judicial pela resolução consensual do litígio, e material, por possibilitar a conversão da prestação usual

4 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 32.

de pagamento em outra opção admitida pelo sistema para finalização do crédito tributário"[5].

O que se cuida aqui é que em qualquer circunstância onde possa haver redução do patrimônio do Estado, a transação somente será realizada através de previsão expressa e específica lei autorizativa[6], editada pelo ente competente pela instituição do tributo de que se pretende seja objeto de composição. Neste sentido, nunca haverá livre manifestação de vontade por parte da autoridade fiscal, tendo em vista que a mesma justamente não possui esta competência.

O credor possui autonomia para transacionar ou não com a administração, todavia e desde que, quando esta seja uma opção, a negociação seja entabulada dentro de pressupostos estabelecidos dento dos limites da lei. Como em direito público vige o princípio da indisponibilidade do patrimônio público[7], a utilização da transação acaba sendo uma alternativa ainda bastante restrita.

Assim, na expressão de Brandão, "o método transacional no ordenamento jurídico brasileiro não é considerado uma via obrigatória, senão uma opção para solucionar os litígios, sempre que se reúnam as condições e requisitos previamente estipulados pela lei[8]".

O Código Tributário Nacional coloca a transação como uma forma de extinção do crédito tributário. É o que se vê expresso em seu art. 156, inciso III. De tal modo, uma vez realizada a transação, subsistindo ou não parte do crédito tributário que será extinto pelo pagamento[9], tem-se como consequência a extinção do crédito tributário.

Ocorrendo assim, o contribuinte não poderá depois ingressar em juízo pedindo a restituição do que foi pago. Tal regra se perfectibiliza "não porque tenha renunciado ao direito à jurisdição, que é um direito irrenunciável. É que ele renunciou ao direito material no qual se fundava a ação. Renunciou a um específico direito albergado na relação tributária, em troca de vantagem que lhe foi concedida pela Fazenda. Essa renúncia ao direito material que no caso estava

5 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 32.

6 A interpretação sistemática da norma geral do art. 171 do CTN, permite a afirmação de que é possível que os entes políticos (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) possam no exercício de suas respectivas competências legislativas instituir leis específicas acerca das hipóteses de transações tributárias de seus respectivos tributos.

7 O princípio da indisponibilidade do interesse público dá conta da medida do princípio da supremacia do interesse público. Ou seja, sendo a supremacia do interesse público a consagração de que os interesses coletivos devem prevalecer sobre o interesse do administrador ou da Administração Pública, o princípio da indisponibilidade do interesse público vem representar a ideia de que o interesse público não se encontra à disposição do administrador ou de quem quer que seja.

8 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016.

9 Normalmente a transação aparece combinada com outros institutos, de forma que somente é extinta pela transação a parte que foi objeto da concessão feita pelo ente estatal.

sendo questionado e que compõe a transação, cujos efeitos essenciais consistem na terminação do litígio e extinção da relação obrigacional tributária[10]".

Necessário, de forma preliminar, evitar eventual confusão entre a transação e mecanismos preventivos de litígio[11]. A transação pressupõe a existência de um acordo, com concessões mútuas, acerca de um litígio previamente instaurado. O que não importa necessariamente dizer que ela somente possa ocorrer em sede de litígios instaurados perante o Poder Judiciário. Também nas hipóteses de processo administrativo tributário é bastante viável, situação na qual o contribuinte manifesta impugnação tempestiva ou recursos administrativos em face do lançamento efetuado, inexistindo, na interpretação deste pesquisador, ao menos de forma aparente, impedimento a inviabilizar a transação no âmbito administrativo.

A transação tem por fim, no mais das vezes, encerrar a controvérsia. O que segue a partir daí é a modificação do crédito antes discutido em razão das prestações compostas, podendo ser "recomposto para pagamento de saldo não-remitido, acertado em compensação, satisfeito por uma dação em pagamento ou por conversão de depósito anterior em renda"[12]. Então, uma vez extinto o crédito e, consequentemente, a obrigação tributária, essa eficácia da transação aproveita aos sujeitos vinculados direta ou indiretamente pela lei tributária (arts. 128 a 135 CTN).

Se a contenda é resolvida pela transação, esta substitui decisão em processo jurisdicional, tendo eficácia igual à coisa julgada entre as partes, no que se refere ao direito material. Todavia, a conformação da eficácia processual demanda a homologação judicial. Assim, conforme previsão legal (CPC, Art. 487, inciso III), a partir da sentença homologatória do acordo haverá a extinção do processo com solução do mérito, constituindo um título executivo judicial.

E, na hipótese de descumprimento desse acordo, na forma ajustada, como não poderia deixar de ser, o litígio pode ser (re)instalado para execução do acordo descumprido (CPC, Art. 523).

Como dito anteriormente, a transação é instituto que reflete gigantesca exceção em matéria tributária[13]. O (aparente) paradoxo entre a inerente manifes-

10 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário nº 159. São Paulo: Oliveira Rocha, p. 38, dez. 2008.

11 O litígio, como é de domínio, é requisito essencial para a transação em Direito Tributário pátrio, e caracteriza-se pela resistência de um dos sujeitos da obrigação tributária à pretensão do outro, quando a Fazenda Pública promove a execução fiscal e a esta o contribuinte se opõe, seja com exceção de pré-executividade ou com embargos. Ou então quando o contribuinte ingressa em juízo contra a Fazenda, questionando a relação tributária, e a Fazenda se opõe à pretensão por ele formulada.

12 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 166.

13 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016.

tação volitiva dos sujeitos e a matéria fazendária "estritamente" legal qualifica a transação do direito tributário como uma figura intrinsecamente extravagante[14].

Extravagante e cujo conteúdo se revela em "meio especial de extinção do crédito, pois se constitui em inusitado (e restrito) espaço facultativo no âmago da imposição e sua realização demanda um ato volitivo do sujeito passivo, substituindo, na circunstância, a comum atuação administrativa unilateral. A transação é o único instrumento para extinção do crédito tributário cuja promoção demanda um ato volitivo do sujeito passivo, assim derrogando a atuação unilateral imposta pela Administração Fazendária a um ente obrigado[15]".

Contudo, é necessária a quebra do paradigma de que a utilização da transação representaria renúncia de receita e violação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Os índices enormes de judicialização em matéria tributária, sem solução impossibilitam o Fisco de arrecadar, este fato exige que a (nova) advocacia pública estude, repense, evolua e proponha novas formas para realizar com efetividade o sistema de cobrança de créditos tributários, deixando de lado a cultura contrária à qualquer forma de solução alternativa de conflitos.

3. LIMITES E POSSIBILIDADES SEGUNDO DIFERENTES INTERPRETAÇÕES

Por óbvio, a possibilidade de transação em matéria tributária guarda muita cautela. Sob hipótese qualquer se cogita que a realização de uma transação no âmbito tributário oportunize redução do patrimônio do ente estatal, vedada que está a livre manifestação de vontade da autoridade fiscal. Determinado tributo somente será objeto de transação se, para aquele caso, houver autorização legal. Essas são as notas iniciais sobre o instituto da transação tributária até aqui.

Em que pese haja autonomia para transacionar, a partir da edição do art. 171 CTN, esta somente será realizada se aquele tributo específico tiver sido objeto de prévia lei autorizativa do ente com competência tributária do referido tributo.

Embora haja previsão legal, encontra-se na doutrina ainda significativa parcela de doutrinadores contrários à realização da transação. Traremos duas referências nesse sentido.

Eurico Marcos Diniz de Santi é justamente uma das expressões contrárias ao instituto. Seu entendimento, em 2009, ano da proposição do Projeto de Lei 5.082 era de que "a transação é a negação da legalidade, do controle e do direito: que leis tributárias se podem aplicar na transação? Deveras a transação e o arbitramento representam, justamente, o afastamento da aplicação da lei geral e abstrata, do direito e de seus controles[16]".

14 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 25.

15 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 34.

16 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação? In. FERRAZ, Roberto (Coord.). Princípios e limites da tributação 2. Os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 626.

Resta claro que o jurista receia que aquilo que define como "falta de controle" oportunize situações de adulteração da finalidade originária do art. 171. Para Santi, "sem controle, não há solução: o fato é que esse luxo de "modernidade" é incompatível com nossa realidade sociopolítica e cultural. E não acrescenta nada às nossas instituições jurídicas, senão incerteza, subjetividades e contingência: caminhamos para o nada jurídico! Ou pior, para juridicização da "corrupção sistêmica", em que o direito abre a guarda de seus controles para se submeter ao gozo mesquinho do poder econômico e político[17]".

Eduardo Maciel Ferreira Jardim também se posiciona de forma contrária à realização de composições relacionadas a tributos, justificando seu entendimento no princípio da vinculabilidade[18] da tributação. Diz o autor, "Nas lides da tributação, contudo, tenho para mim que não há lugar para a transação. Em despeito do quanto dispõe o art. 171 do Código Tributário Nacional e apesar da equivocada opinião ainda prosperante em expressiva parcela da doutrina, não padece dúvida de que o aludido instituto afigura-se incompatível com as premissas concernentes à tributação, dentre elas a necessária discricionariedade que preside a transação e a vinculabilidade que permeia toda a função administrativa relativa aos tributos [...] a transação supõe um comportamento penetrado de subjetividade, próprio de atos discricionários, o que, por si só, bastaria para revelar a incompatibilidade entre o instituto questionado e o princípio da vinculabilidade da tributação[19]".

Então, enquanto Eurico Santi se preocupa com a possibilidade de redução do patrimônio estatal, Eduardo Jardim menciona preocupação com a circunstância da renúncia de recursos administrativos e eventuais prejuízos que elas possam importar ao contribuinte: "cabe assinalar que a hipótese de o contribuinte renunciar aos recursos administrativos e judiciais e com isso recolher a exigência contida em auto de infração, com a redução da multa, não exprime exemplo de transação; significa sim, um pesaroso acinte ao exercício de um direito, porquanto trata-se de uma dissimulação pela qual se apena o direito de defesa[20].

Respeitáveis e fundamentadas se mostram as inquietações, embora não se esteja filiando a essas interpretações, ao contrário.

---

17 SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação? In. FERRAZ, Roberto (Coord.). Princípios e limites da tributação 2. Os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 626.

18 Os princípios tributários previstos na CF, funcionam como mecanismos de defesa do contribuinte frente à veracidade do Estado no campo tributário. Tais princípios existem para a efetiva garantia do cidadão contribuinte. A constitucionalidade de um tributo deve seguir todos os princípios listados na CF, sob pena de serem refutados pelo Supremo Tribunal Federal por serem inconstitucionais. O Principio da Vinculabilidade da Tributação tem em conta que hão de existir somente atos vinculados, e não atos discricionários.

19 JARDIM, Eduardo Maciel Ferreira. Manual de direito financeiro e tributário. 13ª 9 edição. São Paulo: Saraiva, p.511.

20 JARDIM, Eduardo Maciel Ferreira. Manual de direito financeiro e tributário. 13ª 9 edição. São Paulo: Saraiva, p.470.

A transação tributária parece-nos uma excelente alternativa para solução de conflitos de forma eficiente, convergindo com aquilo que se espera de uma prática jurídica adequada ao seu tempo e com o viés de celeridade e racionalidade que a advocacia moderna carece. Acompanha-se Luiz Mathias Rocha Brandão, Procurador da Fazenda Nacional que considera que "a transação tributária deve ser encarada com uma técnica complementária (subsidiária ou suplementária) de resolução de conflitos, não um método ordinário ou obrigatório, de modo que, em certas situações previamente estipuladas pela lei, seja possível escolher o melhor e mais ágil caminho para a solução ou prevenção do conflito[21]".

Nesse contexto, Lídia Maria Roque Ribas refere que "a tributação deve ser analisada a partir do aprimoramento da ordem jurídica que leve em conta um quadro constitucional em sintonia com o Estado democrático de Direito, superando-se determinados paradigmas tradicionais, visando à necessária concretização de justiça social[22]".

Quando se fala em justiça social a ideia é que uma solução mais ágil do contencioso tributário possa constituir uma nova relação entre os sujeitos passivos das obrigações e a administração tributária. Entre os benefícios, reduzir à morosidade (a fase administrativa do processo tributário até a fase judicial chega a até 10 anos de duração) oportunizaria que os conflitos tributários fossem resolvidos em breve tempo, ao invés de prolongar discussões judiciais.

Parece-nos que a transação fiscal de alguma forma atende o ideal de que os conflitos tributários tenham pronta solução assim que apresentados ao Judiciário em contraponto a longa duração do processo, seu custo, que por vezes não atendem à plenitude do cumprimento da função pacificadora da administração tributária.

Este seria um meio alternativo, "cuja tendência é mundial e tem como tônica a desformalização processual (que se constitui em um fator de celeridade)", segundo Ribas[23].

Segundo Hugo de Brito Machado, "para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via

21 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016, p. 64.

22 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. Revista tributária e de finanças públicas. Vol. 49, 2003, p. 43.

23 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. Revista tributária e de finanças públicas. Vol. 49, 2003, p. 50.

legislativa, e para a realização dos fins públicos[24]".

Para Matheus Carneiro Assunção, "fica a critério da fazenda Nacional, em juízo de conveniência e oportunidade, celebrar a transação, sempre que *motivadamente atender ao interesse público* (art. 1º parágrafo único do PL 5082/2009). Nesse sentido, deverão ser observados, necessariamente, o histórico fiscal, a forma de cumprimento das obrigações tributárias, a adoção de critérios de boa governança e a situação econômica do contribuinte (art. 4º, § 1º da PL)[25]".

E não se perca de vista que relações jurídico-tributárias sofrem grande influência das relações internacionais[26], não podendo "continuar reféns de modelos estáticos, precisando evoluir e adequar-se às operações e negócios realizados em instantes pelos diversos países, em consequência dos avanços tecnológicos e do crescimento das relações transnacionais[27]".

Considerando os novos aspectos de um ordenamento mundial universalista, que alcança espaços comunitários organizados em vista de metanormas, o Estado precisa urgentemente se inserir nesse viés cooperativo e se submeter às regras internacionais, sem derrogação das normas internas.

Assim a transação parece-nos refletir um instituto jurídico adequado a realidade social, que se afasta do tradicional modelo jurídico sujeito a se degenerar em arbitrariedade e ineficiência, como já mencionamos.

Conforme já dito, o art. 171, Parágrafo único, CTN, reclama leis regulamentadoras em "cada caso". A conjunção entre os dispositivos constitucional (art. 150 § 6º) e a complementar (Art. 171, CTN), prevê que a transação em litígio tributário seja regulada por lei específica. Dela e de outras hipóteses satisfativas desse requisito tratará agora.

4. O PROJETO DE LEI N. 5.082/2009

Observando alguns dos ordenamentos ocidentais que, usualmente, influenciam a positivação e a análise doutrinária do direito brasileiro, constata-se a ausência de regramento específico para uma transação de direito tributário[28].

Isso por força da interpretação dada à combinação dos dispositivos 150 § 6º da Constituição e dispositivo constitucional e Lei Complementar 101 que disciplina acerca de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, indica que a transação em litígio tributário deve ser regulada por lei específica.

24 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário nº 159. São Paulo: Oliveira Rocha, p. 115.

25 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei n. 5.082/2009, p. 10.

26 Apesar da assertiva, temos que a legislação brasileira é bastante singular em matéria de regulação de tributos. Por esse motivo, paradigmas de direito estrangeiro não foram objeto do presente estudo. Oportunamente, o autor fará esta investigação.

27 RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. Revista tributária e de finanças públicas. Vol. 49, 2003, p. 44.

28 ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009, p. 25.

Com uma lei específica, o legislador competente pode avaliar a conveniência e oportunidade para eventual disponibilidade da receita tributária. "Os elementos da circunstância são confrontados com os princípios reitores da tributação e com diretivas da responsabilidade fiscal estabelecidos na Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000: a exigência para a instituição, previsão e efetiva arrecadação de todos os tributos da competência constitucional do ente da federação (Art. 11) e os condicionantes explícitos para a concessão ou ampliação do incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita (Art. 14)[29]".

A lei específica tramita na Câmara desde 2009. Trata-se do projeto de lei n. 5.082/2009, que disciplina a transação tributária, e que poderia se traduzir em "uma luz de sintonia com os avanços processuais propostos pelo novo Código de Processo Civil Brasileiro[30]".

O PL 5.082/3009 é oriundo do Anteprojeto de Lei da Transação Tributária e Conciliação. O anteprojeto justamente se caracterizou pelo espírito democrático e aberto com que foi elaborado. Ele é fruto da contribuição de Gilberto de Ulhôa Canto, Rubens Gomes de Souza e Gerson Augusto da Silva, nobres juristas que integraram a comissão nomeada pelo Governo para elaboração. Participaram dessa construção também a comunidade acadêmica, os advogados e as associações científicas.

A forma ampla e democrática como o anteprojeto foi concebido traduz, por si só, o cenário de participação e colaboração que se pretendeu transferir para a nova lei.

É preciso modernizar e abrir o processo administrativo tributário. "O que caracteriza o projeto de transação e conciliação é a mudança de mentalidade na dinâmica do processo administrativo, que passa a ser aberto ao diálogo e à interação entre o Fisco e os contribuintes, para que se possa realmente alcançar a necessária transparência e a desejável praticidade fiscal[31]".

O PL estava apensado ao PL nº 2412 de 2007, que pretende disciplinar sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas, e dá outras providências. Foi determinado o desapensamento dos Projetos. Atualmente o PL 5082 aguarda parecer do relator da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara.

Entre algumas inovações, o PL nº 5.082/2009 prevê a criação de uma Câmara Geral de Transação e Conciliação – CGTC, vinculada à Procuradoria-Geral

29 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 372.

30 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016, p. 66.

31 TORRES, Ricardo Lobo. In Transação e arbitragem no âmbito tributário. p.90

da Fazenda Nacional e presidida pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou outro Procurador, por ele indicado, à qual competirá decidir sobre a implantação progressiva das modalidades de transação, editar regulamentos e resoluções específicas sobre a definição dos requisitos, forma e parâmetros de propostas de transação (art. 46). Transações previamente aprovadas pela CGTC, de acordo com o referido Projeto, poderão ser formalizadas por Procuradores da Fazenda Nacional designados pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional[32].

O art. 12 do Projeto de Lei propõe que a expressão "transação" somente poderá ser discutida, administrativa ou judicialmente, quanto à sua nulidade, ou seja, trazendo maior segurança e estabilidade jurídica ao instituto que, somente será objeto de discussão de nulidade quando, na expressão do artigo: I – não estiverem presentes condições ou requisitos, formais ou materiais, exigidos por lei para que ocorra a transação; II – versar sobre matérias vedadas pela Lei Geral de Transação; III – houver disposição de resultado de litígio já decidido por sentença judicial transitada em julgado, a partir da data de sua publicação ou ciência por alguma das partes; IV – houver prevaricação, concussão ou corrupção passiva na sua formação; V – ocorrer dolo, fraude, simulação, erro essencial quanto à pessoa ou quanto ao objeto do conflito.

Conforme prevê o projeto, a proposta de transação deverá ser apresentada à autoridade administrativa competente, conforme determinado por ato da CGTC, e protocolizada na unidade administrativa correspondente. Além de disciplinar prazos e se condicionar a regra de competência, ressalta que a autoridade administrativa competente poderá admitir ou recursar a proposta de transação, bem como aceitar ou não as concessões apresentadas pelo proponente, através de decisão motivada.

Não havendo óbice forma, a autoridade administrativa competente, designada por resolução da CGTC, examinará a proposta de transação apresentada pelo sujeito passivo e encaminhará aquela Câmara manifestação pela sua aprovação, rejeição ou modificação. Alcançada a solução para o conflito ou litígio, a CGTC deverá produzir o termo de transação, o qual surtirá seus efeitos desde a sua assinatura pelas partes, ou em se tratando de transação em processo judicial, desde a sua homologação pelo juiz competente[33].

Recentemente, o Código de Processo Civil também conferiu significativa importância às formas alternativas judiciais para solução de conflitos. O artigo 3º daquele diploma legal sinaliza nesse sentido. Na referência de Marco Antonio Rodrigues, "tal dispositivo legal, no seu caput, traz o direito fundamental de acesso à justiça, ao prever que não se excluirá do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Ademais, nos seus parágrafos, há a expressa consagração de outros meios de solução de controvérsias. O parágrafo

32 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei n. 5.082/2009, p. 10.
33 ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei n. 5.082/2009, p. 13.

1º consagra a possibilidade de uso da arbitragem, nos casos previstos em lei. Já o parágrafo 2º, por sua vez, prevê um dever a advogados, juízes, defensores e membros do Ministério Público de promover os métodos de solução consensual de controvérsias, inclusive no curso do processo judicial[34].

O estímulo aos vários métodos de resolução de conflitos não se resumiu às hipóteses que buscam a solução de conflitos de forma extraprocessual. De fato, o legislador processual fez questão de mencionar que as técnicas alternativas são bem vindas inclusive no curso do processo judicial. Esse incentivo à autocomposição não é apenas uma norma de natureza programática do CPC, representa, em verdade, um norteador que incide do início ao fim dos processos e procedimentos ali disciplinados, permitindo a redução de processos judiciais e a resolução mais rápida das demandas, com a colaboração efetiva das partes[35].

A regulação específica dessa exceção impõe cautela na técnica legislativa. Isso porque todo ordenamento tributário nacional está garantido no princípio da legalidade, vinculabilidade e coercitividade. Assim, regra que disponha sobre hipótese diversa deverá garantir a segurança jurídica e compatibilidade destes ordenamentos.

Assim sendo, constata-se que, na atualidade, são métodos adequados à solução de conflitos não apenas a solução adjudicada pelo Poder Judiciário, mas também a arbitragem e os meios consensuais de resolução de controvérsias [36].

Cabe observa que nos tempos atuais a Advocacia Pública atua em muitos processos que cuidem de mesmas matérias, embora cada advogado público tenha sua autonomia para a elaboração da tese de defesa do ente, bem como para avaliar qual estratégia seguir em cada feito[37]. Por isso, cuida-se a seguir de entender melhor esse contexto alternativo de solução de conflitos e o novo papel da advocacia pública diante desse cenário.

5. O (NOVO) PAPEL DA ADVOCACIA PÚBLICA

Conforme anteriormente referido, percebe-se um movimento na legislação brasileira no sentido de se equalizar a ordem mundial.

Não foi por acaso que já no artigo 3º do CPC[38] o legislador, após fazer expres-

34 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 372.

35 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016, p. 64.

36 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 374.

37 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 381

38 Art. 3o Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1o É permitida a arbitragem, na forma da lei.
§ 2o O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
§ 3o A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão

sa referência ao princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, XXXV da CF/88) inovou a necessidade de se estimular outras formas de resolução dos conflitos, formas alternativas de heterocomposição (a exemplo da arbitragem) e técnicas autocompositivas (como é o caso da mediação e da transação)[39].

No mesmo sentido, a lei arbitral propõe uma releitura da forma de solução de conflitos enquanto legislação que oportuniza técnica heterocompositiva. Sua recente alteração (a Lei nº 9.30796 foi alterada pela Lei nº 13.129/15) trouxe importante previsão em matéria de Fazenda Publica. Foi inserido o § 1º ao artigo 1º, estabelecendo o cabimento de arbitragem pela Administração Pública direta e indireta, cuidando-se de direitos patrimoniais disponíveis.

Segundo Marco Antônio Rodrigues, essa alteração é bastante representativa, posto que "o óbice comumente levantado contrariamente ao juízo arbitral pelo Poder Público – uma concepção tradicional do princípio da legalidade administrativa – cai por terra com a Lei 13.129/15: passa a haver expressa disposição legal autorizando, de forma geral, que a Administração Pública recorra à arbitragem. Portanto, não restam mais dúvidas de que é possível a solução de controvérsias administrativas pelo juízo arbitral[40]**.**

O que se observa é um entendimento, uma maturidade cada vez maior do legislador, em subsidiar os operadores do direito com a possibilidade de técnicas que convirjam com o cenário jurídico-social contemporâneo. Certeza se tem que essa maturidade, esse olhar atento passa seguramente pelo pleito e envolvimento da advocacia pública na busca de soluções que tornem seu papel cada ver mais efetivo e eficiente para a sociedade.

Cabe mencionar ainda importante inovação no âmbito estadual, com a criação do Centro de Conciliação e Mediação do Estado do Rio Grande do Sul, instituído pela Lei Estadual nº 14.794/2015, integrado ao sistema de advocacia de estado, o qual traz novas possibilidades para a solução de controvérsias administrativas ou judiciais que envolvam a administração pública estadual.

O centro de conciliação, coordenado pela Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul, tem dentre suas diretrizes a prevenção e solução de controvérsias administrativas e judiciais entre os cidadãos e o Estado ou entre órgãos da administração pública estadual direta e indireta; a garantia da juridicidade, da eficácia, da estabilidade, da segurança e da boa-fé das relações jurídicas e administrativas; a agilização e a efetividade dos procedimentos de prevenção

---

ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

39 BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016, p. 64.

40 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 395.

e solução de controvérsias, demonstrando a preocupação com a necessidade de adequação às novas necessidades que se impõem à advocacia pública, bem como a preocupação em respeitar os princípios que regem a atuação daqueles que defendem o interesse público *lato sensu*.

Criado com o objetivo de solucionar controvérsias variadas que envolvam o Estado, evitando o ingresso de ações na Justiça, desde sua implementação, o Centro já recebeu mais de 100 demandas, principalmente de Municípios, envolvendo o repasse de valores de convênios. O Centro de Conciliação e Mediação vem ganhando visibilidade, tanto dentro da estrutura do Estado quanto junto ao público externo. Os advogados que já participaram de reuniões no Centro demonstram muita satisfação com esta nova possibilidade de resolução de conflitos. Os Procuradores do Estado estão encaminhando novos casos, como desapropriação e pagamento de contrato. A demanda é crescente e os resultados são muito positivos.

Importante citar ainda a Lei Estadual nº 15.038/2017 que estabelece, nos termos do art. 105 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, os requisitos para a compensação de débitos inscritos em dívida ativa de natureza tributária ou de outra natureza, com precatórios do Estado do Rio Grande do Sul, suas autarquias e fundações, e dá outras providências, buscando resolver de forma diversa das já previstas até hoje, a solução de um problema antigo que atinge a maioria dos Estados da Federação.

Convém ainda mencionar aqui o *case* do Estado de Pernambuco que revelou-se um pioneiro na previsão específica da transação em matéria tributária, com a edição da Lei Complementar Estadual nº 105/2007[41], e do Decreto nº 32.549, que a regulamenta.

Assim, nos termos do art. 3º da Lei Complementar pernambucana, as transações judiciais e extrajudiciais em que seja parte ou interessado o Estado de Pernambuco, suas autarquias e fundações públicas, serão firmadas pelo Procurador Geral do Estado, fundamentado em parecer, após ouvido o dirigente do órgão ou entidade estadual relacionado com a demanda, observados o interesse público e a conveniência administrativa, na forma estabelecida em Decreto. Prevê-se, ainda, a possibilidade de Procuradores do Estado, diretamente e após autorização do Procurador-Geral do Estado, transacionarem no curso da ação judicial que envolva valor correspondente a 40 (quarenta) salários mínimos (§ 2º), exceto naquelas ações reavias ao patrimônio imobiliário do Estado (§3º). A interpretação que se impõe é que a medida reflete a tendência de permitir

41 Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado, para a dispensa de propositura ou desistência de ações judiciais e recursos, transação, adjudicação de bens móveis e imóveis, compensação de créditos inscritos em precatório e requisições de pequeno valor (RPV) e determina providências correlatas. Legislação completa em https://www.sefaz.pe.gov.br/Legislacao/Tributaria/Documents/Legislacao/Leis_Complementares_Estadual/2007/LCE105_2007.htm

maior agilidade na resolução de conflitos de menor monta e complexidade através da redução de formalismos.

No compasso da alteração da Lei Arbitral, foi sancionado mais um instrumento em vista da redução de formalismos, a Lei nº 13.140/15[42]. A fim de afastar qualquer dúvida acerca da possibilidade de transação, a referida Lei, no art. 3º traz expressamente que podem ser objeto de mediação "direitos indisponíveis que admitam transação", ato contínuo, relaciona o elenco de matérias que podem ser objeto de transação por adesão.

Hialino, portanto, que a advocacia pública terá papel fundamental para efetividade da utilização das técnicas consensuais de resolução de conflitos.

O art. 32 da Lei nº 13.140/15 estabeleceu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública[43], onde houver, com competência para dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública; avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público; e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.Acompanha-se a conclusão de Marco Antônio Rodrigues sobre as câmaras de prevenção e solução de conflitos, que sem sombra de dúvida "possuem importante papel de evitar, em muitos casos, a propositura de demandas judiciais, ou até mesmo de já colocar um fim a conflitos judicializados, pois nada impede que, no curso de um processo, a Administração Pública chegue a uma solução consensual do conflito[44]".

Ademais, a administração pública inserida na sociedade hipercomplexa de hoje, não consegue prever todas as situações possíveis, abrindo-se margem para o administrador público atuar de forma diferente em situações excepcionais. Porém, necessário que se estabeleçam premissas para tal aplicação, ou seja, não basta haver o litígio tributário para haver transação, é preciso haver *res dubia* vez que, em determinados casos, a lei clara não deixa espaço para transação.

A concepção de uma Administração Pública que dialoga com o cidadão, o qual é a razão de ser de todo o aparato do estado, está bem clara na redação do novo

42 Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do art. 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Legislação completa em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm

43 A Constituição Federal trata da Advocacia Pública, disciplina regras para a carreira no âmbito federal (art. 131), estadual e distrital (art. 132). Na esfera municipal a matéria fica a cargo das constituições estaduais e das leis orgânicas municipais. O Código de Processo Civil igualmente disciplina a advocacia pública no art. 182. A Advocacia Pública tem suas funções relacionadas à defesa e promoção dos interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

44 RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016, p. 388.

código processual e de toda legislação trazida. A possibilidade deste diálogo, por óbvio, não se compatibiliza com a pré-definição engessada de que há uma supremacia de interesses do Estado sobre aqueles pretendidos pelo indivíduo.

O escopo da narrativa do tópico "o (novo) papel da advocacia pública" conduz há pelo menos duas importantes conclusões. Inicialmente, que os interesses e garantias assentados na Constituição, e não mais a lei, vinculam a Administração à juridicidade; segundo, em verdade, é o interesse público, consagrado nos direitos fundamentais e na democracia o verdadeiro pilar do Estado Democrático de Direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa se ocupou da interpretação da disposição do Art. 171, CTN, e a hipótese ali anunciada de composição da obrigação tributária enquanto opção para os sujeitos como forma de extinção do litígio. Como vimos, a previsão trata de verdadeira exceção à regra formal litigiosa, cujo conteúdo se revela em meio especial de extinção do crédito.

Como vimos, o art. 171, CTN, reclama leis regulamentadoras por isso à conveniência de algumas inovações legislativas trouxeram importante subsídio para a realização de técnicas compositivas. Por ora, o Projeto de Lei nº 5.082 de 2009 segue aguardando parecer do relator da Comissão de Finanças e Tributação da Câmara. O que se tem, dando albergue a nova ordem colaborativa, é a Lei da Mediação, a Lei Arbitral, previsão no novo Código de Processo Civil, a representar técnicas alternativas para a solução desses conflitos. E, acima de tudo, a atitude da advocacia publica consciente do seu papel no cenário jurídico contemporâneo, que exige uma resolução mais rápida e efetiva das demandas.

Por esse motivo, embora à possibilidade de transação em matéria tributária seja vista com certa cautela, advogamos no sentido de que sua utilização não deve importar redução do patrimônio do ente estatal, tampouco, fomentar circunstância de distorção ou corrupção através da técnica.

A tese contrária à sua aplicação dedica-se especialmente ao princípio da legalidade estrita. A interpretação majoritária e favorável, à qual nos filiamos, não confirma tal incompatibilidade, ao contrário.

Nossa proposição é no sentido de consolidar a transação como técnica de efetividade a solução de conflitos tributários, importando na redução de demandas de massa, maior celeridade e efetividade para os cofres públicos.

Não se deve perder de vista que há muito tempo instrumentos alternativos de solução de conflitos são utilizados para resolver litígios que envolvem bens indisponíveis, como no caso do meio ambiente, em que comumente utiliza-se a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta como solução do caso concreto. Ademais, no campo tributário o próprio parcelamento administrativo é, ao fim e ao cabo, um exemplo de transação.

Não se justifica argumento contrário, em especial, quando se tem nos estados a positivação do perdão da dívida tributária. É fato que esse permissivo encontra respaldo nas leis complementares dos respectivos entes e, a margem do debate de sua constitucionalidade, é verdadeira regra de experiência técnica.

Exemplificativamente, no Estado do Rio Grande do Sul a Lei Estadual nº 9.298/91, dispõe sobre a cobrança judicial de créditos inscritos em Dívida Ativa da Fazenda Pública Estadual, em seu art. 2º estabelece da seguinte forma: "fica o Poder Executivo autorizado a não ajuizar ações para cobrança da Dívida Ativa da Fazenda Pública Estadual, em relação a créditos de montante igual ou inferior a Cr$ 120.000,00 (cento e vinte mil cruzeiros)".

O § 1º distingue que tratando-se de créditos decorrentes de Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação - ICMS – o valor mínimo para ajuizamento corresponderá ao triplo do montante previsto no "caput" deste artigo (redação dada pela Lei nº 13.718/11).

Há uma tabela de correção mensal para ICMS e para os demais impostos. Assim, em abril de 2018 o valor mínimo para ajuizamento da cobrança de ICMS é de R$ 10.288,12. No mesmo período, para os demais impostos, autorizado o ajuizamento somente dos débitos que ultrapassam o valor de R$ 4.429,38.

Assim, a lei autoriza o Estado a receber nada em determinados casos, mas não prevê meios para que se possa cobrar parte deste crédito tributário. É um contrassenso verificar a perpetuação de situações em que, sob o mando da legalidade, autorizam o Fisco a deixar cobrar valores devidamente lançados, justamente por ser valor baixo e não ser viável a judicialização, sem prever ou autorizar qualquer outra medida alternativa para a cobrança de tributos.

Além disso, dados obtidos no site CONJUR[45], em matéria publicada em abril deste ano, trás números relevantes sobre a desistência da ação fiscal no Estado de São Paulo. Há referência de que aquela Procuradoria- Geral somente este ano tenha desistido de 683,4 mil execuções fiscais, que importariam aos cofres públicos cerca de 5,9 bilhões de reais. A justificativa, que se repete em todos dos estados da federação, além do custo, oferecer maior disponibilidade aos procuradores para que possam se dedicar a ações mais representativas em valor e complexidade.

Sem sombra de dúvidas, a transação seria mais eficaz nestes casos quando o litígio fosse objeto de composição entre as partes, resultando em recuperação de créditos para o Estado, e ainda assim, com maior agilidade, efetividade e eficiência. Teríamos então, ao invés da submissão a cobrança administrativa, a qual sabemos é por muitas vezes ineficaz, a possibilidade de resolver o litígio através desta técnica jurídica.

45 https://www.conjur.com.br/2018-abr-19/pge-sp-desistira-683-mil-execucoes-fiscais-30-mil

Para tanto, a Lei Complementar nº 105/2007, do Estado de Pernambuco é exemplo inspirador. A experiência naquele Estado da federação vai além da regulamentação da transação. A legislação mencionada deixa transparente sua intenção de viabilizar uma advocacia pública estadual com tendência a uma maior agilidade na resolução dos conflitos.

É possível que através de leis complementares seja atribuída essa responsabilidade ao Procurador do Estado, que deverá agir à luz do interesse público e da conveniência administrativa. Este entendimento respeita os princípios que norteiam a atividade da advocacia pública, bem como se mostra atualizado e necessários para auxiliar na questão complexa acerca da efetividade da cobrança da dívida ativa estadual.

Nessa linha propõe-se:

a) Instrumentalizar por legislação local a prática da transação, independentemente da aprovação do PL 5082/2009, uma vez que essa alternativa fomenta o exercício de uma advocacia pública satisfativa, eficiente, dinâmica e voltada à realização do interesse social;
b) A utilização da transação para cobrança de tributos nos casos em que a dívida tributária que não puder ser submetida à ação fiscal própria, em face da meta de desonerar os procuradores de ações massificadas e cujos valores individualmente se mostram ínfimos para o estado, bem como, para os casos de desistência de executivos fiscais considerados inviáveis;
c) A utilização do instituto da transação nos casos de *res dubia*, uma vez que em uma sociedade norteada por um complexo sistema legislativo, é intuitiva a existência de dúvidas acerca da interpretação/aplicação do direito no caso concreto, e o referido instituto além de esclarecer o contribuinte poderá evitar o ajuizamento de novas demandas judiciais.

Concluindo, a transação efetivamente representa uma técnica jurídica adequada a realidade social e que se distancia do modelo tradicional que, por vezes, padece de eficiência. Como antevíamos, ela representa recurso que oportuniza nota de atualidade, eficiência e eficácia para a cobrança de tributos que originariamente ficariam a margem da execução fiscal e por isso, teriam pouca possibilidade de integrar de forma efetiva os cofres públicos.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário esquematizado. 7ª edição revista e atualizada. São Paulo: Editora Método, p. 436.

ARAÚJO, Nadja. Transação tributária: possibilidade de consenso na obrigação imposta. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2009.

ASSUNÇÃO, Matheus Carneiro. A transação tributária e o projeto de lei n. 5.082/2009.

BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha. Desafios contemporâneos da autocomposição de conflitos tributários e o novo código de processo civil brasileiro. Revista da PGFN. Ano V. Número 9. 2016

BRASIL. Código Tributário Nacional Comentado – edição 2017.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 26ª edição. São Paul: Saraiva, p. 428-429.

EIDT, Elisa Berton. Os institutos da mediação e da conciliação e da possibilidade de sua aplicação no âmbito da administração pública. RPGE. Volume 36 n. 75. Porto Alegre, p. 67-70.

JARDIM, Eduardo Maciel Ferreira. Manual de direito financeiro e tributário. 13ª 9 edição. São Paulo: Saraiva, p.470.

JARDIM, Eduardo Maciel Ferreira. Arts. 170 a 172. In. SILVA MARTINS, Ives Gandra da. (Coord). Comentários ao Código Tributário Nacional. Vol. 2. Arts. 96 a 218. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, p. 511-512.

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. Revista Dialética de Direito Tributário nº 159. São Paulo: Oliveira Rocha, p. 37-39, dez. 2008.

MENDONÇA, Priscila Faricelli de. A transação na solução de controvérsias tributárias: uma análise das hipóteses legais frente à Lei 13.140/2015. Revista Dialética de Direito Tributário nº 240. São Paulo: Oliveira Rocha, p. 121-134, set. 2015.

PAULSEN, Leandro. Direito tributário, constituição e código tributário à luz da doutrina e da jurisprudência.16ª edição. São Paulo: Livraria do Advogado, 2014, p. 1302-1303.

RODRIGUES, Marco Antonio. A fazenda pública no processo civil. 2ª edição rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2016.

RIBAS, Lídia Maria Lopes Rodrigues. Mecanismos alternativos na solução de conflitos em matéria tributária. Revista tributária e de finanças públicas. Vol. 49, 2003, p. 43-64.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Transação e arbitragem no direito tributário: paranóia ou mistificação? In. FERRAZ, Roberto (Coord.). Princípios e limites da tributação 2. Os princípios da ordem econômica e a tributação. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, 610.

O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO ESTABELECIDO NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL E O NOVO REGIME FISCAL INSTITUÍDO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95/2016 – A TENSÃO ENTRE O EQUILÍBRIO ORÇAMENTÁRIO E A INDEPENDÊNCIA ENTRE OS PODERES FOI MITIGADA?[1]

Melissa Guimarães Castello [2]

RESUMO

São analisados os artigos 9º da LRF, e 107 do ADCT, que tratam do contingenciamento de despesas, por todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária, quando a arrecadação se revela menor do que a prevista. Mas o que ocorre quando um órgão não contingencia as despesas? São abordadas as alternativas disponíveis ao Poder Executivo, para exigir dos demais órgãos o cumprimento do artigo 9º.

Palavras-chave: Lei de Responsabilidade Fiscal, Emenda Constitucional nº 95/2016, contingenciamento, equilíbrio orçamentário, separação dos Poderes.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, pretendeu modernizar o sistema de regras que disciplina a gestão de recursos públicos. Em apertada síntese, esta lei determina que os gestores públicos devem obedecer a metas de geração de receitas, bem como a limites pré-estabelecidos no que toca às despesas públicas.

O art. 4º, parágrafo 1º, da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) disciplinou as metas de arrecadação. Segundo este parágrafo, "integrará o projeto de lei de diretrizes orçamentárias Anexo de Metas Fiscais, em que serão estabelecidas metas anuais, em valores correntes e constantes, relativas a receitas,...". Por consequência, todos os anos, quando o Poder Legislativo aprova a lei de

1 Este artigo é uma versão atualizada do artigo intitulado "O Dever de Contingenciamento Estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal: tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os Poderes", originalmente publicado na Revista da Procuradoria-Geral do Estado / Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul, v. 36, n. 75, p. 29-53, jan-jun/2015, disponível em http://www.pge.rs.gov.br/revista-da-pge, acesso em 21 out. 2017.

2 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Professora do curso de Relações Internacionais da Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM-Sul). Mestre em Direito pela University of Oxford (revalidado pela UFRGS), doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio Grande do Sul, bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRGS, com intercâmbio na University of Texas at Austin. E-mail: melissa-castello@pge.rs.gov.br.

diretrizes orçamentárias (LDO) proposta pelo Poder Executivo, aquele analisa e legisla sobre as metas de arrecadação impostas para o exercício financeiro subsequente.

Ciente de que estas metas nem sempre serão atingidas pelos órgãos de arrecadação, o legislador previu um mecanismo para readequação do orçamento quando as metas do Anexo de Metas Fiscais não fossem alcançadas. O art. 9º da Lei Complementar 101/2000 determina que "se verificado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público promoverão, por ato próprio e nos montantes necessários, nos trinta dias subseqüentes, limitação de empenho e movimentação financeira, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias". Ou seja, caso as metas de arrecadação estipuladas na lei de diretrizes orçamentárias não possam ser alcançadas, os gestores de recursos públicos deverão adequar seus orçamentos, reduzindo proporcionalmente as despesas.

Nos termos do artigo 9º, todos os Poderes e o Ministério Público têm o dever de contingenciar suas despesas. Considerando-se que hoje há outros órgãos do Estado que são dotados de autonomia orçamentária – tais como os Tribunais de Contas e as Defensorias Públicas – é inequívoco que a estes também se impõe o dever de contingenciar despesas, motivo pelo qual parece mais adequado falar em "órgãos dotados de autonomia orçamentária", e não exclusivamente em Poderes. O art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), introduzido pela Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, deixa claro que, ao menos no âmbito da União, a estes órgãos também são impostos limites de despesas.

Portanto, o mecanismo conhecido como dever de contingenciamento é o objeto do presente artigo. O tema abordado é de especial relevância no presente momento, em que a crise financeira pela qual vem passando o país fez com que fossem frustradas todas as metas de arrecadação estabelecidas para os últimos anos. O "Novo Regime Fiscal" estabelecido pela Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 nada mais é do que uma resposta a esta frustração de receita: os artigos 106 a 114 do ADCT tornam regra constitucional um modelo de ajuste fiscal muito mais rígido do que o traçado pela LRF, e constitucionalizam as sanções que em parte já eram previstas na Lei Complementar 101/2000 para os Poderes ou órgãos dotados de autonomia orçamentária que extrapolam os limites máximos de despesa. Este novo regramento constitucional não chega a abordar especificamente a matéria referente ao contingenciamento, mas avança no delineamento da independência dos Poderes, ao estabelecer limites individualizados de despesa primária para cada Poder, nos termos do art. 107, § 1º, do ADCT.

Como será demonstrado ao longo do artigo, a principal dificuldade do dever de contingenciamento diz respeito à relação entre os órgãos dotados de autonomia orçamentária: como assegurar que todos estes órgãos limitarão seus empenhos e despesas? Este artigo analisa especificamente os meios jurídicos de garantir o contingenciamento, não só pelo Poder Executivo, como também pelos demais Poderes, assegurando-se, de outro lado, a independência e autonomia dos referidos órgãos.

Para tanto, se inicia o estudo a partir da apresentação das normas atinentes ao dever de contingenciamento, passando-se pela análise da interpretação dada pelas Cortes Superiores ao art. 9º, para, por fim, analisar as formas de imposição do contingenciamento a todos os gestores de recursos públicos.

2. NORMAS QUE REGULAMENTAM O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO

O principal dispositivo que impõe o contingenciamento de despesas aos órgãos públicos é o *caput* do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, transcrito acima. Este artigo está inserido na seção IV do capítulo II da referida lei, em que se legisla sobre execução orçamentária e cumprimento de metas.

Nos termos do art. 9º, os Poderes e o Ministério Público devem limitar os empenhos e movimentações financeiras, se for verificado, ao final do primeiro bimestre do exercício financeiro, que a realização da receita foi aquém dos valores estimados no Anexo de Metas Fiscais da lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, o contingenciamento só pode ser ordenado a partir do segundo bimestre do exercício financeiro. Antes disso, não há prazo hábil para verificar se efetivamente a arrecadação será inferior à estimada.

O contingenciamento é sempre uma medida temporária, imposta para evitar o desequilíbrio momentâneo das contas públicas. Por esse motivo, se a realização da receita tornar a crescer ao longo do exercício financeiro, o ordenador de despesas poderá voltar a efetuar, ainda que parcialmente, as despesas originalmente orçadas. Esta é a regra estabelecida pelo § 1º do art. 9º.

Outra particularidade das regras estabelecidas pelo art. 9º é que o contingenciamento será efetuado "segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias". Essa regra é coerente com o art. 4º da LRF, que atribui à LDO o papel de dispor sobre o equilíbrio entre receitas e despesas. Se à lei de diretrizes orçamentárias compete assegurar esse equilíbrio, esta lei naturalmente deverá definir o que fazer quando o equilíbrio for ameaçado.

Portanto, para bem compreender como deverá ser feito o contingenciamento, é imperativo analisar o que foi determinado pela LDO em vigor. A título de exemplo, são analisadas as regras sobre contingenciamento da lei de diretrizes orçamentárias do Estado do Rio Grande do Sul para 2018 (Lei Estadual 15.018/17[3]):

3 Disponível em http://www.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100099.ASP?Hid_Tipo=TEXTO&Hid_TodasNormas=64000&hTexto=&Hid_IDNorma=64000. Acesso em 21 out. 2017.

> Art. 30. Se for necessário efetuar a limitação de empenho e movimentação financeira de que trata o art. 9º da Lei Complementar Federal nº 101/00, o Poder Executivo apurará o montante necessário e informará aos Poderes Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública.
>
> Parágrafo único. O montante da limitação a ser procedida pelos Poderes do Estado, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública será proporcional à participação de cada um no total da despesa orçamentária primária, excluindo-se as transferências constitucionais aos municípios.
>
> Art. 31. A base contingenciável corresponde ao total da despesa orçamentária primária, excluídas:
>
> I - as vinculações constitucionais e legais, nos termos do § 2º do art. 9º da Lei Complementar Federal nº 101/00 e do art. 28 da Lei Complementar Federal nº 141/12;
>
> II - as despesas com o pagamento de precatórios e sentenças judiciais de pequeno valor; e
>
> III - as despesas primárias financiadas com as Fontes de Recursos Convênios, Transferências Obrigatórias, Operações de Crédito Internas e Operações de Crédito Externas.

A LDO/RS 2018, no seu art. 30, não chegou propriamente a estabelecer critérios que devem ser adotados pelos Poderes para proceder à contenção de empenhos, mas simplesmente determinou que a limitação será proporcional à participação de cada órgão no total da despesa. Por consequência, a LDO deu ampla liberdade aos Poderes para promoverem a limitação de empenhos da forma que lhes for mais conveniente[4].

Andou bem a legislação gaúcha nesse particular, pois assegurou a autonomia de cada um dos Poderes, do Ministério Público e da Defensoria Pública. Se for necessário o contingenciamento, cada um dos chefes dos Poderes deverá publicar ato em que define o que contingenciar, conforme leciona Carlos Valder do Nascimento:

> Na hipótese de materialização dessa ocorrência [necessidade de limitar o empenho], há de ser fixado o montante a ser tornado indisponível para empenho e movimentação financeira. Competirá ao

4 Há dois mecanismos de contenção de empenhos: o contingenciamento, que consiste no bloqueio, por parte do órgão que centraliza as autorizações de empenho, das despesas de determinadas unidades; e o corte linear, em que todos os órgãos e setores são atingidos na mesma proporção (CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Adauto; HERZMANN, Nélio. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 7ª ed. SP: Atlas, 2011, p. 41). Nos moldes da LDO/RS 2018, compete ao chefe do Poder optar pela técnica de contenção de empenhos que for mais adequada à sua realidade orçamentária.

> chefe de cada Poder publicar ato esclarecendo os montantes que seus órgãos terão como limite de movimentação e empenho.[5]

Por outro lado, o art. 30 é passível de críticas por determinar que o contingenciamento deverá ser "proporcional à participação de cada um no **total** da despesa orçamentária primária" (grifamos). Considerando que parcela substancial das despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária decorre do pagamento da folha de pessoal, e que essas despesas dificilmente podem ser reduzidas, devido à norma do art. 37, XV, da Constituição da República, que prevê a irredutibilidade do subsídio e dos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos, determinar o contingenciamento proporcional ao total da despesa primária pode tornar inexequível a regra do art. 30 da LDO/RS 2018. De fato, os órgãos dotados de autonomia orçamentária teriam que reduzir drasticamente suas despesas com outras finalidades – que não o pagamento da folha de pessoal – a fim de alcançar o montante que precisa ser contingenciado. Hipoteticamente, se a necessidade de contingenciamento for muito elevada, estes órgãos se veriam impedidos de efetuar qualquer despesa de outra natureza, a fim de alcançar o montante a ser contingenciado.

Uma solução mais adequada para evitar esse problema parece ser a adotada pela União na sua lei de diretrizes orçamentárias. A Lei Federal 13.473/17 trata do contingenciamento no seu art. 56, segundo o qual o Poder Executivo deve apurar o montante a ser contingenciado, e informar aos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária. No parágrafo 1º do referido artigo se estabelece o critério de rateio dos valores que seriam contingenciados: o montante da limitação "será estabelecido de forma proporcional à participação de cada um no conjunto das dotações orçamentárias iniciais classificadas como despesas primárias **discricionárias**" (grifamos). Desse modo, naqueles órgãos em que as despesas obrigatórias – dentre as quais as despesas com pessoal – forem mais significativas, o contingenciamento será proporcionalmente menor, evitando-se o risco indicado acima.

A lei federal vai além, detalhando minuciosamente quais despesas discricionárias podem ser contingenciadas, como se depreende da leitura da íntegra do parágrafo 1º, em conjunto com o art. 6º da LDO federal. Esse nível de detalhamento certamente deixa o processo de contingenciamento mais transparente e previsível, permitindo aos chefes de cada Poder ou órgão dotado de autonomia orçamentária conhecer, de antemão, quais despesas podem ser limitadas. Por outro lado, a Lei Federal 13.473/17 não invade a esfera de independência dos demais Poderes, pois, ainda que arrole quais despesas podem ser contingenciadas, permite que o chefe do Poder opte por contingenciar qualquer despesa, dentre aquelas previamente arroladas.

5 MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5ª ed. SP: Saraiva, 2011, p. 111.

De forma muito mais singela, o art. 31 da LDO/RS 2018 se limita a arrolar as despesas que não podem ser contingenciadas, sendo omisso em relação àquelas que poderiam ser contingenciadas, se assim fosse necessário. Ao enumerar estas despesas, a LDO/RS nada mais fez do que dar fiel cumprimento ao § 2º do art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, segundo o qual não podem ser limitadas as despesas decorrentes de obrigações constitucionais, as destinadas ao pagamento do serviço da dívida e as ressalvadas pela LDO[6].

Voltando ao artigo 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal, resta analisar seu parágrafo 3º, que é exatamente a norma que pretendia assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária cumprissem a obrigação de contingenciamento. Segundo esse parágrafo, "no caso de os Poderes Legislativo e Judiciário e o Ministério Público não promoverem a limitação no prazo estabelecido no *caput*, é o Poder Executivo autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias". Essa norma foi declarada inconstitucional na Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.238-5, conforme analisado no tópico a seguir.

3. A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES SOBRE O DEVER DE CONTINGENCIAMENTO

A jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o dever de contingenciamento volta-se, primordialmente, para a solução do conflito entre a obrigação de contingenciar, de um lado, e o equilíbrio e autonomia entre os Poderes, de outro. Há alguns julgados em que se debate a forma de assegurar esta composição de princípios, e a análise destes acórdãos é crucial para responder ao problema identificado no presente artigo.

3.1. A ADI Nº 2.238-5

O ponto de partida da análise deve ser o julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.238-5, que teve seu acórdão publicado em 11/09/2008[7]. Até a presente data não houve o julgamento definitivo da Ação Direta, na qual se questionou a constitucionalidade total da Lei de Responsabilidade Fiscal, bem como de diversos dos seus artigos, isoladamente. Em sede de Cautelar, declarou-se a inconstitucionalidade total ou parcial dos seguintes artigos: 9º, § 3º; 12, § 2º; 21, inciso II; 23, §§ 1º e 2º; 56; 57; e 72.

6 Conforme mencionado na versão original deste artigo, o inciso III do art. 26 da Lei Estadual nº 14.568/2014 (LDO/RS 2015) excluía da base contingenciável as despesas com pessoal. A partir da LDO/RS 2016, referida exclusão foi suprimida. Considerando que parcela substancial das despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária é decorrente de despesas com pessoal, e estas dificilmente podem ser contingenciadas, parecia adequado excluí-las da base contingenciável.

7 STF, ADI 2238 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 09/08/2007, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-01 PP-00024 RTJ VOL-00207-03 PP-00950

O mecanismo previsto no parágrafo terceiro do art. 9º da LRF, que autorizava o Poder Executivo a limitar os valores despendidos pelos demais Poderes, no caso em que estes não promovessem o contingenciamento no prazo de trinta dias, foi declarado inconstitucional pela Medida Cautelar em ADI nº 2.238-5. A sessão de julgamento em que essa inconstitucionalidade foi reconhecida ocorreu em 22/02/2001, e a decisão foi unânime. A norma foi considerada inconstitucional porque se entendeu que haveria indevida ingerência do Poder Executivo sobre os demais Poderes, na medida em que aquele Poder poderia limitar o orçamento dos demais.

Não obstante a decisão ter sido unânime, a análise da integra do acórdão revela que houve divergências e debates acerca da constitucionalidade do parágrafo 3º. O Ministro Ilmar Galvão, relator originário do processo, ao longo de seu voto afirmou que a norma seria constitucional, conforme se lê nas fls. 57-58 do acórdão:

> 7. **Art. 9º, § 3º,** que prevê a limitação, pelo Poder Executivo, de valores financeiros destinados aos Poderes Legislativo e Judiciário e ao Ministério Público, quando verificado que a realização da receita não comporta o cumprimento das metas, segundo os critérios estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.
>
> Segundo a inicial, ocorre, aí, ofensa ao princípio da separação dos Poderes, que está ao amparo da norma do art. 60, § 4º.
>
> O mal entendido é patente. O que se tem não é interferência do Poder Executivo nos outros Poderes, mas providência destinada a prevenir os efeitos de inobservância de limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, pelos meios suscetíveis de serem utilizados pelo primeiro, ou seja, a limitação dos valores financeiros. [...]
>
> De indeferir-se, no caso, a medida cautelar.

Não constou do acórdão o motivo pelo qual o Ministro mudou de opinião, votando pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º.

Nos debates orais, o Ministro Nelson Jobim, que votou pela inconstitucionalidade do parágrafo 3º, manifestou seu receio de que a regra do art. 9º, *caput*, fosse ineficaz sem o complemento do referido parágrafo: como assegurar que os órgãos dotados de autonomia orçamentária efetivamente contingenciariam suas despesas, quando instados pelo Poder Executivo? Esta pergunta foi respondida pelo Ministro Sepúlveda Pertence nas fls. 169-170 do acórdão: pelas "vias constitucionais próprias". Portanto, resta evidente a possibilidade de garantir o contingenciamento através de tutela jurisdicional.

Em caso semelhante, aliás, o Supremo Tribunal Federal (STF) já decidiu que a administração financeira do Poder Judiciário pode – e deve – ser objeto de

controle, seja pela fiscalização dos Tribunais de Contas e do Legislativo, seja através do ajuizamento da ação pertinente. É o que constou na ementa da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 691, conforme segue:

> Poder Judiciário: independência, autogoverno e controle. A administração financeira do Judiciário não está imune ao controle, na forma da Constituição, da legalidade dos dispêndios dos recursos públicos; sujeita-se, não apenas à fiscalização do Tribunal de Contas e do Legislativo, mas também às vias judiciais de prevenção e repressão de abusos, abertas não só aos governantes, mas a qualquer do povo, incluídas as que dão acesso à jurisdição do Supremo Tribunal (CF, art. 102, I, n). O que não admite transigências é a defesa da independência de cada um dos Poderes do Estado, na área que lhe seja constitucionalmente reservada, em relação aos demais, sem prejuízo, obviamente, da responsabilidade dos respectivos dirigentes pelas ilegalidades, abusos ou excessos cometidos.[8]

Portanto, levando-se em conta a decisão proferida pela Suprema Corte na ADI/MC 2.238-5, em conjunto com o precedente transcrito acima, pode-se afirmar que os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária – quando instados a tanto pelo Poder Executivo – têm o dever de contingenciar as despesas, com base no art. 9º, *caput*, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Caso deixem de cumprir este dever, caberá ao interessado – possivelmente, o Poder Executivo – não só tomar as medidas cabíveis junto ao Tribunal de Contas, como também ajuizar eventual ação contra o administrador do Poder que não tenha contingenciado as despesas.

Contudo, passados mais de quinze anos desde a entrada em vigor da Lei de Responsabilidade Fiscal, não se identificou um único caso perante os Tribunais Superiores em que um dos Poderes pretendesse exigir do outro o cumprimento do dever de contingenciamento, a demonstrar que o receio indicado pelo Ministro Nelson Jobim na ADI/MC 2.238-5 era fundado: sem o parágrafo 3º, que lhe dá coercibilidade, o *caput* do art. 9º da LRF é ineficaz.

Percebe-se, portanto, que a decisão que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do art. 9º da LRF, proferida na Medida Cautelar em ADI nº 2.238-5, ainda que tenha sido proferida por unanimidade, não foi isenta de debates entre os Ministros. E mais, esta decisão foi proferida sem uma análise aprofundada do tema – o que é natural em sede de Medida Cautelar –, poucos meses depois da entrada em vigor da Lei Complementar 101/2000. Hoje, depois de um período em que o direito financeiro avançou a passos largos, seria interessante o reexame desta decisão, pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento definitivo da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Em 2016 houve a perspectiva do julgamento de mérito da ADI, que chegou a ser incluída em pauta, para julga-

8 STF, ADI 691-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 22-4-1992, Plenário, DJ de 19-6-1992.

mento, pelo Min. Teori Zavascki, em 05/10/2016, mas acabou sendo retirada de mesa em 04/04/2017, pelo Min. Alexandre de Moraes, que foi designado novo relator do processo.

3.2. O IMPACTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016 SOBRE AS DECISÕES QUE TRATAM DA PARTICIPAÇÃO DOS DEMAIS PODERES NA ELABORAÇÃO DAS LEIS DE DIRETRIZES ORÇAMENTÁRIAS

Sob uma perspectiva ligeiramente diferente, o Supremo Tribunal Federal já proferiu algumas decisões em que declarou que é obrigatória a participação de todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias. Isso porque a LDO serve de parâmetro para que os órgãos dotados de autonomia orçamentária elaborem seus orçamentos anuais. Logo, estes devem ter alguma ingerência no processo de elaboração da LDO, para que esta atenda às suas necessidades de custeio e investimento.

A Constituição da República é expressa, ao determinar a elaboração conjunta da LDO, como se lê no art. 99, parágrafo 1º: "Os tribunais elaborarão suas propostas orçamentárias dentro dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias". Segundo Eugênio Greggianin, essa regra é extensiva ao orçamento do Ministério Público[9]. Idêntico é o entendimento do STF, conforme decidido na ADI nº 4.356[10].

Greggianin afirma, também, que não fica estabelecida a forma de participação dos Poderes na elaboração da LDO, pois a expressão "limites estipulados conjuntamente", do parágrafo 1º, "pode ser interpretada no sentido de que a LDO estabelece limites para todos os Poderes, ou então no sentido de que a fixação dos referidos limites nessa Lei dependeria de ato prévio e conjunto (consensual!) entre os Poderes"[11].

O STF acabou se inclinando pela segunda interpretação sugerida por Greggianin, como se depreende da decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.426, relatada pelo Ministro Dias Toffoli. Na ementa do acórdão se lê o quanto segue:

> A participação necessária do Poder Judiciário na construção do pertinente diploma orçamentário diretivo, em conjugação com os outros Poderes instituídos, é reflexo do status constitucional da autonomia e da independência que lhe são atribuídas no art. 2º do Diploma Maior. Esse é o entendimento que decorre diretamente do conteúdo do art. 99, § 1º, da CF.[12]

9 GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Despesas Orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. *Cadernos Aslegis*, v. 4, n. 11, maio/ago 2000, fl. 25

10 STF, ADI 4356, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, DJe-088 DIVULG 11-05-2011 PUBLIC 12-05-2011 EMENT VOL-02520-01 PP-00022.

11 GREGGIANIN. A Lei de Responsabilidade Fiscal..., fl. 25.

12 STF, ADI 4.426, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 9-2-2011, Plenário, DJE de 18-5-2011

Em sentido semelhante, na já citada ADI nº 4.356, julgada em conjunto com a ADI 4.426, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a LDO "é o meio normativo próprio (idôneo) para a imposição de eventual contensão de gastos" dos órgãos dotados de autonomia orçamentária. Nos dois casos citados houve uma limitação, por lei ordinária posterior à elaboração da LDO, das dotações orçamentárias do Poder Judiciário e do Ministério Público, respectivamente. Os artigos da lei em questão que impactavam nos orçamentos do Poder Judiciário e do Ministério Público foram declarados inconstitucionais.

Cabe mencionar, também, as decisões proferidas nas Medidas Cautelares em ADIs 810 e 848, relatadas pelos Ministros Sepúlveda Pertence e Francisco Rezek, respectivamente. Nestes acórdãos, o STF, já em 1993, determinou a participação obrigatória do Poder Judiciário na elaboração das LDOs. Mais especificamente, na ADI 810 a lei de diretrizes orçamentárias impugnada fixava um limite, estabelecido em percentual, dos recursos orçamentários a serem destinados ao Judiciário. Nos termos do voto do Ministro Relator, a fixação deste limite "em princípio, coexiste bem com o preceito da Carta Federal, a não ser pelo fato de que isso foi fixado à revelia do Poder Judiciário local"[13]. Portanto, fica claro que, para que a LDO possa ter qualquer ingerência no orçamento do Poder Judiciário, este deve participar do seu processo de elaboração. Não chegou a haver julgamento definitivo das Ações Diretas, por perda de objeto, já que as leis de diretrizes orçamentárias têm vigência anual.

Necessário destacar que o papel da LDO na fixação dos limites orçamentários de cada Poder foi ligeiramente modificado pelo art. 107 do ADCT, através do qual os órgãos dotados de autonomia orçamentária passam a ter limites individualizados para as despesas primárias. Como regra geral, cada órgão passa a ter suas despesas primárias limitadas à despesa do ano anterior, corrigida pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, ou por índice que venha a substituí-lo. Por consequência, o amplo debate entre os Poderes, previsto pelo art. 99, § 1º, da Constituição, passa a ser restringido pelo critério objetivo estabelecido no art. 107, § 1º do ADCT.

O art. 107 do ADCT traz ainda duas regras tendentes a mitigar os impactos que o limite objetivo do § 1º poderá ter sobre os órgãos dotados de autonomia orçamentária: o § 7º estabelece que nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária o excesso de despesas dos demais Poderes; e o § 9º permite que a LDO disponha sobre a compensação entre os limites individualizados de cada órgão, remanejando-se para um órgão valores excedentes no orçamento de outro, desde que respeitado o limite orçamentário

13 STF, ADI 810 MC, Relator(a): Min. FRANCISCO REZEK, Tribunal Pleno, julgado em 10/12/1992, DJ 19-02-1993 PP-02032 EMENT VOL-01692-02 PP-00335, fl. 340; STF, ADI 848 MC, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 18/03/1993, DJ 16-04-1993 PP-06431 EMENT VOL-01699-02 PP-00348.

global. Dessa forma, o diálogo entre os órgãos dotados de autonomia orçamentária permitirá que as necessidades essenciais de cada um deles sejam supridas, sem que haja cortes drásticos no orçamento de outro.

O art. 107 do ADCT, bem como todos os artigos introduzidos pela Emenda Constitucional nº 95/2016, é objeto da ADI nº 5633, distribuída à Ministra Rosa Weber em 16/12/2016, e da ADI nº 5715, distribuída por prevenção à mesma relatora em 05/06/2017. As duas ações ainda estão pendentes de julgamento. Na primeira ação, ajuizada pela Associação dos Juízes Federais do Brasil – AJUFE, se questiona a falta de participação do Poder Judiciário na elaboração de norma de natureza orçamentária, em violação ao artigo 99 da Constituição, e, por consequência, à cláusula pétrea da separação dos Poderes. A segunda ADI, de autoria do Partido dos Trabalhadores, aponta vício formal no processo legislativo, bem como violação do limite material imposto pelo projeto constitucional, de efetivação de direitos sociais.

Seguindo a orientação do STF apresentada acima, no sentido da participação obrigatória dos Poderes na elaboração da LDO, devido ao texto do art. 99, § 1º, da Constituição, é possível imaginar que as normas da Emenda Constitucional nº 95/2016 sejam consideradas inconstitucionais, por violação à independência e autonomia do Poder Judiciário. Por outro lado, resta em aberto se o STF considerará que há uma efetiva violação a cláusula pétrea constitucional, requisito este essencial para a declaração de inconstitucionalidade de emenda à Constituição[14], ou se manterá hígido o Novo Regime Fiscal, por conta de que este foi criado através de norma constitucional.

As decisões do STF indicadas acima, bem como o novo ordenamento constitucional estabelecido pela EC 95/2016, são interessantes para a construção do raciocínio apresentado nesse artigo. Os precedentes do Supremo deixam claro que todos os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm – ou devem ter – alguma ingerência no processo de redação da lei de diretrizes orçamentárias. O art. 107 do ADCT em nada altera essa necessária ingerência, especialmente devido ao disposto nos parágrafos 7º e 9º, que permitem à LDO redistribuir os limites objetivos de despesa primária fixados no § 1º do mesmo artigo.

Considerando a necessária participação dos Poderes na redação da Lei de Diretrizes Orçamentárias, parece indiscutível que estes órgãos têm conhecimento prévio das normas previstas na LDO atinentes ao contingenciamento de despesas, podendo sugerir alterações na redação dessas normas. Portanto, caso percebam que eventual determinação de contingenciamento inviabilizaria as obrigações financeiras essenciais do órgão ou Poder, os órgãos dotados de autonomia orçamentária devem negociar com o Poder Executivo a alteração das

14 Vide, nesse sentido, as decisões proferidas pelo STF nas ADI 1.946 MC, rel. min. Sydney Sanches, j. 29-4-1999, P, DJ de 14-9-2001; e ADI 2.356 MC e ADI 2.362 MC, rel. p/ o ac. min. Ayres Britto, j. 25-11-2010, P, DJE de 19-5-2011.

normas sobre limitação de despesas, antes mesmo do envio do projeto de LDO ao Poder Legislativo. Caso não exerçam esse direito, não podem arguir que não têm condições para limitar os empenhos, se assim solicitados pelo Poder Executivo, nos moldes previstos no art. 9º da LRF, em conjunto com as regras da LDO anual.

3.3. A DECISÃO DO STF NA MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 34.483/RJ E AS DEMAIS DECISÕES QUE DETERMINAM A ADEQUAÇÃO DO DUODÉCIMO À RECEITA EFETIVAMENTE REALIZADA

Um terceiro grupo de decisões relevantes à análise efetuada nesse artigo se origina no Superior Tribunal de Justiça (STJ), e a estas decisões é possível hoje acrescentar a decisão do STF na Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.483/RJ[15]. O STJ, ao analisar casos em que o Poder Executivo repassou aos demais Poderes duodécimos em valor inferior ao originalmente orçado, em mais de uma ocasião entendeu que é correto o repasse de duodécimos a menor, quando a receita real for inferior à prevista na Lei Orçamentária Anual (LOA).

É o que se depreende do acórdão proferido no Recurso Especial nº 189.146/RN, julgado por unanimidade. Na decisão, os Ministros limitaram o duodécimo de uma Câmara Municipal à receita concretizada, como se lê na ementa:

> 2. A liberação contemplada no artigo 168, Constituição Federal, não é desordenada. Obedece ao sistema de programação de despesa, efetivando-se em favor da Câmara Municipal de forma parcelada em duodécimos, estabelecidos mensalmente e conformados à receita concretizada realmente mês a mês. Esse critério permite o equilíbrio, de modo que não sejam repassados recursos superiores a arrecadação ou com o sacrifício das obrigatórias despesas da responsabilidade do executivo. A liberação ou repasse não tem por base única a previsão orçamentária, devendo ser considerada a receita real. ...[16]

Idêntica é a orientação proferida no Recurso em Mandado de Segurança nº 10.181/SE, em que o STJ decidiu que "o quantum a ser efetivado [do duodécimo] deve ser proporcional à receita do ente público, até porque não se pode repassar mais do que concretamente foi arrecadado"[17]. Não se identificou recurso ao STF em nenhum dos dois casos, restando consolidadas as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça.

15 STF, MS 34483/RJ, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 13/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-174 DIVULG 07-08-2017 PUBLIC 08-08-2017.

16 STJ, REsp 189.146/RN, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 23/09/2002, p. 228.

17 STJ, RMS 10.181/SE, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/11/2000, DJ 05/02/2001, p. 72.

O Agravo em Recurso Especial nº 445.142/RO[18] e o Recurso Especial nº 318.085[19] levaram ao STJ casos semelhantes, e poderiam gerar uma jurisprudência mais atual daquela Corte sobre o tema. Contudo, esses recursos acabaram tendo seus seguimentos negados, pois no primeiro caso o recorrente não prequestionou adequadamente a matéria; e no segundo caso não foi demonstrada a divergência jurisprudencial.

No Agravo de Instrumento nº 1.160.946/MG também se debateu se o valor do duodécimo deveria tomar por base a receita realizada ou a prevista. O Tribunal *a quo* entendeu que o parâmetro deveria ser a receita realizada, e o STJ não decidiu a questão, pois, da forma como abordada a matéria pelo recorrente, esta seria de índole exclusivamente constitucional[20]. Não se identificou recurso para o STF.

Em decisão bem mais recente, o Supremo Tribunal Federal se alinhou à antiga jurisprudência do STJ: trata-se do Mandado de Segurança nº 34.483, através do qual o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) arguiu que teria o direito líquido e certo "[ao] repasse **integral** [de seu] duodécimo orçamentário [...] sempre até o vigésimo dia de cada mês"[21]. Salienta-se que o processo foi originariamente julgado pelo STF, por conta da competência fixada no art. 102, I, *n*, da Constituição, na medida em que todos os membros do TJRJ possuíam interesse econômico no julgamento do feito. Em acórdão da lavra do Min. Dias Toffoli, o STF deferiu parcialmente a medida cautelar, decidindo que:

> Mais recentemente, entretanto, em julgamento do MS nº 31.671/RN - submetido ao Plenário (porquanto anterior à alteração implementada pela Emenda Regimental nº 45/2011, em especial art. 9º, I, g, do RI/STF) –, os Ministros desta Suprema Corte, ao menos em sede cautelar, passaram a ponderar a necessidade de se adequar a previsão orçamentária à receita efetivamente realizada/arrecada pelo Poder Executivo para fins do direito ao repasse dos duodécimos aos demais Poderes e órgãos autônomos, sob o risco de se chegar a um impasse em sua execução.
>
> Note-se que a lei orçamentária, no momento de sua elaboração, declara uma expectativa do montante a ser realizado a título de receita, que pode ou não vir a acontecer no exercício financeiro de referência, sendo o Poder Executivo responsável por proceder à arrecadação conforme a política pública se desenvolva.
>
> É pela possibilidade de a receita prevista na lei orçamentária não

18 STJ, AREsp 445.142/RO, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 06/12/2013.

19 STJ, REsp 318.085, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 25/08/2008.

20 STJ, AI 1.160.946/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, decisão monocrática, DJ 06/08/2009.

21 Vide nota de rodapé nº 16. Trecho transcrito na p. 6 do acórdão, grifos no original.

> vir a se concretizar no curso do exercício financeiro que, na própria Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), instituiu-se o dever de cada um dos Poderes, **por ato próprio**, proceder aos ajustes necessários, com limitação de empenho (despesa), ante a frustração de receitas que inviabilize o cumprimento de suas obrigações (art. 9º). […]
>
> A questão surge, entretanto, diante da recusa de um Poder em proceder a essa autolimitação, porquanto foi suspensa, por força de decisão cautelar na ADI nº 2.238/DF, a eficácia do dispositivo que prescreve a possibilidade de o Poder Executivo, por ato unilateral, estipular medida de austeridade nas esferas dos demais Poderes e órgãos autônomos, nestes termos: […]
>
> Nos moldes do que decidido cautelarmente no MS nº 31.671/RN, voto pelo **deferimento parcial da medida liminar**, assegurando-se ao Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro o **direito de receber, até o dia 20 (vinte) de cada mês, em duodécimos, os recursos correspondentes às dotações orçamentárias, sendo facultado ao Poder Executivo do referido Estado-membro proceder ao desconto uniforme de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) da Receita Corrente Líquida prevista na Lei estadual nº 7.210/2016 (LOA) em sua própria receita e na dos demais Poderes e órgãos autônomos**, ficando ressalvada, além da possibilidade de eventual compensação futura, a revisão desse provimento cautelar caso **i)** não se demonstre o decesso na arrecadação no "relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida" - o qual o Poder Executivo se comprometeu a encaminhar à ALERJ no prazo de até 30 (trinta) dias da publicação da Lei estadual nº 7.483/2016 -; ou **ii)** não se confirme o decesso no percentual projetado de 19,6% (dezenove inteiros e seis décimos por cento) em dezembro/2016, também mediante "relatório detalhado com todos os recursos que compõem a Receita Corrente Líquida", ao qual, em todos os casos, deve ser conferida a mais ampla transparência e publicidade.[22]

Acompanhando o Ministro Relator, o Ministro Teori Zavascki destacou que não faz sentido que, diante de acentuado déficit orçamentário, um determinado Poder tenha seu duodécimo calculado pelo valor projetado, que é um valor irreal. Os demais integrantes da Segunda Turma do STF também acompanharam o Relator, à unanimidade.

É pertinente mencionar, ainda, que, após a publicação do acórdão, o TJRJ e o Estado do Rio de Janeiro celebraram acordo sobre o repasse dos duodécimos, que modificou ligeiramente o quanto decidido pelo STF, para permitir que o

22 Vide nota de rodapé nº 16. Trecho transcrito nas pp. 17-22 do acórdão, grifos no original, sublinhamos.

Poder Judiciário utilizasse valores depositados em um fundo para o pagamento de sua folha de salários, com posterior ressarcimento por parte do Poder Executivo. Este acordo, que foi homologado pelo Supremo, definiu, também, que o duodécimo devido ao Poder Judiciário, ao longo dos anos de 2016 e 2017, ficava limitado aos valores necessários para quitar a folha de pagamentos do Poder Judiciário. Por consequência, o acordo deu fiel cumprimento à orientação que foi apresentada como mais adequada no tópico 2 deste artigo, de não contingenciar despesas obrigatórias, tais como a decorrente de salários e subsídios.

Não obstante o acordo celebrado, o fato é que a Segunda Turma do STF decidiu que o valor do duodécimo deve ser calculado de acordo com a receita efetivamente realizada, e não com a receita projetada na Lei Orçamentária Anual, seguindo as orientações mais antigas do STJ. Essas decisões são coerentes com o princípio do equilíbrio orçamentário, na medida em que permitem a revisão das despesas no momento em que se percebe que a meta de arrecadação será frustrada.

Ricardo Lobo Torres classifica o equilíbrio orçamentário como princípio constitucional de legitimação, pois ele penetra em todos os princípios específicos. O autor define o princípio como "a equalização de receitas e de gastos, harmonia entre capacidade contributiva e legalidade e entre redistribuição de rendas e desenvolvimento econômico"[23], e esclarece que a Constituição não o proclama explicitamente, mas o recomenda em diversos dispositivos. O equilíbrio deve ser viabilizado pela legislação ordinária, no entender de Torres[24], ainda que a Emenda Constitucional nº 95/2016 tenha, de certa forma, constitucionalizado este princípio.

O equilíbrio orçamentário norteia todo o sistema implementado pela Lei de Responsabilidade Fiscal. Na linguagem do art. 1ª, § 1º, da Lei Complementar 101/2000, "a responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas". É bem o que ocorre quando se repassa os duodécimos de acordo com a receita real: são corrigidos os desvios capazes de afetar o equilíbrio orçamentário.

Percebe-se, portanto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça, hoje corroborada pelo Supremo Tribunal Federal, é coerente não só com o princípio constitucional do equilíbrio orçamentário, como também com o sistema vigente desde a publicação da Lei de Responsabilidade Fiscal.

É louvável a mudança de posicionamento do STF inaugurada pelo MS 34.483/RJ-MC. Há poucos anos, ainda que não houvesse acórdãos do STF que se debruçassem especificamente sobre a questão do repasse de duodécimos proporcionalmente à receita realizada, havia decisões monocráticas deferindo

23 TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3ª ed. RJ: Renovar, 2008. p. 173-174.

24 *Idem*, p. 182.

liminares, para que o repasse se desse de acordo com a receita prevista na lei orçamentária, e não com a receita efetivamente realizada[25]. Uma dessas decisões monocráticas, inclusive, foi proferida no Mandado de Segurança 31.671/RN, que foi citado pelo Min. Dias Toffoli ao longo de seu voto no MS 34.483 como o precedente em que se passou a permitir que o repasse dos duodécimos se desse de acordo com a receita realizada[26]. No MS 31.671, o colegiado modificou a orientação do juízo monocrático, limitando os valores a serem repassados ao Poder Judiciário à receita realizada. Contudo, o julgamento foi interrompido por pedido de vista, de modo que ainda não há um acórdão publicado neste caso.

Do julgamento da medida cautelar no MS 34.483, bem como da decisão proferida pelo Supremo na Ação Originária nº 1.079/RO[27] se depreende um requisito essencial para que o repasse dos duodécimos se dê de acordo com a receita realizada: o art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal estipula rito próprio para que se efetue a limitação de despesas, o qual deve ser seguido pelo Poder Executivo. De fato, havendo rito próprio para o contingenciamento, não há razão para se afastar dele. Nos casos julgados pelas decisões monocráticas indicadas acima, contudo, o rito próprio não foi obedecido.

Por consequência, conjugando-se todas as decisões analisadas neste tópico, percebe-se que o contingenciamento de despesas é instrumento colocado à disposição do Chefe do Poder Executivo, que deve ser utilizado para a manutenção do equilíbrio orçamentário. Não obstante, a forma de compatibilização deste instrumento com o princípio da separação dos Poderes está longe de ser tranquila. No tópico a seguir passa-se à análise de sugestões de como compatibilizar os dois princípios constitucionais.

4. FORMAS DE ASSEGURAR O CONTINGENCIAMENTO POR TODOS OS GESTORES DE RECURSOS PÚBLICOS

Conforme exposto na primeira parte desse artigo, é certo que os Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária têm a obrigação legal de promover as limitações de empenho, com base no *caput* do art. 9º da Lei Complementar 101/2000, segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias. Para que essa limitação se torne cogente, contudo, deve o chefe do Poder Executivo seguir detalhadamente o rito previsto no mencionado artigo, que é com-

25 Ricardo Lobo Torres denuncia o abuso do Poder Judiciário na interpretação do art. 168 da Constituição, conforme segue: "A medida [art. 168] traz em si nítida reação contra a centralização financeira do período autoritário. Mas caiu, pendularmente, no exagero oposto. Houve abuso na interpretação do art. 168 pelo Judiciário e pelo Legislativo, que entenderam ser o dia 20 o do pagamento dos vencimentos de seus funcionários, e não o da transferência de recursos." (*op. cit.*, p. 455).

26 STF, AO 1.935 MC/AP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão monocrática, DJe 25/09/2014; STF, MS 31.671 MC/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, DJe 21/11/2012; STF, RE 299.262/RN, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJ 22/10/2004.

27 STF, AO 1.079 MC/RO, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJe 16/06/2004.

plementado pela lei de diretrizes orçamentárias. Dessa forma, evita-se o efeito surpresa para os órgãos dotados de autonomia orçamentária, e não se afronta a autonomia financeira destes órgãos, pois todos teriam conhecimento prévio sobre a possibilidade de contingenciamento, na medida em que participaram da feitura da LDO, na forma da jurisprudência do STF analisada no tópico 3.2.

A Emenda Constitucional nº 95/2016 em nada modificou a possibilidade de elaboração conjunta da LDO. Não obstante, ao estabelecer limites individualizados para as despesas primárias para cada um dos órgãos dotados de autonomia orçamentária da União, aumentou a previsibilidade do orçamento disponível para estes órgãos nos exercícios subsequentes, e por consequência, assegurou o equilíbrio entre os Poderes, na medida em que todos passaram a ter possibilidade idêntica de crescimento orçamentário.

Por outro lado, a crítica da AJUFE na ADI 5633, de que não houve diálogo entre os Poderes para a redação da referida Emenda Constitucional, é pertinente. Contudo, é certo que as possibilidades de compensação entre os limites individuais de despesa estabelecidos no ADCT permite este diálogo, que permanecerá ocorrendo quando da elaboração das leis de diretrizes orçamentárias.

Portanto, ainda que o ajuizamento de duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a EC 95/2016 deixe transparecer que a tensão entre o equilíbrio orçamentário e a independência entre os Poderes não foi mitigada pelo advento da Emenda, parece certo que esta não piorou o cenário. Por outro lado, a mudança de orientação do STF, a partir da medida cautelar deferida no MS 34.483, em muito contribuiu para o reequilíbrio desta balança.

De fato, a decisão parte da premissa que, como os órgãos dotados de autonomia orçamentária aceitaram, ainda que tacitamente, a possibilidade de contingenciamento de despesas, espera-se que reduzam seus empenhos, se a tanto forem instados pelo Poder Executivo, na forma do art. 9º da LRF. Segundo Rubens Luiz Murga da Silva, em artigo que comenta o contingenciamento de despesas da União nos anos 2001 a 2003, logo após o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal os Poderes atenderam voluntariamente ao pleito do Poder Executivo Federal, reduzindo suas despesas[28]. No mesmo sentido, o voto proferido pelo Min. Dias Toffoli no MS 34.483/RJ – MC relata que, no âmbito federal, os contingenciamentos de receita e empenho operam em ambiente de diálogo entre o Poder Executivo e os demais Poderes e órgãos dotados de autonomia orçamentária[29]. Mas o que ocorre quando estes órgãos não atendem ao pleito do Poder Executivo?

Na eventualidade de um desses órgãos deixar de efetuar o contingenciamento de seus empenhos no prazo legal – 30 dias, nos termos do art. 9º da

28 SILVA, Rubens Luiz Murga da. A lei de responsabilidade fiscal e a limitação da despesa na administração pública federal. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 73-74, jul/set. 2004.

29 Vide nota de rodapé nº 16. Trecho transcrito na p. 18 do acórdão.

LRF – o Poder Executivo não pode efetuar o contingenciamento com base nos parâmetros da LDO, como originalmente previsto no parágrafo 3º do art. 9º da LRF, por força da decisão proferida na ADI/MC 2.238, em que se decidiu que este parágrafo afrontaria a autonomia financeira dos demais Poderes.

Na linha desta decisão do STF, Carlos Roberto Paganella e outros defendem que o parágrafo 3º seria inconstitucional porque não pode haver qualquer preponderância do Poder Executivo em face dos demais órgãos de Estado[30]. Não obstante, parece correto afirmar que, quando não ocorre o contingenciamento, acaba havendo a preponderância de todos os demais Poderes sobre o Executivo, pois todos se veem na plena execução de seus orçamentos, exceto o Executivo, que tem que arcar, sozinho, com os ônus decorrentes da frustração da receita originalmente orçada.

Nesse sentido, José Augusto Moreira de Carvalho, ao comentar o § 3º do art. 9º da LRF, afirma que "num primeiro estudo, parece exagerada a qualificação de superpoder, que insinuaria a dependência dos demais Poderes ao Executivo. Na verdade, a limitação dos valores financeiros deve seguir os critérios apresentados pela lei de diretrizes orçamentárias..."[31]. Contudo, o autor reconhece que a existência de uma norma que permite a um Poder imiscuir-se no orçamento do outro poderia provocar discórdias e desentendimentos.

A fim de evitar esse desequilíbrio, restaria ao Poder Executivo a adoção de medida judicial contra o chefe do órgão que não contingenciou as despesas, por descumprimento do art. 9º da LRF, conforme mencionado pelo Min. Sepúlveda Pertence nos debates da ADI/MC 2.238. Nesse mesmo sentido, Alexandre Morais da Rosa e Afonso Ghizzo Neto afirmam que:

> Aviva, pois, a necessidade de gestão compartilhada de dados fiscais, com vista à manutenção da credibilidade do ente estatal, podendo-se vislumbrar a necessidade de **insurgência, inclusive na via judicial, de um Poder sobre o outro**, objetivando a discussão sobre a legalidade de atos desprovidos de compatibilidade orçamentária, cabendo ao Poder Judiciário mediar a legitimidade das iniciativas e velar pelo fiel cumprimento da responsabilidade fiscal.[32]

É de se questionar: essa medida judicial não causaria ainda mais discórdias e desentendimentos? A resposta parece ser afirmativa, e o fato de não se identificar nos Tribunais Superiores nenhuma ação judicial que tenha esse tema por objeto corrobora essa assertiva.

---

30 PAGANELLA, Carlos Roberto; MACIEL, Heriberto Roos; LIMBERGER, Têmis. Considerações Jurídicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e Algumas Questões Atinentes ao Ministério Público. *In Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul* , v. 43, p. 257, 2000.

31 CARVALHO, José Augusto Moreira de. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes. *In Revista Tributária e de Finanças Públicas,* vol. 74, p. 64, Mai / 2007. DTR\2007\345

32 *Apud* CRUZ. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*, p. 40 – grifamos.

Para evitar a necessidade de propositura de uma ação judicial pelo Poder Executivo, a fim de garantir o cumprimento do art. 9º da LRF, deve-se retornar às decisões discutidas no tópico 3.3. Em uma interpretação apressada das decisões monocráticas do STF analisadas naquele tópico, poderia se concluir que, havendo o descumprimento do dever de contingenciamento, o Poder Executivo não poderia simplesmente reduzir os duodécimos para valor correspondente à receita efetivamente realizada, e não à receita orçada. Essa interpretação apressada deve ser desconstituída, pelos motivos apresentados a seguir.

Primeiramente, e como mencionado no tópico 3.3, o STJ entende legítimo o repasse dos duodécimos com base na receita efetivamente realizada, como forma de assegurar o equilíbrio orçamentário determinado pelo art. 1º, § 1º, da LRF. Por se tratar de matéria de índole legal, detalhadamente regulamentada na Lei de Responsabilidade Fiscal, seria sua a competência para julgar um eventual repasse de duodécimos a menor. Se inconstitucionalidade houvesse, esta seria meramente reflexa. Tanto é assim que a justificativa para o fato de o MS 34.483/RJ ter sido julgado no STF é sua competência originária, e não a matéria constitucional.

Em segundo lugar, a situação hipotética aqui analisada diverge dos casos julgados pelo STF em decisões monocráticas, na medida em que o Poder Executivo teria seguido o rito previsto no art. 9º da Lei de Responsabilidade Fiscal para o contingenciamento de despesas. Não obstante, o chefe do órgão dotado de autonomia orçamentária teria descumprido a regra do art. 9º. Portanto, não seria um simples corte de repasses, sem qualquer aviso prévio aos gestores de recursos públicos, mas uma reação ao descumprimento da lei por parte destes gestores.

Em terceiro lugar, o repasse dos duodécimos com base na receita efetivamente realizada diverge da limitação de empenhos prevista no § 3º do art. 9º da LRF, que foi declarado inconstitucional. Segundo esse parágrafo, o Poder Executivo seria "autorizado a limitar os valores financeiros segundo os critérios fixados pela lei de diretrizes orçamentárias". Note-se que a ingerência do Poder Executivo sobre os demais Poderes seria muito maior do que na situação hipotética em debate, pois a ele caberia se substituir ao órgão que descumpriu o dever de contingenciamento, definindo quais despesas seriam realizadas, e quais seriam contingenciadas. Havendo a simples redução dos repasses mensais, para assegurar o equilíbrio orçamentário, a ingerência nos demais Poderes é bem reduzida, pois compete ao chefe destes Poderes definir em que áreas ocorreria o corte de despesas.

Portanto, em uma situação extrema, de descumprimento do art. 9º da LRF pelos titulares dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, poderia o Poder Executivo reduzir os repasses mensais, proporcionalmente à receita realizada, sem afrontar a orientação do STF na ADI/MC 2.238, segundo a qual o parágrafo

3º daquele artigo é inconstitucional. Nesse sentido, aliás, é a orientação de Weder de Oliveira:

> Aliás, a partir do momento em que o Poder Executivo define o montante que compete a cada instituição limitar, seguindo as estritas regras da lei de diretrizes orçamentárias, **já estaria, pela LDO e pelo sistema da LRF, autorizado a reduzir os repasses financeiros, pois somente assim, com essa redução, seria viável o alcance da meta de resultado fiscal**. A limitação é legitimada pela comprovação de sua necessidade para o cumprimento da meta,...[33]

É provável, contudo, o questionamento judicial desse ato administrativo do Poder Executivo, mas o precedente da medida cautelar no MS 34.483/RJ é indicativo de que os Tribunais Superiores se manifestariam favoravelmente à limitação dos repasses.

Não obstante, em uma postura mais conservadora por parte do Poder Executivo, e diante da declaração de inconstitucionalidade do § 3º do art. 9º da LRF na ADI/MC 2.238, a propositura de ação judicial por parte deste, questionando o não cumprimento voluntário do art. 9º pelos demais órgãos dotados de autonomia orçamentária se mostra possível. Mas qual seria a medida judicial cabível?

A violação ao art. 9º, apesar de não ser tipificada dentre os crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H do Código Penal), pode ser caracterizada como ato de improbidade administrativa, conforme o art. 73 da LRF, combinado com a Lei 8.429/92. Contudo, como já mencionado, não se identificou nenhum precedente nos Tribunais Superiores que tenha discutido especificamente essa situação.

Ademais, a conduta de "deixar de expedir ato determinando limitação de empenho e movimentação financeira, nos casos e condições estabelecidos em lei" configura "infração administrativa contra as leis de finanças públicas", punível com multa de trinta por cento dos vencimentos anuais do agente que lhe der causa, de sua responsabilidade pessoal. É o que está estipulado no art. 5º, inciso III, § 1º, da Lei 10.028/2000. Essa infração deve ser processada e julgada pelo Tribunal de Contas ao qual competir a fiscalização da pessoa de direito público envolvida, conforme o § 2º do mesmo artigo.

Tanto a ação de improbidade administrativa, quanto a imposição de multa pelo Tribunal de Contas são medidas que objetivam punir o gestor público pelo mau uso dos recursos, mas essas medidas não têm por escopo assegurar o imediato contingenciamento das despesas. Por consequência, a situação pontual daquele ente da Federação que pretende readequar suas despesas à nova realidade de uma receita realizada inferior à orçada não se resolve através dessas medidas.

33 OLIVEIRA, Weder. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum. 2013. p. 787. Grifamos.

Por outro lado, pode ser aventada a possibilidade de impetração de mandado de segurança ou ajuizamento de ação ordinária por omissão do chefe do Poder que não contingenciou as despesas, instrumento esse muito mais célere do que as duas medidas apresentadas acima. A ação teria por finalidade obter a ordem judicial de contingenciamento das despesas, a qual deveria ser cumprida pelo chefe do Poder, sob pena de multa. Também almejaria a autorização para que o Poder Executivo, de pronto, efetuasse repasses financeiros menores, de acordo com os valores que devem ser contingenciados, seguindo a jurisprudência inaugurada pelo MS 34.483/RJ.

Curiosamente, a ingerência dessa medida sobre o orçamento do órgão dotado de autonomia orçamentária é igual ou maior do que a ingerência do Poder Executivo, nos casos em que este repassa os duodécimos proporcionalmente à receita realizada: o chefe do órgão acaba recebendo menos recursos financeiros, e ainda se vê compelido a cortar as despesas, sob pena de descumprir ordem judicial. Contudo, a ingerência, neste caso, parte do Poder Judiciário, que dá a ordem judicial, e não do Executivo. Retira-se, portanto, do Poder Executivo espaço para executar a atribuição que é sua por excelência, qual seja, a gestão dos recursos públicos[34].

4. CONCLUSÕES

Por todo o exposto, é evidente que a questão proposta é complexa, e que há mais de uma alternativa para compatibilizar o princípio do equilíbrio orçamentário com o princípio da independência e autonomia dos Poderes, no caso de necessidade de contingenciamento de despesas. As seguintes alternativas foram debatidas e propostas ao longo deste trabalho:

- Em uma situação ideal, o Poder Executivo comunica aos órgãos dotados de autonomia orçamentária a necessidade de contingenciamento, e estes imediatamente cumprem as obrigações estipuladas pelo art. 9º da LRF, em conjunto com a LDO em vigor.
- Nos casos em que o órgão não cumpre as obrigações previstas no art. 9º, uma medida enérgica deve ser tomada para preservar o equilíbrio orçamentário. Não basta pleitear a futura punição do gestor público, tal como ocorre com o ajuizamento de ação de improbidade ou com a imposição de multa pelo Tribunal de Contas, pois estas medidas não equacionam o desequilíbrio orçamentário.
- A solução originalmente dada pela Lei de Responsabilidade Fiscal em

34 Régis Fernandes de Oliveira, ao debater o § 3º do art. 9º da LRF, traz comentário pertinente sobre esta atribuição do Poder Executivo: "o que a lei está dispondo é sobre a competência do Executivo, que detém o controle do orçamento que, no caso de descumprimento de normas, tal como previsto na Lei de Diretrizes Orçamentárias, é que pode ele efetuar a redução" (*apud* CARVALHO. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes).

seu art. 9º, § 3º, parecia compatibilizar bem os princípios do equilíbrio orçamentário e da independência dos Poderes, pois havia a ingerência do Poder Executivo somente em casos de descumprimento da lei pelo outro órgão. Não obstante, acabou sendo declarada inconstitucional pelo STF.

- Considerando que a Emenda Constitucional nº 95/2016 – ainda que tenha estabelecido limites individuais, por órgão dotado de autonomia orçamentária, para as despesas primárias – não chegou a resolver a questão do contingenciamento, um dispositivo constitucional sobre a matéria seria uma boa proposta, uma vez que indiscutivelmente mitigaria a tensão entre equilíbrio orçamentário e autonomia dos Poderes.
- A solução acolhida pelo STJ, e hoje corroborada pela Segunda Turma do STF, de permitir o repasse dos duodécimos proporcionalmente à receita realizada, se usada exclusivamente nos casos de descumprimento do *caput* do art. 9º da LRF pelos órgãos dotados de autonomia orçamentária, também equilibra bem esses princípios, pois diminui o repasse de recursos, mas permite ao órgão a plena gestão dos recursos reduzidos. Esta parece ser a melhor alternativa caso o Poder Executivo necessite contingenciar as despesas.
- Por fim, a solução que coloca todo o peso do processo decisório ao encargo do Poder Judiciário, com o ajuizamento de ação para garantir o cumprimento do art. 9º, também assegura o equilíbrio dos dois princípios. Ademais, essa certamente é a solução mais segura para o Poder Executivo, pois este divide o ônus político de impor o contingenciamento das despesas com o Poder Judiciário. Não obstante, essa solução parece ser menos adequada, não só porque o Judiciário acaba se substituindo ao Poder Executivo na gestão dos recursos públicos, como também por tornar o procedimento de contingenciamento de despesas mais demorado, ao acrescer a este o tempo necessário para o ajuizamento da ação e obtenção da tutela jurisdicional.

De qualquer forma, parece certo que a questão do contingenciamento de despesas dos órgãos dotados de autonomia orçamentária, da forma como vem sendo tratada, está causando um claro desequilíbrio entre os Poderes, na medida em que o único Poder que se vê obrigado a contingenciar as despesas é o Poder Executivo. Não se tem notícias de ordens que determinem o contingenciamento por parte dos demais, que acabam gastando recursos que não chegaram a ser arrecadados.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, José Augusto Moreira de. A Lei de Responsabilidade Fiscal sob a ótica dos princípios federativo e da separação de poderes. *In Revista Tributária e de Finanças Públicas,* vol. 74, p. 64, Mai/ 2007. DTR\2007\345.

CRUZ, Flávio da; VICCARI JR., Adauto; HERZMANN, Nélio. *Lei de Responsabilidade Fiscal Comentada*. 7ª ed. SP: Atlas, 2011.

GREGGIANIN, Eugênio. A Lei de Responsabilidade Fiscal e as Despesas Orçamentárias dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. *Cadernos Aslegis*, v. 4, n. 11, maio/ago 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Comentários à Lei de Responsabilidade Fiscal*. 5ª ed. SP: Saraiva, 2011.

OLIVEIRA, Weder. *Curso de Responsabilidade Fiscal*. Vol. I. Belo Horizonte: Fórum. 2013.

PAGANELLA, Carlos Roberto; MACIEL, Heriberto Roos; LIMBERGER, Têmis. Considerações Jurídicas sobre a Lei de Responsabilidade Fiscal e Algumas Questões Atinentes ao Ministério Público. *In Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, v. 43, p. 237-294, 2000.

SILVA, Rubens Luiz Murga da. A lei de responsabilidade fiscal e a limitação da despesa na administração pública federal. *In Revista CEJ*, Brasília, n. 26, p. 69-78, jul/set. 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, vol. V, 3ª ed. RJ: Renovar, 2008.

OPORTUNIDADE DE PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO EM FAVOR DOS ESTADOS: A REVISÃO DA BASE DE CÁLCULO DO PASEP E A RECUPERAÇÃO DE VALORES PAGOS A MAIOR A ESTE TÍTULO

Henrique Rocha Fraga [1]

RESUMO

Os entes públicos devem apurar a contribuição para o PIS/PASEP com base nas receitas arrecadadas e nas transferências correntes e de capital recebidas, devendo ser deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas. A Solução de Consulta n° 278 da RFB vedou a dupla incidência do PASEP nas operações de repasses do FUNDEB. Assim, os repasses ao FUNDEB devem ser excluídos da base de cálculo do PASEP.

1. INTRODUÇÃO

Apesar de expressa previsão constitucional e a existência de normais legais regulamentando a contribuição para o PASEP dos entes públicos, controvérsias ainda existem a respeito da interpretação e da aplicação da legislação tributária, bem como cumprimento desta obrigação pelos entes federativos.

Uma das discussões a respeito desta obrigação tributária é o valor devido a título de PASEP sobre as receitas do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação).

Há anos, Estados e Municípios divergem da União a respeito do valor devido a cada Ente, sustentando que os valores do PASEP deveriam ser cobrados sobre os valores efetivamente recebidos do FUNDEB pelo Ente, e não sobre a totalidade destinada as demais entidades da Federação. Já a Receita Federal do Brasil, representando a União, sempre entendeu que o PASEP deveria incidir sobre a totalidade dos recursos alocados ao FUNDEB, independentemente se tais valores são efetivamente recebidos ou transferidos a outros entes públicos.

Em 01 de junho de 2017, enfim, essa controvérsia caminhou para sua pacificação. Isso porque, na referida data foi editada a Solução de Consulta n° 278 – COSIT[2], da Receita Federal do Brasil, **garantindo-se aos entes públicos**

1 Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado e Professor Universitário. Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes RJ. Ex-Procurador dos Municípios do Rio de Janeiro/RJ e de Vitória/ES. E-mail: henrique@rochaefraga.com.br.

2 BRASIL, Receita Federal do. Solução de Consulta COSIT nº 278, de 01 de junho de 2017. Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anota-

o direito de excluir da base de cálculo do PASEP, os valores transferidos ao FUNDEB.

Com a edição da referida Solução de Consulta n° 278, de 01 de junho de 2017[3], os entes públicos tiveram a **possibilidade de modificação da base de cálculo do PASEP em relação aos fatos geradores posteriores a edição do ato normativo**, garantindo-se a todos os entes federados o direito de **deduzir da contribuição devida ao PASEP, as receitas transferidas para o FUNDEB. de 01 de junho de 2017.**

Acontece que a edição da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB representa uma **alteração na interpretação da Receita Federal Brasil em relação ao tema.** E reformula expressamente entendimento firmado na Solução de Divergência n° 02, de 10 de fevereiro de 2009[4], e na Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011[5], em que **não** se permitia a exclusão das receitas para o FUNDEB da base de cálculo da contribuição devida ao PASEP.

Assim, inobstante o caráter pacificador da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB[6], a edição deste recente ato normativo da Receita Federal representa uma mudança de entendimento a respeito da base de cálculo do PASEP, fazendo surgir alguns questionamentos que devem ser enfrentados, sendo os principais:

I. Quem pode se beneficiar desta manifestação da Receita? Apenas o consulente ou todos os contribuintes na mesma situação?
II. Como ficam os valores pretéritos pagos a maior?
III. É possível a repetição do indébito tributário?
IV. Qual o período a ser alcançado pela repetição?
V. E essa repetição, pode ser feita de forma administrativa? Ou deve ser feita de forma judicial?

A presente situação jurídica e o enfrentamento destes questionamentos são objetos do presente estudo.

Para encontrar as soluções adequadas para as indagações aqui levantadas, indispensável analisar corretamente os conceitos da base de cálculo do PIS/PASEP, das receitas do FUNDEB, e depois se debruçar sobre os atos normativos da Receita Federal a respeito do assunto, buscando interpretá-los adequadamente e analisar seu alcance.

---

do&idAto=83446>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

3 *Ibidem.*

4 BRASIL, Receita Federal do. Solução de Divergência n° 02, de 10 de fevereiro de 2009 e Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59389&visao=anotado>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

5 *Ibidem.*

6 *Ibidem.*

2. A BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS/PASEP

O PASEP constitui contribuição à seguridade social destinada à formação do patrimônio do servidor público, instituída pela Lei Complementar n° 8, de 3 de dezembro de 1970[7]. A partir da Constituição Federal de 1988, restou estipulado que os recursos oriundos de tal tributo também iriam financiar o programa do seguro-desemprego e o abono salarial.

Atualmente, a contribuição para o PIS/PASEP dos entes públicos é regida pela Lei Federal n° 9.715, de 25 de novembro de 1998[8], e regulamentada pelo Decreto n° 4.524, de 17 de dezembro de 2002[9].

Preliminarmente, indispensável se identificar o **sujeito passivo** da obrigação tributária de recolhimento do PIS/PASEP. Segundo a Lei 9.715 de 1998[10], são contribuintes do PASEP as pessoas jurídicas de direito público interno, cujo conceito é dado pelo Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002[11]):

> *Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:*
>
> *I - a União;*
>
> *II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;*
>
> *III - os Municípios;*
>
> *IV - as autarquias, inclusive as associações públicas;*
>
> *(Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)*
>
> *V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.*

Para se identificar a **base de cálculo** da Contribuição para o PIS/Pasep dos entes públicos em geral, bem como algumas de suas regras específicas, importante analisar o conceito dado pela Lei nº 9.715, de 1998[12], *in verbis*:

> *Art. 2º A contribuição para o PIS/PASEP será apurada mensalmente:*
>
> *(...)*
>
> ***III - pelas pessoas jurídicas de direito público interno, com base no valor mensal das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.*** *(grifo nosso)*

7 BRASIL. Lei Complementar n. 8, de 3 de dez. de 1970. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1970.

8 BRASIL. Lei Federal n. 9.715, de 25 de nov. de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências. , Brasília, DF, nov 1998.

9 BRASIL. Decreto n. 4.524, de 17 de dez. de 2002. Regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral. Brasília, DF, dez 2002.

10 *Ibidem*

11 BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan 2002.

12 *Ibidem*

> *(...)*
>
> *§ 3º Para determinação da base de cálculo, não se incluem, entre as receitas das autarquias, os recursos classificados como receitas do Tesouro Nacional nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União. (grifo nosso)*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º A Secretaria do Tesouro Nacional efetuará a retenção da contribuição para o PIS/PASEP, devida sobre o valor das transferências de que trata o inciso III. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001) § 7o Excluem-se do disposto no inciso III do caput deste artigo os valores de transferências decorrentes de convênio, contrato de repasse ou instrumento congênere com objeto definido. (Incluído pela Lei nº 12.810, de 2013)*
>
> *(...)*
>
> *Art. 7º Para os efeitos do inciso III do art. 2º, nas receitas correntes serão incluídas quaisquer receitas tributárias, ainda que arrecadadas, no todo ou em parte, por outra entidade da Administração Pública, e deduzidas as transferências efetuadas a outras entidades públicas. (grifo nosso).*
>
> *Art. 8º A contribuição será calculada mediante a aplicação, conforme o caso, das seguintes alíquotas:*
>
> *(...)*
>
> *III - um por cento sobre o valor das receitas correntes arrecadadas e das transferências correntes e de capital recebidas.*

Analisando-se a legislação, verifica-se que a base de cálculo do PIS/PASEP é composta por **receitas correntes**, **transferências correntes** e **transferências de capital**. E para se entender o conceito de cada uma destas receitas, deve-se analisar a Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964[13], que trata de conceituar, caracterizar e distinguir cada uma destas fontes de recursos que compõem a base de cálculo deste tributo (PIS/PASEP). Assim, segundo a Lei n° 4.320 de 1964[14]:

> *Art. 11 - A receita classificar-se-á nas seguintes categorias econômicas: Receitas Correntes e Receitas de Capital. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.939, de 1982)*
>
> *§ 1º São Receitas Correntes as receitas tributária, de contribuições, patrimonial, agropecuária, industrial, de serviços e outras e, ainda,*

13 BRASIL. Lei 4.320, de 17 de mar de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF, mar 1964.

14 *Ibidem*

> *as provenientes de recursos financeiros recebidos de outras pessoas de direito público ou privado, quando destinadas a atender despesas classificáveis em Despesas Correntes.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 12. A despesa será classificada nas seguintes categorias econômicas:*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º Classificam-se como Transferências Correntes as dotações para despesas as quais não corresponda contraprestação direta em bens ou serviços, inclusive para contribuições e subvenções destinadas a atender à manifestação de outras entidades de direito público ou privado.*
>
> *(...)*
>
> *§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública.*

Nos termos da Lei nº 9.715, de 1998[15], a base de cálculo da Contribuição para o PIS/PASEP incidente sobre Receitas Governamentais corresponde às receitas correntes **arrecadadas** e às transferências correntes e de capital **recebidas** pelas pessoas jurídicas de direito público interno.

A controvérsia está em **incluir** ou **não** na base de cálculo do PASEP os valores que tem natureza tributária, mas que são transferidos a outras entidades públicas, por força do princípio constitucional da repartição das receitas tributárias.

3. O FUNDO DE MANUTENÇÃO E DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO BÁSICA E DE VALORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS DE EDUCAÇÃO – FUNDEB

O Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação, mais comumente conhecido como FUNDEB, está previsto no art. 202 da Constituição Federal[16] e no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)[17], e é regulado pela Lei nº 11.494, de

15 *Ibidem*

16 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

17 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, Senado, 1998.

20 de junho de 2007[18], e pelo Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007[19].

A Lei n. 11.494/07[20] regulamenta o FUNDEB, como substituto do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF), que vigorou de 1997 a 2006, e que se estenderá até o ano de 2020, sendo um compromisso do Brasil com a educação básica.

O referido Fundo se constitui de receitas de todos os entes federados, e os recursos ali aportados são posteriormente distribuídos a cada ente federado. Por conta destas características, o FUNDEB não tem personalidade jurídica, mas sim natureza meramente contábil.

As receitas do FUNDEB são compostas da parcela de participação dos Estados, Distrito Federal e Municípios, das receitas listadas no art. 3º da Lei nº 11.494, de 2007[21], e da parcela de complementação da União prevista no art. 60 do ADCT[22] e no art. 4º do mesmo diploma normativo. Para se entender a sistemática deste Fundo, deve-se destacar a legislação em vigor a respeito do tema, *in verbis*:

> ***ADCT, art. 60***
>
> *Art. 60. Até o 14º (décimo quarto) ano a partir da promulgação desta Emenda Constitucional, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarão parte dos recursos a que se refere o caput do art. 212 da Constituição Federal à manutenção e desenvolvimento da educação básica e à remuneração condigna dos trabalhadores da educação, respeitadas as seguintes disposições:*
>
> *I - a distribuição dos recursos e de responsabilidades entre o Distrito Federal, os Estados e seus Municípios é assegurada mediante a criação, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de um Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de natureza contábil;*
>
> *II - os Fundos referidos no inciso I do caput deste artigo serão constituídos por 20% (vinte por cento) dos recursos a que se referem os incisos I, II e III do art. 155; o inciso II do caput do art. 157; os incisos II, III e IV do caput do art. 158; e as alíneas a e b do inciso I e o inciso*

18 BRASIL. Lei n. 11.494, de 20 de jun. de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei nº 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nºs 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília, DF, jun 2007.

19 BRASIL, Decreto n. 6.253, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, regulamenta a Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov 2007.

20 *Ibidem*

21 *Ibidem*

22 *Ibidem*

II do caput do art. 159, todos da Constituição Federal, e distribuídos entre cada Estado e seus Municípios, proporcionalmente ao número de alunos das diversas etapas e modalidades da educação básica presencial, matriculados nas respectivas redes, nos respectivos âmbitos de atuação prioritária estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

(...)

IV - os recursos recebidos à conta dos Fundos instituídos nos termos do inciso I do caput deste artigo serão aplicados pelos Estados e Municípios exclusivamente nos respectivos âmbitos de atuação prioritária, conforme estabelecido nos §§ 2º e 3º do art. 211 da Constituição Federal;

V - a União complementará os recursos dos Fundos a que se refere o inciso II do caput deste artigo sempre que, no Distrito Federal e em cada Estado, o valor por aluno não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado em observância ao disposto no inciso VII do caput deste artigo, vedada a utilização dos recursos a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal;

(...)

VII - a complementação da União de que trata o inciso V do caput deste artigo será de, no mínimo:

(...)

Lei nº 11.494, de 2007

CAPÍTULO II
DA COMPOSIÇÃO FINANCEIRA
Seção I
Das Fontes de Receita dos Fundos

Art. 3º Os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, são compostos por 20% (vinte por cento) das seguintes fontes de receita:

I - imposto sobre transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos previsto no inciso I do caput do art. 155 da Constituição Federal;

II - imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação previsto no inciso II do caput do art. 155 combinado com o inciso IV do caput do art. 158 da Constituição Federal;

III - imposto sobre a propriedade de veículos automotores previsto no inciso III do caput do art. 155 combinado com o inciso III do caput do art. 158 da Constituição Federal;

IV - parcela do produto da arrecadação do imposto que a União eventualmente instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo inciso I do caput do art. 154 da Constituição Federal prevista no inciso II do caput do art. 157 da Constituição Federal;

V - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre a propriedade territorial rural, relativamente a imóveis situados nos Municípios, prevista no inciso II do caput do art. 158 da Constituição Federal;

VI - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal – FPE e prevista na alínea a do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza e do imposto sobre produtos industrializados devida ao Fundo de Participação dos Municípios – FPM e prevista na alínea b do inciso I do caput do art. 159 da Constituição Federal e no Sistema Tributário Nacional de que trata a Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966;

VIII - parcela do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados devida aos Estados e ao Distrito Federal e prevista no inciso II do caput do art. 159 da Constituição Federal e na Lei Complementar nº 61, de 26 de dezembro de 1989; e

IX - receitas da dívida ativa tributária relativa aos impostos previstos neste artigo, bem como juros e multas eventualmente incidentes.

(...)

Seção II

Da Complementação da União

Art. 4º A União complementará os recursos dos Fundos sempre que, no âmbito de cada Estado e no Distrito Federal, o valor médio ponderado por aluno, calculado na forma do Anexo desta Lei, não alcançar o mínimo definido nacionalmente, fixado de forma a que a complementação da União não seja inferior aos valores previstos no inciso VII do caput do art. 60 do ADCT.

(...)

CAPÍTULO III

DA DISTRIBUIÇÃO DOS RECURSOS

Seção I

Disposições Gerais

> *Art. 8º A distribuição de recursos que compõem os Fundos, no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, dar-se-á, entre o governo estadual e os de seus Municípios, na proporção do número de alunos matriculados nas respectivas redes de educação básica pública presencial, na forma do Anexo desta Lei.*

Analisando-se o conceito do FUNDEB dado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional em vigor, observa-se que suas receitas são compostas de participação direta de cada Ente, mas também de transferências ocorridas entre os Entes Federados.

Como as receitas que compõem o FUNDEB tem origem tributária, e como base de cálculo do PASEP é composta por todas as receitas correntes de natureza tributária dos Entes Públicos, não há dúvidas de que as receitas do FUNDEB compõem a base de cálculo da contribuição ao PASEP.

A controvérsia está em compreender como os recursos do FUNDEB compõem a base de cálculo do PASEP e quem é o ente responsável por tal recolhimento.

4. OS RECURSOS DO FUNDEB E A BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASEP. MUDANÇA DE ENTENDIMENTO DA RECEITA FEDERAL A RESPEITO DOS RECURSOS DO FUNDEB COMO BASE DE CÁLCULO DO PIS/PASEP

Entendidos os conceitos da base de cálculo do PIS/PASEP e das receitas do FUNDEB, deve-se analisar como as receitas do FUNDEB devem ser consideradas como base de cálculo do PIS/PASEP.

No entender de Estados e Municípios, uma vez que suas receitas são compostas não só por receitas próprias, mas também pelas transferidas pelos demais Entes Federados, há dúvida na base de cálculo do PASEP em relação a tais receitas, uma vez que os valores destinados aos entes federados pela União não correspondem com os valores efetivamente recebidos pelos mesmos, em virtude dos critérios de distribuição estabelecidos pela Lei 11.494/2007[23].

Sustentam Estados e Municípios que a base de cálculo do PASEP deve incidir sobre as receitas efetivamente recebidas e não a quantia alocada quando do repasse de verbas pela União, como ora acontece com o FUNDEB.

Assim, o valor devido a título de PASEP deve incidir sobre o valor que os entes efetivamente recebem do FUNDEB e não sobre o valor alocado. Com esse raciocínio, o PASEP incidente sobre o FUNDEB seria de responsabilidade do ente recebedor dos recursos, devendo-se excluir essa obrigação do Ente transferidor.

Segundo este entendimento, nos termos do inciso III do art. 2º da Lei nº 9.715, de 1998[24], deveria o ente transferidor excluir os valores transferidos de sua base de cálculo da Contribuição para o PIS/Pasep incidente sobre Receitas

23 *Ibidem*
24 *Ibidem*

Governamentais e o ente beneficiário dos recursos deveria incluir tais montantes na base de cálculo da sua contribuição.

Esse é o entendimento defendido pelos Entes Públicos há anos. Ocorre que, a Receita Federal assim não entendia, impedindo que Entes Públicos excluíssem da base de cálculo do PIS/PASEP as receitas destinadas ao FUNDEB.

Entretanto, a partir de 01 de junho de 2017, por meio da edição da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB[25], a Receita Federal do Brasil passou a permitir a **exclusão da base de cálculo do PASEP, as receitas alocadas para o FUNDEB.**

A edição da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB[26] representa uma **alteração na interpretação da Receita Federal Brasil em relação ao tema.** E reformula expressamente entendimento firmado na Solução de Divergência n° 02, de 10 de fevereiro de 2009[27], e na Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011[28], em que **não** se permitia a exclusão das receitas para o FUNDEB da base de cálculo da contribuição devida ao PASEP.

Com essa mudança de entendimento por parte da Receita Federal do Brasil, a partir de junho de 2017, abriu-se uma oportunidade para os Entes Públicos calcularem o valor devido a título de PASEP deduzindo-se o valor transferido ao FUNDEB. Pela sua importância, transcreve-se o item 21.3.3 da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB, de 01 de junho de 2017[29]:

> *FUNDEB*
>
> *21.1. O FUNDEB está previsto no art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) e regulado pela Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007, e pelo Decreto nº 6.253, de 13 de novembro de 2007. Ele se constitui de fundos de âmbito*
>
> *estadual e meramente contábeis, ou seja, esses fundos apenas distribuem os recursos a eles aportados.*
>
> *21.2. As fontes de financiamento do FUNDEB compõem se da parcela de participação dos estados, Distrito Federal e municípios, das receitas listadas no art. 3º da Lei nº 11.494, de 2007, e da parcela de complementação da União prevista no art. 60 do ADCT e no art. 4º do mesmo diploma normativo. Abaixo, apresentam-se os trechos da legislação considerados essenciais para o entendimento da sistemática do fundo:*
>
> *(...)*

25 *Ibidem*
26 *Ibidem*
27 *Ibidem*
28 *Ibidem*
29 *Ibidem*

> *21.3. Em linhas gerais, tanto a participação como a complementação dos recursos do FUNDEB são transferências intergovernamentais constitucionais operacionalizadas de modo indireto, já que é criado um fundo meramente contábil para distribuir recursos a diversas entidades, devendo seguir a regra das transferências constitucionais e/ou legais já exposta nesse trabalho. Portanto, seus recursos devem ser inseridos na base de cálculo do ente recebedor (o ente que efetivamente receber as receitas do FUNDEB) e o ente transferidor deve excluir de sua base de cálculo os valores repassados. Tendo em vista a complexidade da sistemática de transferência dos diversos recursos que compõem o fundo, apresentasse o tratamento tributário a ser dado para cada espécie de receita do FUNDEB:*
>
> *(...)*
>
> *21.3.3. Quanto às parcelas de participação das receitas próprias dos Estados, DF e Municípios transferidas ao FUNDEB, os entes transferidores devem excluir de sua base de cálculo os valores repassados ao fundo, em razão da parte final do art. 7º da Lei nº 9.715, de 1998. Tais valores sofrerão a incidência da contribuição quando os entes beneficiados receberem os recursos distribuídos por meio do fundo."*

Com a edição da referida Solução de Consulta n° 278, de 01 de junho de 2017[30], não há mais dúvidas a respeito da **possibilidade de modificação da base de cálculo do PASEP em relação aos fatos geradores posteriores a edição do ato normativo**, garantindo-se a todos os entes federados o direito de **deduzir da contribuição devida ao PASEP, as receitas transferidas para o FUNDEB.**

Tal direito decorre da força vinculativa dos atos normativos denominados "Solução de Consulta". A denominada Solução de Consulta é o instrumento para o esclarecimento de dúvidas a respeito da interpretação da legislação tributária, e a partir de sua publicação, **tem efeito vinculante** para a Receita Federal do Brasil e para todos os demais sujeitos passivos que se enquadrem na hipótese por ela apreciada, **independente de ser o consulente.**

Esse é o entendimento previsto expressamente no art. 9° da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013 (com a redação dada pela Instrução Normativa n° 1.434, de 30 de dezembro de 2013)[31], que regulamenta o processo de consulta no âmbito da Receita Federal do Brasil:

30 *Ibidem*

31 BRASIL, Receita Federal do. Instrução Normativa n. 1.396, de 16 de set. de 2013. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Brasília, DF, set 2013. Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=46030>.

> *Art. 9º A Solução de Consulta Cosit e a Solução de Divergência, a partir da data de sua publicação, têm efeito vinculante no âmbito da RFB, respaldam o sujeito passivo que as aplicar,* ***independentemente de ser o consulente****, desde que se enquadre na hipótese por elas abrangida, sem prejuízo de que a autoridade fiscal, em procedimento de fiscalização, verifique seu efetivo enquadramento.*

Assim, em decorrência dos efeitos vinculantes da Solução de Consulta e com base no art. 9° da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013 (com a redação dada pela Instrução Normativa n° 1.434, de 30 de dezembro de 2013)[32], o entendimento firmado na Solução de Consulta n° 278, de 01 de junho de 2017[33], alcança e beneficia todos os entes federados que pagaram ou pagam o PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB, garantindo-se a esses a alteração da base de cálculo da referida contribuição.

Entretanto, como a edição da Solução de Consulta n° 278, de 01 de junho de 2017[34], representa uma mudança de entendimento a respeito da base de cálculo do PASEP, **como ficam os valores pagos a maior**? É possível a repetição do indébito tributário? Qual o período a ser alcançado pela repetição? E essa repetição, pode ser feita de forma administrativa? Ou deve ser feita de forma judicial?

Mais uma vez, as respostas a estas indagações estão na força vinculativa dos atos normativos de "Solução de Consulta".

Como a Solução de Consulta visa dirimir dúvida sobre a interpretação da legislação tributária, uma vez publicada, o entendimento ali firmado vincula a Administração e todos os sujeitos passivos que se enquadram na hipótese apreciada, **atingindo inclusive aos fatos gerados pretéritos,** desde que o entendimento ali firmado represente uma alteração de entendimento de Solução de Consulta anterior, e que tal mudança seja favorável ao sujeito passivo.

Neste sentido, assim dispõe o art. 17 da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013[35]:

> *Art. 17. Na hipótese de* ***alteração de entendimento expresso em Solução de Consulta*** *sobre interpretação da legislação tributária e aduaneira, a nova orientação alcança apenas os fatos geradores que ocorrerem depois da sua publicação na Imprensa Oficial ou depois da ciência do consulente,* ***exceto se a nova orientação lhe for mais favorável, caso em que esta atingirá, também, o período abrangido pela solução anteriormente dada.*** *(grifo nosso)*

Pela força vinculante das Soluções de Consulta e de Divergência, até a edição da Solução de Consulta n° 278/2017[36], os entes públicos estavam obrigados

32 *Ibidem*
33 *Ibidem*
34 *Ibidem*
35 *Ibidem*
36 *Ibidem*

a pagar o valor devido ao PASEP, sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB. Isto porque, as Soluções de Divergência n° 02/2009 e 12/2011[37], não permitiam tal exclusão.

Entretanto, com a mudança de posicionamento da Receita Federal trazida pela Solução de Consulta n° 278/2017[38], fica também garantido aos entes públicos a aplicação deste novo entendimento sobre os valores já pagos, na medida em que lhe beneficiam.

Desta forma, todas contribuições feitas ao PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB foram pagas a maior, tendo o ente público direito a repetição do indébito, **que pode ser feito de forma administrativa**, pela força vinculante das Soluções de Consulta e com base no art. 17 da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013[39].

Entretanto, a repetição do indébito tributário deve respeitar o prazo prescricional de 5 (anos), contados a partir de cada pagamento indevido.

5. CONCLUSÕES

Uma vez apresentadas as controvérsias a respeito da inclusão ou não dos valores do FUNDEB na base de cálculo do PASEP, e os efeitos no mundo jurídico da edição da Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB[40], pode-se responder adequadamente os principais questionamentos a respeito do assunto:

1. O entendimento firmado pela Receita Federal do Brasil na Solução de Consulta n° 278 – COSIT/RFB[41] tem efeito vinculante para a Receita Federal Brasil e para todos os demais sujeitos passivos que se enquadrem na hipótese por ela apreciada, independente de ser o consulente, na forma do art. 9° da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013[42]. Logo, todos os Estados e Municípios podem se beneficiar desta manifestação da Receita Federal.
2. Todas as contribuições feitas ao PASEP sem a dedução dos valores transferidos ao FUNDEB foram pagas a maior, tendo o ente público direito a repetição do indébito.
3. É possível a compensação tributária dos valores apurados a maior a título de PASEP, em decorrência da mudança de entendimento da Receita Federal do Brasil firmado na Solução de Consulta n° 278, de 01 de junho de 2017[43].

37 *Ibidem*
38 *Ibidem*
39 *Ibidem*
40 *Ibidem*
41 *Ibidem*
42 *Ibidem*
43 *Ibidem*

4. A compensação pode ser feita de forma administrativa, sendo dispensável a ajuizamento de ação judicial neste caso, por força do caráter vinculante das Soluções de Consulta, e com base no art. 17 da Instrução Normativa n° 1.396, de 16 de setembro de 2013[44].
5. A repetição do indébito deve respeitar o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados a partir de cada pagamento indevido.

REFERÊNCIAS

FEDERAL, Receita. Solução de Consulta COSIT nº 278, de 01 de junho de 2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=83446>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

BRASIL, Receita Federal do. Solução de Divergência n° 02, de 10 de fevereiro de 2009 e Solução de Divergência nº 12, de 28 de abril de 2011. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=59389&visao=anotado>. Acesso em: 01 de dezembro de 2017.

BRASIL. Lei Complementar n. 8, de 3 de dez. de 1970. Institui o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, e dá outras providências. Brasília, DF, dez. 1970.

BRASIL. Lei Federal n. 9.715, de 25 de nov. de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências. , Brasília, DF, nov 1998.

BRASIL. Decreto n. 4.524, de 17 de dez. de 2002. Regulamenta a Contribuição para o PIS/Pasep e a Cofins devidas pelas pessoas jurídicas em geral. Brasília, DF, dez 2002.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de jan. de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan 2002.

BRASIL. Lei 4.320, de 17 de mar de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e contrôle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF, mar 1964.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Lei n. 11.494, de 20 de jun. de 2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação - FUNDEB, de que trata o art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; altera a Lei no 10.195, de 14 de fevereiro de 2001; revoga dispositivos das Leis nos 9.424, de 24 de dezembro de 1996, 10.880, de 9 de junho de 2004, e 10.845, de 5 de março de 2004; e dá outras providências. Brasília, DF, jun 2007.

BRASIL, Decreto n. 6.253, de 13 de nov. de 2007. Dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação -

44 *Ibidem*

FUNDEB, regulamenta a Lei no 11.494, de 20 de junho de 2007, e dá outras providências. Brasília, DF, nov 2007.

BRASIL, Receita Federal do. Instrução Normativa n. 1.396, de 16 de set. de 2013. Dispõe sobre o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira e à classificação de serviços, intangíveis e outras operações que produzam variações no patrimônio, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil. Brasília, DF, set 2013. Disponível em: < http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=46030>.

OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO TRIBUTÁRIO

Juliana dos Reis Santos [1]

RESUMO

O presente artigo analisa a possibilidade de aplicação, às causas tributárias, dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, previstos no NCPC. Discorre-se sobre a necessidade de redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público, analisando algumas situações concretas de aplicação da consensualidade na seara tributária. Por fim, estuda-se o instituto da transação tributária, como um meio alternativo para tornar a cobrança da dívida tributária mais eficaz.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende analisar a possibilidade de aplicação dos métodos autocompositivos de solução de conflitos, previstos no Novo Código de Processo Civil (NCPC), às causas tributárias. O tema torna-se importante diante da tendência do direito processual contemporâneo à busca de soluções negociadas, e a necessidade que surge de compatibilizar essa tendência às especificidades do processo tributário, sem causar prejuízo ao interesse público.

Para tanto, inicialmente é feita uma breve abordagem sobre a compatibilidade da *mens legis* existente no texto do NCPC com as características peculiares das demandas em que a Fazenda Púbica faz parte. Analisando os requisitos exigidos ela nova lei processual para a autocomposição, é feita uma reflexão sobre a existência de espaço para a utilização dos métodos consensuais nas demandas tributárias.

Ressalta-se, no entanto, a necessidade de redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público, de forma a compreender que, em sua essência, ele é fundamento, e não óbice, para a busca de soluções negociadas no processo tributário.

Em um segundo momento, passa-se a refletir sobre algumas situações concretas de aplicação da consensualidade na seara tributária. Aprofunda-se sobre a utilização da cláusula geral de negócios jurídicos em sede de execução fiscal, bem como sobre a interligação dos meios consensuais de solução de conflitos e o sistema de precedentes, buscando compreender como ambos instrumentos podem caminhar juntos no processo tributário, na busca de realização do interesse público.

1 Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: juliana-santos@pge.rs.gov.br.

Por fim, é feita uma breve incursão no mundo do instituto da transação tributária, instrumento pouco utilizado, mas cujos fundamentos estão relacionados com a tendência contemporânea de busca pelas soluções negociadas, devendo ser visto pela Administração Pública como um meio alternativo e uma solução moderna a ser adotada para tornar a cobrança da dívida tributária mais eficaz.

2. A TENDÊNCIA DO DIREITO CONTEMPORÂNEO PROCESSUAL À BUSCA DE SOLUÇÕES NEGOCIADAS E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO TRIBUTÁRIO

2.1. OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS PREVISTOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCESSO TRIBUTÁRIO

Os métodos alternativos de solução de conflitos não são exatamente uma novidade trazida para o processo civil brasileiro pelo Novo Código de Processo Civil (NCPC). Há muito tempo, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, várias leis esparsas, como as Leis dos Juizados Especiais (Lei 9.099/1995, Lei 10.259/2001 e Lei 12.153/2009), e outras que alteraram o próprio CPC vigente à época, já previam audiências preliminares e de conciliação, cujo objetivo era a tentativa de obter uma solução consensual ao litígio.

Com o NCPC, esses métodos alternativos deixaram de ser a exceção, com previsões apenas em procedimentos especiais e optativos. Pode ser observado que todo o texto do NCPC é permeado por essa regra fundamental da consensualidade, de forma a impor uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, visando valorizar a consensualidade em detrimento de condutas beligerantes.

E isso se percebe em todo o texto, seja pelo uso dos métodos autocompositivos de conflito, seja pelo dever de cooperação e boa fé entre as partes, observa-se que vários dispositivos primam sempre pela obtenção do resultado consensual.

Prova disso é que logo nos artigos iniciais, os quais estão inseridos no Capítulo I "Das Normas Fundamentais do Processo Civil", podemos observar a eleição da consensualidade como norma fundamental e orientadora da conduta processual, conforme prevê os parágrafos 2º e 3º do art. 3º, *in verbis*:

> Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> [...]
>
> § 2º - O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º - A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados,

> defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

No entanto, analisando os dispositivos que preveem os métodos de solução consensual, nota-se que o principal fundamento que embasa os institutos é a autonomia da vontade e a possibilidade de disposição dos direitos em litígio. É o que se extrai dos arts. 165 e 166 do NCPC, abaixo transcritos, para melhor elucidação:

> Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.
>
> [...]
>
> § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.
>
> § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.
>
> Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.
>
> § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.
>
> [...]
>
> § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.
>
> § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Por esse motivo, muito se discute sobre a possibilidade de utilização desses métodos autocompositivos em processos que envolvam a Fazenda pública, mormente processos tributários nos quais, imediatamente, se pressupõe que qualquer composição acarretaria renúncia de crédito tributário, o que inviabilizaria totalmente a aplicação desses institutos a essa vertente processual.

Assim, seria correto concluir que esse requisito da autonomia da vontade deixa a Fazenda Pública totalmente alheia a esse espírito de consensualidade no qual se edifica a *mens legis* do novo Código?

Certamente não! E isso pode ser categoricamente afirmado diante do cenário processual moderno, sendo que a consensualidade é tendência global e o Novo CPC tenta provocar essa mudança de mentalidade no processo brasileiro, o que seria impossível de ser alterado caso a Fazenda Pública, reconhecidamente uma das maiores litigantes em juízo ficasse fora dessa tendência. Os motivos dessa conclusão serão demostrados no decorrer do artigo.

Passemos a interpretar algumas sutilezas do Novo Código que permitem essas conclusões. O art. 334, §4º, II, NCPC[2], elencou entre as exceções para a audiência prévia de autocomposição a expressão "quando não se admitir autocomposição". Deve ser destacado que, por algum motivo intrínseco, o legislador preferiu usar essa expressão ao invés da antiga previsão legislativa, constante no art. 331 do CPC de 1973, que previa a audiência preliminar quando "versar a causa sobre direitos que admitam transação"[3], o que trazia, implicitamente, o conceito de direitos indisponíveis. Trata-se de inovação legislativa onde há sutil alteração de critério, que deixa de ser a indisponibilidade do direito, passando a ser a possibilidade de composição entre as partes sobre o objeto da demanda.

A grande questão, portanto, é essa: como adaptar os institutos de autocomposição à realidade da administração pública, onde a atividade é regida pelos princípios da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público? A solução está na mudança de foco, deixando de analisar a questão sob a ótica de seus fundamentos de liberalidade (os quais não se aplicam à Fazenda Pública) e passando a focar nos objetivos desses novos métodos.

Isso é importante porque, ainda que se mantenha arraigada a concepção de indisponibilidade do direito material, não há óbice em permitir à Fazenda Pública, na proteção dos interesses da coletividade, os meios mais adequados para a tutela de tais direitos.[4]

Mas isso passa pela necessidade de diferenciação entre indisponibilidade de direito e sua intransigibilidade, sendo que a cultura de que uma das caracterís-

2 Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 4o A audiência não será realizada: [...] II - quando não se admitir a autocomposição.

3 Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

4 RENNER, Rafael Henrique. Negócios processuais e ações tributárias: alguns aspectos introdutórios, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 592.

ticas segue necessariamente a outra deve ser alterada. Nesse sentido, temos o enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC):

> "(Art. 190) A indisponibilidade do direto material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".[5]

Portanto, como os objetivos implícitos dos institutos de solução consensual de conflitos não apresentam nenhuma contradição com os fins da Administração Pública, são perfeitamente compatíveis.

Sendo assim, é possível identificar pelo menos três grandes princípios constitucionais que concorrem em favor da adoção de meios alternativos de resolução de conflitos nas relações jurídicas que envolvem o Poder Público, quais sejam: a) o princípio do acesso à justiça (art. 5º, XXXV, CF), o princípio da eficiência (art. 37, *caput,* CF) e princípio democrático (art. 1º, CF).[6]

O princípio da eficiência autoriza ao Estado resolver os seus conflitos de forma a atender o menor custo, o menor tempo, menor desgaste para a relação entre as partes e os melhores resultados. Já o princípio democrático, por sua vez, impõe ao Poder Público que procure dialogar com os administrados para encontrar uma solução adequada para os seus conflitos.[7] Desta forma, ambos os princípios determinam que a consensualidade seja cada vez mais presente nas relações entre administrados e Fazenda Pública.

Entre as vantagens que justificam a utilização desses institutos estão: a) a redução de custos com o processo judicial, beneficiando o erário público; b) a celeridade na solução do conflito, na esteira do princípio da eficiência e da razoável duração do processo judicial e administrativo.[8]

Quanto às motivações idôneas aptas a embasar uma deliberação da Fazenda Pública pela celebração de acordos no processo, podemos dividi-las em dois grandes grupos: a) ou se verifica que a parte adversária tem razão, o que significa dizer que o Direito assegura ela a fruição de determinado direito subjetivo e/

5 III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, Rio de Janeiro, de 25 a 27 de abril de 2014. Disponível em: http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf , acesso em 20.02.2018. Corroborando a mesma ideia, também do FPPC temos o enunciado no 256 - "A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual".

6 FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil, *in* ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública.** 2a ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do novo CPC, v.3, p. 388.

7 FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil, *in* ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública.** 2a ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do novo CPC, v.3, p. 388-389.

8 RENNER, Rafael Henrique. Negócios processuais e ações tributárias: alguns aspectos introdutórios, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 592- 593.

ou que é legítima a sua resistência à pretensão articulada pelo poder público; b) ou se depreende que a demanda não vale a pena, quando considerados os seus custos e os seus benefícios.[9]

Diante das vantagens e fundamentos principiológicos que mais do que justificam a adoção progressiva de meios alternativos de resolução de conflitos, porque quando se trata de aplicá-los à Administração Pública tem-se tanto receio?

O receio se acentua ainda mais quando se fala de processo tributário, onde a palavra autocomposição parece ser tabu, uma vez que parece estar intrinsecamente ligada a vedada renúncia de crédito tributário. E assim continuamos com a tradicional forma de execução fiscal, obsoleta, abarrotando o Poder Judiciário de execuções intermináveis e cuja taxa de efetividade é muito baixa. Os números não mentem.[10]

Para alterar esse quadro, mudanças de mentalidade, institucionais e estruturais devem ser revistas.

Sem dúvida a litigiosidade do Estado em juízo trata-se de postura que decorre, principalmente, do receio dos advogados públicos em serem responsabilizados pela não apresentação de defesa nos casos concretos. Isso porque a independência funcional não é expressamente reconhecida aos membros da Advocacia Pública, tal como prevê o regime jurídico da Magistratura e do Ministério Público.[11] Por isso, mudanças institucionais precisam acontecer.

A deliberação da Advocacia Pública, sobre a possibilidade de celebração de acordos nos processo em que a Fazenda Pública figura como parte, está a demandar posicionamento da procuradoria enquanto instituição, não sendo suficiente o posicionamento isolado do procurador atuante no processo[12]. Essa é uma das justificativas[13] pelas quais as procuradorias devem ser dispensadas

9 MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública, *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p.190.

10 Os processos de execução fiscal são os grandes responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, tendo em vista que representam aproximadamente 39% do total de casos pendentes e apresentaram congestionamento de 91,9%, o maior dentre os tipos de processos analisados neste relatório. *In* CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>, acesso em 24.02.2018.

11 FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo CPC. v.3. Fazenda Pública. p. 383

12 MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública, *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p. 205.

13 Essa seria apenas uma das justificativas, porque a quantidade de ações, por si só, já justifica. O grande e infindável número de ações que são ajuizadas contra a Fazenda Pública mensal-

da audiência de conciliação prevista no art. 334 do NCPC, tendo em vista que acordos feitos em audiência de forma oral, não configuram a forma correta de compatibilizar o uso dos meios consensuais com a especificidades da Fazenda Pública em juízo.

Analisar as questões que decorrem dessa necessidade de compatibilização é imperativo. Concluindo ser o caminho da consensualidade a melhor saída, temos o magistério de Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

> A participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos (*ordem*).
>
> Em suma, a *consensualidade* como alternativa preferível *à imperatividade*, sempre que possível, ou em outros termos, sempre que não seja necessário aplicar o poder coercitivo, o que se vai tornando válido até mesmo nas atividades delegadas, em que a coerção não é mais que uma fase eventual ou excepcional (ex.: o poder de polícia).
>
> A partir desses dados, pode-se estabelecer uma tipologia da consensualidade em referência às funções fundamentais do Estado. *Primo*, a consensualidade na *produção de normas*, com o reaparecimento de fontes alternativas, fontes consensuais e de fontes extraestatais: a *regulática*. *Secundo*, a consensualidade na *administração dos interesses públicos*, com o emprego das formas alternativas consensuais de coordenação de ações, por cooperação e por colaboração. *Tertio*, a consensualidade na solução dos conflitos, com a adoção de formas alternativas de composição.[14]

Portanto, temos que a compatibilização da atuação processual da Fazenda Pública com os meios de solução consensual de conflitos, trata-se de exercício hermenêutico. Ao invés de partir-se da premissa de que a disposição sobre direitos e interesses deduzidos em juízo pela Fazenda Pública estaria condicionada à edição de leis autorizativas, deve-se constatar que essa autorização pode ser extraída da própria Constituição, como decorrência da aplicação direta dos princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, bem como, do próprio princípio da indisponibilidade do interesse público.[15]

---

mente, inviabilizaria a atividade dos procuradores, bem como, ocuparia totalmente a pauta de audiências das varas.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2.ed - Rio de Janeiro : Renovar, 2001, p. 41.

15 MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública, *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de**

Princípio esse que precisa ser visto sob uma nova perspectiva, conforme enfrentaremos no tópico seguinte.

2.2. O PROCESSO TRIBUTÁRIO E A NECESSIDADE DE REDIMENSIONAMENTO DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Antes de analisar situações concretas de aplicação dos métodos consensuais de solução de conflitos pela Fazenda Pública em juízo, principalmente em processos tributários, deve-se partir da ideia de que o princípio da indisponibilidade do interesse público é o que justifica e não o que inviabiliza a autocomposição.

No entanto, para compreender o princípio como fundamento para a autocomposição ao invés de obstáculo intransponível, é necessário um redimensionamento do conteúdo do próprio princípio, uma nova abordagem.

Gradativamente, os mais clássicos direitos fundamentais qualificáveis como indisponíveis vêm sendo objeto de negociações, com crescente respaldo de diversos sistemas de justiça, o que atesta uma demonstração empírica da necessidade de uma redefinição ou readaptação conceitual a respeito da indisponibilidade.[16]

Para essa nova abordagem, primeiramente é necessário relembrar a clássica distinção entre interesse público primário e secundário:

> Em relação a este tema, deve-se fazer, em primeiro lugar, a distinção necessária entre interesse público (i) primário- isto é, o interesse da sociedade, sintetizado em valores como justiça, segurança e bem -estar social - e (ii) secundário, que é o interesse da pessoa jurídica de direito público (União, Estados e Municípios), identificando-se com o interesse da Fazenda Pública, isto é, do erário. Pois bem: o interesse público secundário jamais desfrutará de uma supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação desses interesses, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. [17]

Deve-se, portanto, distinguir os interesses públicos primários, referentes à coletividade como um todo, dos interesses públicos secundários de natureza puramente patrimonial e financeira. Os primeiros são indisponíveis, ao passo

---

solução adequada para conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p..186.

16 VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p. 426.

17 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul],** Porto Alegre: PGE/RS, v. 28, n. 60, jul./dez. 2004, p. 55

que os segundos podem ser disponíveis, desde que haja lei autorizativa específica ente federado competente, possibilitando assim que sejam objeto de mediação ou de conciliação.[18]

Já aceitando como pacífica essa diferenciação entre interesse público disponível e interesse público indisponível, a própria Lei 13.140/2015, que regulamenta a mediação, traz alguns requisitos específicos para os casos que envolvam entes públicos. Vejamos o que está previsto em seu art. 3º, §2º e art.32, §4º:

> Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.
>
> [...]
>
> § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.
>
> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:
>
> [...]
>
> § 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

Podemos resumir que direitos disponíveis, para a Fazenda Pública, são aqueles *"a) de natureza patrimonial, que b) admitem, legitimamente, disposição, transação, renúncia, confissão, c)suscetíveis de espontâneo reconhecimento, prescindindo-se de cognição judicial".*[19]

De qualquer forma, a ideia que deve prevalecer é que a indisponibilidade dos interesses públicos não implica, necessariamente, a indisponibilidade processual no conflito de interesses que envolva a Fazenda Pública. Neste sentido, o seguinte enunciado:

> Enunciado nº 60: "As vias adequadas de solução de conflitos previstas em lei, como a conciliação, a arbitragem e a mediação, são plenamente aplicáveis à Administração Pública e não se incompatibilizam com a indisponibilidade do interesse público, diante do Novo

18 CONTE, Francesco. Fazenda Pública e mediação / conciliação: consensualidade alvissareira, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 296.

19 CONTE, Francesco. Fazenda Pública e mediação / conciliação: consensualidade alvissareira, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 271.

> Código de Processo Civil e das autorizações legislativas pertinentes aos entes públicos". [20]

Ou seja, não é só porque estamos tratando de crédito tributário, que é por sua natureza indisponível, que nenhum tipo de acordo ou negociação possa ocorrer em sede de processo tributário.

Destarte, estará atendendo o interesse público o uso de métodos autocompositivos em um processo tributário sempre que a solução negociada for a mais eficiente, seja abreviando o tempo necessário para receber o crédito exequendo, seja minimizando perdas ao erário.

A Fazenda Pública não pode se manter alheia aos valores que guiam o novo processo, de índole cooperativa e colaborativa. A atuação dos advogados públicos deve zelar pelo interesse público, sem se afastar do ideal de um processo judicial mais eficiente. E um processo judicial moroso, que se arrasta por anos, com discussões judiciais que podem adiar em anos o recebimento do crédito tributário pelo ente público, possibilitando muitas vezes que o devedor dilapide seu patrimônio, não atende mais ao interesse público. É preciso utilizar-se dos meios de solução negociada para possibilitar vias alternativas de recebimento da dívida tributária.

O que se está defendendo é que atuação do advogado público, para efetiva proteção do interesse público, deve pautar-se pelos princípios da boa-fé objetiva e da cooperação, previstos no NCPC[21] como deveres das partes. Tais deveres de conduta, exigem do representante da Fazenda Pública que opte pela composição, obtendo uma solução negociada que reduza o prejuízo do erário, toda vez que se deparar com uma situação concreta em que a conduta da Administração Pública esteja em conflito com o ordenamento jurídico, devendo ser reconhecido o direito do contribuinte. Haverá casos em que a transação dos interesses será o melhor meio para proteção do interesse público. Corroborando este raciocínio, temos o excerto abaixo transcrito, de Hugo de Brito Machado:

> Para aceitarmos a transação no Direito Tributário, realmente, basta entendermos que o tributo, como os bens públicos em geral, é patrimônio do Estado. Indisponível na atividade administrativa, no sentido de que na prática ordinária dos atos administrativos a autoridade dele não dispõe. Disponível, porém, para o Estado, no sentido de que este, titular do patrimônio, dele pode normalmente

20 I Jornada "Prevenção e solução extrajudicial de litígios"(22 e 23 de agosto de 2016 - Brasília - DF) - Realização Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/ corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/? _authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe-298563b6fa2849c6669 , acesso em 24.02.2018.

21 arts. 5º e 6º do NCPC.

> dispor, desde que atuando pelos meios adequados para a proteção do interesse público, vale dizer, atuando pela via legislativa, e para a realização dos fins públicos.
>
> Em algumas situações é mais conveniente para o interesse público transigir e extinguir o litígio, do que levar até a última instância, com a possibilidade de restar a Fazenda afinal vencida. Daí a possibilidade de transação . Em casos estabelecidos na lei, naturalmente, e realizada pela autoridade à qual a lei atribuiu especial competência para esse fim.[22]

Essa nova postura da Fazenda Pública em juízo, orientada, sobretudo, pelo princípio da eficiência, concretiza essa abordagem moderna da indisponibilidade do interesse público. Conclui-se que arrastar um processo por anos, sem fazer absolutamente nenhuma concessão com o contribuinte devedor, seja quanto a um ato processual, uma garantia, ou alguma tese jurídica já rechaçada de forma definitiva pelo Poder Judiciário, simplesmente sobre o manto protetor da indisponibilidade do interesse público, não atende ao próprio interesse público. Como reflexo disso, a Advocacia Pública cada vez mais se aperfeiçoa, com a edição de atos normativos que surgem para chancelar esse posicionamento, autorizando a desistência de recursos, a possibilidade de acordo judiciais e o não ajuizamento de demandas de baixo valor.

Ainda em casos nos quais, obviamente, a solução consensual seja a que mais atende ao interesse público, quando versar sobre matéria que não exige lei autorizativa específica, algumas cautelas devem ser tomadas.

Recomenda-se, nesses casos, a homologação judicial do acordo, para dar mais segurança jurídica a todas as partes envolvidas. Isso porque, quando se trata de conflitos envolvendo o Poder Público, tal cautela é exigida em razão da alternância periódica no comando dos poderes políticos (os agentes políticos exercem mandato limitado no tempo), e subsequente alteração na titularidade de cargos comissionados, sendo fundamental a homologação judicial para garantir eficácia executiva ao acordo celebrado, coroando assim todos os esforços realizados para a obtenção do consenso.[23]

Com as devidas cautelas, conclui-se que o próprio princípio da indisponibilidade do interesse público torna viável a celebração de acordos pela Fazenda Pública sempre que se verificar, no caso concreto, que a demanda não vale a pena, quando avaliada sob o aspecto financeiro. Nesses casos, não só o princípio da eficiência autoriza a solução negociada, mas também a endossam os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o privado, por

---

22 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008, p. 115.

23 SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e administração pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **O marco legal da mediação no Brasil**. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 221.

força dos quais somente será admitida a transação quando a lei assim autorizar, respeitando seus limites. Corroborando essa conclusão:

> A incidência do princípio da indisponibilidade do interesse público, longe de constituir impedimento jurídico a que os advogados públicos disponham, em juízo, sobre direitos e interesses transitoriamente defendidos pela Fazenda Pública mas contrários ao Direito pátrio, torna impositivo o ato de disposição. Em primeiro lugar, porque esses interesses transitórios , na medida em que se demonstram contrários ao Direito, não correspondem ao interesse público por isso não são interesses indisponíveis. Em segundo lugar porque se a equívoca aplicação do Direito pela Administração induz, na face oposta, negativa a direitos subjetivos assegurados pelo ordenamento, que resultam da observância da ordem jurídica estabelecida, o interesse público residirá justamente na disponibilidade desses interesses transitórios (ou meramente secundários). Sendo assim, a adoção de semelhante postura é impositiva não apenas por exigência dos princípios da legalidade administrativa e da supremacia do interesse público sobre o privado, mas também por decorrência da indisponibilidade do interesse público.[24]

Portanto, explicitada a nova roupagem que se deve dar ao princípio da indisponibilidade do interesse público, usando-o como fundamento, e não como óbice, para possibilitar a aplicação dos métodos autocompositivos de solução de conflitos que envolvem a Fazenda Pública, concluímos a abordagem teórica que possibilita passar a análise de situações mais concretas, que evidenciam as práticas possíveis e que já estão sendo utilizadas no processo tributário, guiadas pelo princípio da eficiência, buscando sempre o verdadeiro interesse público.

3. OS MÉTODOS DE AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS COMO INSTRUMENTOS PARA UMA JUSTIÇA FISCAL CONSENSUAL

3.1 - O SISTEMA DE PRECEDENTES NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A CELEBRAÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS EM CAUSAS TRIBUTÁRIAS

A celebração de acordos em causas em que faz parte a Fazenda Pública, gira em torno do novo papel do Advogado Público, para isso amplamente referendado e munido de competência e permissivos legais no Novo CPC. A título de exemplo temos:

> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições rela-

24 MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública, *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p.187-188.

> cionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:
>
> I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;
>
> II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;
>
> III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Deve ser dado destaque também ao poder transacional conferido aos Advogados Públicos no inciso IV do art. 784, elevando à condição de título executivo extrajudicial instrumento de transação por essa classe referendado:

> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:
>
> [...]
>
> IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

Mas como por em prática tais diretrizes?

Como concluímos, a indisponibilidade do interesse público pela Administração não representa um dique de contenção à submissão da Fazenda Pública à mediação ou à conciliação. No entanto, o mandato de advogados públicos, em regra, é *ex vi legis* e, por isso, sem poderes especiais para transigir, acordar, firmar compromisso. Como superar tal barreira, no campo da mediação e da conciliação, para os quais as concessões recíprocas são inerentes?[25] Primeiramente, vejamos o que pode ser feito sem autorização específica para depois passar aos casos que dela necessitam.

O art. 190 do NCPC traz a cláusula geral de negócio jurídico processual, que pode ser um instrumento de grande valia para possibilitar soluções criativas no bojo de causas tributárias que se prolongam por anos, sem solução aparente. Vejamos sua previsão:

> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
>
> Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes

25 CONTE, Carlos. Fazenda Pública e mediação/ conciliação: consensualidade alvissareira - processo tributário. p. 251

> aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Quanto à possibilidade de aplicação da cláusula geral de negócio jurídico processual às execuções fiscais, o 1º Fórum Nacional do Poder Público aprovou o Enunciado nº 9 que afirma: *"A cláusula geral de negócio processual é aplicável à execução fiscal"*[26].

Para concretizar a aplicação da cláusula, como forma ilustrativa de um possível negócio jurídico processual a ser realizado no bojo de uma execução fiscal, que independe de qualquer autorização específica, temos o exemplo hipotético descrito abaixo:

> No mesmo sentido, imaginemos que um dado contribuinte tenha pagado tributos a maior e, posteriormente, após requerida a compensação, vê contra si ajuizada uma execução fiscal referente a um outro tributo que realmente não havia sido pago na data correta. Regra geral, não seria possibilitada a realização de compensação dos créditos/ débitos no processo judicial, uma vez que ainda não reconhecido formalmente o direito do contribuinte à restituição dos valores pagos indevidamente, porém, a nosso ver, seria perfeitamente possível e aconselhável a realização de negócio jurídico processual no referido caso, de forma a postergar, durante o prazo necessário, a realização de atos expropriatórios gravosos, até que sejam certificados/ comprovados os valores pagos a maior pelo contribuinte, de modo que, ao final desta materialização , tornar-se á possível o encontro de contas, finalizando-se o conflito da melhor forma, consensualmente e protegendo os direitos da Administração Pública e do contribuinte, respeitando e homenageando, ainda, a função social da empresa.[27]

Outro exemplo possível seria o inverso. Um contribuinte tem contra si uma execução fiscal, já tramitando há um algum tempo, na qual se sucede uma série de diligências em busca de bens, sem grande sucesso. Enquanto isso, por algum motivo o mesmo contribuinte ajuíza uma ação de outra natureza contra o mesmo ente público que lhe está executando, obtendo sentença condenatória, que

26 I Fórum Nacional do Poder Público, Brasília, 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em http://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Enunciados-I-FNPP.pdf , acesso em 25.02.18. Do mesmo fórum, ainda podemos destacar dois enunciados: 10. (art. 191, Lei 13.105/15) É possível a calendarização dos atos processuais em sede de execução fiscal e embargos; 19. (art. 782 § 3º, art. 139 IV, Lei 13.105/15) A possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes por determinação judicial é aplicável à execução fiscal.

27 DAL' COL, Caio de Sá; ABREU, Lívia Dalla Bernardina. Reflexos do CPC/2015 nas execuções fiscais. *In* ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública.** 2a ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do novo CPC, v.3, p. 75-76.

transita em julgado, é executada e é expedido o precatório ou requisição de pagamento. É de notório conhecimento o invariável destino que execuções fiscais têm quando o executado não possui (ou não são encontrados) bens penhoráveis. Uma boa solução negociada nesse caso, e que atenderia ao interesse público, seria propor o encontro de contas, que resultaria no encerramento de dois processos, evitando o prosseguimento inexitoso da execução fiscal (cuja tramitação ainda poderia ser prorrogada por anos), possibilitando o recebimento do crédito tributário que talvez nunca fosse pago. Enquanto isso, o contribuinte tem seu débito com a Fazenda quitado através do seu crédito, que poderia levar a anos para ser pago.

Observe-se que em ambas situações não há renúncia a crédito tributário, não há disposição nem prejuízo do interesse público e em nenhuma delas a solução negociada necessita de autorização legislativa específica, basta a aplicação de mecanismos de negociação e conciliação para obter o resultado, que traz um resultado que atende de melhor forma, ambos os interesses. Vejamos que no primeiro caso, poderia-se facilmente dar continuidade aos atos expropriatórios, penhorando bens da empresa e levando-os à hasta pública e obtendo o pagamento do crédito tributário pelo curso normal de uma execução fiscal, enquanto o contribuinte seguiria com sua ação de repetição, aguardaria o trânsito em julgado e receberia seu crédito por precatório ou requisição. Mas quanto tempo tudo isso levaria? E quantos atos judiciais e despesas processuais seriam gastas com os atos de expropriação? A solução negociada traz pacificação para as relações, gerando a sensação de satisfação para ambas as partes.

Outra inovação do Novo CPC que pode resultar em soluções negociadas em causas tributárias é o sistema de precedentes vinculantes, que busca uma uniformização da jurisprudência, com o objetivo de garantir segurança jurídica nas relações, o que em sede de matéria tributária tem grande repercussão econômica, contribuindo para a estabilidade da economia do país.

O sistema de precedentes, tão bem construído no NCPC, tem seu núcleo consubstanciado nos arts. 489, §1º, art. 926 e 927. De acordo com Fredie Didier Jr., o sistema de precedentes confere uma maior abrangência ao conceito de legalidade, passando a compreendê-lo como ordenamento jurídico, não mais adstrito apenas à lei em sentido estrito. Nesse sentido:

> A referência à "legalidade" é metonímia: observar a dimensão material do princípio da legalidade é decidir em conformidade com o direito, como ordenamento jurídico, e não apenas com base na lei, que é apenas uma de suas fontes.
>
> [...]
>
> O dever de observância de precedentes judiciais e da jurisprudência dos tribunais , previstos em diversos dispositivos do CPC (art. 926, p. ex.) corrobora a necessidade de ressignificação do princípio

> da legalidade - precedentes também compõem o Direito e devem ser observados.[28]

A conclusão que se extrai é que, uma vez havendo um precedente vinculante, o comando normativo que dele advém integra o ordenamento jurídico, devendo ser de observância obrigatória pela Administração Pública, pois caso não fosse estaria agindo de forma a violar o próprio princípio da legalidade.

Essa aplicação e vinculatividade tem grande valia na seara tributária, uma vez que, tendo o precedente como fonte normativa do direito, sua aplicação poderá ser utilizada na resolução das demandas desta natureza.[29]

Observa-se que ao não seguir uma tese jurídica vinculante aplicável à situação concreta, a Administração submete-se ao risco de sucumbir em juízo, com todos os ônus daí decorrentes. Ou seja, o Poder Executivo não deve ignorar os custos econômicos envolvidos na sua resistência.[30] Nessa situação, não considerar os custos econômicos advindos da sucumbência certa (e não eventual), é dispor do interesse público ao invés de atendê-lo. A busca de uma solução negociada aqui se impõe, não sendo facultativa, posto que a postura litigante da Fazenda Pública nesses casos vai de encontro ao princípio da eficiência, pois contraria o próprio ordenamento jurídico.

Encoraja a pensar, nesse sentido, por exemplo, em determinado segmento econômico, problemas tributários potenciais podem sugerir mediação ou conciliação preventiva entre Fazenda Pública e contribuintes, até mesmo em sede extrajudicial. Alguns temas que podem ser objeto de consenso: acertamento de fatos controvertidos; esclarecimento sobre obrigações acessórias; supressão de eventual discrepância na latitude de interpretação-aplicação da legislação tributária, etc. Em todos esses casos a Fazenda Pública não estará abrindo mão de nada, mas apenas esclarecendo situações fático-jurídicas.[31]

Deve ser ressaltado que, assim como se busca uma uniformização da jurisprudência, a conduta da Fazenda Pública em juízo, em matéria tributária, também deve ser padronizada. Em razão disso, tais negócios jurídicos processuais devem ser praticados com transparência e isonomia. Para tanto, é recomendável, que tais negócios (atípicos do ponto de vista da legislação ordinária) sejam previstos em regulamentação administrativa, devendo ser extensíveis a todos

---

28 DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no Novo CPC. Vol. 2, 10ª ed. Salvador : JusPodivm, 2015, p. 467.

29 LOIS, Eduardo Casseb. Os precedentes no CPC/2015 e a celebração de acordos em causas tributárias, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 219.

30 PEPE, Rafael Gaia Edais; SILVA, Ricardo José da Rocha, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 575.

31 CONTE, Francesco. Fazenda Pública e mediação / conciliação: consensualidade alvissareira, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 266.

os contribuintes. Também se impõe a publicidade do respectivo negócio, seja para que outro contribuinte possa reivindicar tratamento igualitário, seja para exercer o controle popular sobre a Administração Tributária.[32]

A existência de precedente vinculante pode, inclusive, servir de fundamento para um movimento ainda mais amplo, envolvendo os métodos consensuais de resolução de conflitos, francamente estimulados pelo NCPC. Em que pese o art. 171 do CTN exigir lei para transação, é certo que independentemente de tal lei é possível conciliar a respeito das verbas de sucumbência. Por exemplo, autorizar a celebração de um acordo com a parte contrária, para desistir da execução fiscal ou reconhecer a procedência dos pedidos da ação de embargos, mediante renúncia da outra parte quanto ao ressarcimento das despesas processuais e honorários advocatícios.[33] São condutas que aliam o respeito ao novo sistema de precedentes, que cria novas fontes normativas as quais passam a integrar o ordenamento jurídico, e a tendência às soluções negociadas, visando sempre a apaziguação social e minimizando o prejuízo ao erário, em respeito ao real interesse público.

Em relação à atuação em juízo, já nessa linha de negócios jurídicos processuais que observam a uniformização da jurisprudência, tem sido cada vez mais comum a edição de atos dispensando os advogados públicos da interposição de recursos ou ajuizamento de ações judiciais veiculando entendimentos conflitantes com a tese jurídica consolidada.

A exemplo disso, no âmbito federal, temos a Lei 9.469/1997, que regulamenta o inciso VI, do §4º, do art. 4º da Lei Complementar 73/1993 (o qual autoriza o Advogado-Geral da União a desistir, transigir, acordar e firmar compromisso nas ações de interesse da União), recentemente alterada pela lei da mediação, que assim estabelece:

> Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais. (Redação dada pela Lei nº 13.140, de 2015) (Vigência)
>
> [...]
>
> § 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo

32 MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 118.

33 PEPE, Rafael Gaia Edais; SILVA, Ricardo José da Rocha, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 576-577.

> judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados. (Incluído pela Lei nº 13.140, de 2015)

No âmbito estadual, a Lei Orgânica de cada Procuradoria Estadual também possuem dispositivos semelhantes, como por exemplo, o art. 12 da LCE 11.742 do Estado do Rio Grande do Sul[34], o art. 6º da LCE 478 do Estado de São Paulo[35] e o art. 5º da LCE 26, do Estado do Paraná[36], entre outros.

Portanto, sendo comum a todas as procuradorias permissivos legais nesse sentido, devem os mesmos ser cada vez mais postos em prática, não devendo ser utilizados meramente como forma de evitar recursos desnecessários, mas devem ser insertos na cultura processual de consensualidade, incentivada pelo NCPC.

3.2. O INSTITUTO DA TRANSAÇÃO COMO MECANISMO DE DISPOSIÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O termo transação utilizado no processo civil tem um significado diverso no direito tributário. Quando falamos em transação no processo civil, estamos fazendo referência à operação de transigir, na qual as partes cedem parcialmente em seus interesses para alcançar um resultado melhor para ambos. Na maior parte deste artigo, até o presente momento, usamos o termo transação nesse sentido.

Esse tipo de operação em sede de processo tributário pode ser a base para uma conciliação, mediação ou negociação, cujo objeto do acordo seja sobre questões periféricas do processo, como em vários exemplos dados tais como: negócios processuais, honorários sucumbenciais, ressarcimento de despesas processuais, garantias, suspensão do processo, etc. Ressaltando que os métodos autocompositivos para solução consensual de conflito previstos no NCPC, podem ser usados sem restrição em causas tributárias, desde que não caracterizem renúncia de crédito tributário.

No entanto, em sede de direito tributário, o termo transação se refere ao instituto da transação tributária, previsto como hipótese de extinção do crédito tributário, no art. 156, III do Código Tributário Nacional (CTN). A previsão legal está no art. 171 do CTN, *in verbis*:

---

34 Art. 12 - Ao Procurador-Geral do Estado compete: [...] III - reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, firmar compromisso, receber e dar quitação, nas ações em que a Procuradoria-Geral do Estado esteja no exercício da representação judicial;

35 Artigo 6º - Compete ao Procurador Geral, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento: [...] VI - desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse da Fazenda do Estado, autorizado pelo Governador;

36 Art. 5º. Ao Procurador Geral do Estado, além do disposto no inciso VI, do artigo 44, da Lei nº 8.485, de 3 de junho de 1987, compete:[...] III - desistir, transigir, fazer acordo, firmar compromisso, confessar, receber e dar quitação, mediante prévia autorização do Governo do Estado;

> Art. 171. A lei pode facultar, nas condições que estabeleça, aos sujeitos ativo e passivo da obrigação tributária celebrar transação que, mediante concessões mútuas, importe em determinação de litígio e conseqüente extinção de crédito tributário.
>
> Parágrafo único. A lei indicará a autoridade competente para autorizar a transação em cada caso.

Observa-se que o instituto parte do mesmo conceito de transação previsto no Código Civil, em seu art. 840 - *"É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas"*.

Analisando o art. 171 do CTN, pode-se extrair da previsão legal, que a transação no Direito Tributário, para ser concretizada, depende de dois requisitos: a) previsão legal; b) não pode ter o objetivo de evitar litígio, só sendo possível após a instauração deste.[37]

No entanto, de acordo com a doutrina de Hugo de Brito Machado, embora o art. 171 do CTN imponha a prévia instauração do litígio para que seja possível a transação, não se exige necessariamente prévio litígio judicial, bastando a impugnação do auto de infração pelo sujeito passivo da obrigação tributária.[38] Assim, a simples discussão da obrigação tributária no âmbito administrativo já caracterizaria o litígio prévio, o qual autoriza a possível utilização do instituto da transação.

Feito esse esclarecimento, quanto ao que caracteriza a situação de prévio litígio, segue o festejado professor, naquilo que entende como o grande nicho de aplicação do instituto:

> A maior vantagem da transação como instrumento de prevenção de litígios na relação de tributação, todavia, será a redução significativa do número de processo que hoje sobrecarregam os órgãos de julgamento, tanto no Judiciário como na própria Administração Tributária.
>
> Hoje no Brasil um imenso número de processos é decorrente de litígios com o Fisco. A existência de leis inconstitucionais obriga a Administração Tributária a formular exigências que afinal são inúteis em face da declaração de inconstitucionalidade. Outras tantas exigências afinal julgadas improcedentes são feitas pelas autoridades administrativas com fundamento em interpretações oficiais da lei que não prevalecem no Judiciário. Assim, a possibilidade de acordo no âmbito do lançamento tributário pode ser um meio extremamente eficiente para redução do exagerado número de processos, com evidente proveito para as partes. Para o Estado, encurtamento

37 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008, p. 115.

38 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008, p. 116.

> do prazo para a entrada de recursos financeiros pela redução do custo operacional dos órgãos de julgamento. E para o contribuinte, com a eliminação de pendências que se arrastam por longos anos degradando a segurança de que necessitam para o desempenho de suas atividades normais e com a eliminação dos custos que tais pendências implicam.[39]

Embora com requisitos específicos, a transação é o instrumento da consensualidade, muito pouco usado no direito tributário. No entanto, diante do Novo CPC que tem a consensualidade com uma de suas normas fundamentais , o instituto da transação tributária surge como instrumento que deve ser cada vez mais utilizado pelo Fisco, mormente porque as atuais estruturas de cobrança de crédito tributário, tanto administrativa quanto judicial, mostram-se totalmente congestionadas e ineficientes.

Corroborando esse pensamento, temos o seguinte enunciado:

> Enunciado nº 53 - Estimula-se a transação como alternativa válida do ponto de vista jurídico para tornar efetiva a justiça tributária, no âmbito administrativo e judicial, aprimorando a sistemática de prevenção e solução consensual dos conflitos tributários entre Administração Pública e administrados, ampliando, assim, a recuperação de receitas com maior brevidade e eficiência.[40]

Além do nicho de utilização da transação acima identificado, vejamos ainda outras finalidades para as quais o instituto poderia destinar-se:

Verifica-se que a transação no âmbito do Direito Tributário:

(i) Deve ser instrumento alternativo de composição ou solução de conflitos de natureza consensual;

(ii) Deve dirimir todas as eventuais ou remanescentes dúvidas relativas à situação jurídica preexistente;

(iii) Propicia maior "maleabilidade" ou confere certa discricionariedade à Administração Tributária para compor ou solucionar conflitos e possibilita maior eficácia no que pertine à satisfação do crédito tributário, respeitando sempre o interesse público;

(iv) A celebração de transação tributária, na esfera judicial ou extrajudicial , é melhor do que a rigidez de uma decisão judicial, que muitas vezes não reflete a melhor técnica tributária ou é

39 MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008, p. 127.

40 Jornada "Prevenção e solução extrajudicial de litígios"(22 e 23 de agosto de 2016 - Brasília - DF) - Realização Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/ corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/? _authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe-298563b6fa2849c6669 , acesso em 24.02.2018.

> imprecisa, ou, quando vem a ser prolatada a prestação jurisdicional, nota é mais eficaz ou de difícil execução.[41]

Voltando aos requisitos previstos para a transação tributária, renomados juristas defendem que o instituto da transação deveria ser regulamentado por meio de Lei Complementar, em razão da previsão do art. 146, III, "b" da Constituição Federal[42]. No entanto, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou e, embora sinalizando na ADI 1917 em sentindo contrário, ao julgar a ADI 2405[43], consolidou o entendimento de que o regramento da transação tributária não se enquadra como norma geral e, portanto, prescinde de lei complementar, de forma a dar mais autonomia aos entes federados.

De acordo com o professor Heleno Taveira Torres, esta lei a que se refere o art. 171 do CTN, poderá ser tanto uma lei geral, aplicável a múltiplos casos, como específica, restrita à determinada situação fática ou jurídica, delimitada nas condições gerais que a lei prescreva.[44] Nesse sentido, com a colaboração do citado tributarista, foi elaborado no âmbito da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional o PL 5.082/2009[45], um interessante projeto de Lei Geral de Transa-

41 MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas proporstas normativas de lei autorizadora. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 38.

42 Art. 146. Cabe à lei complementar: [...] III estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: [...] b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

43 EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade: medida cautelar: L. estadual (RS) 11.475, de 28 de abril de 2000, que introduz alterações em leis estaduais (6.537/73 e 9.298/91) que regulam o procedimento fiscal administrativo do Estado e a cobrança judicial de créditos inscritos em dívida ativa da fazenda pública estadual, bem como prevê a dação em pagamento como modalidade de extinção de crédito tributário. I - Extinção de crédito tributário criação de nova modalidade (dação em pagamento) por lei estadual: possibilidade do Estado-membro estabelecer regras específicas de quitação de seus próprios créditos tributários. Alteração do entendimento firmado na ADInMC 1917-DF, 18.12.98, Marco Aurélio, DJ 19.09.2003: conseqüente ausência de plausibilidade da alegação de ofensa ao art. 146, III, b, da Constituição Federal, que reserva à lei complementar o estabelecimento de normas gerais reguladoras dos modos de extinção e suspensão da exigibilidade de crédito tributário. II - Extinção do crédito tributário: moratória e transação: implausibilidade da alegação de ofensa dos artigos 150, § 6º e 155, § 2º, XII, g, da CF, por não se tratar de favores fiscais. [...] (ADI 2405 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2002, DJ 17-02-2006 PP-00054 EMENT VOL-02221-01 PP-00071 LEXSTF v. 28, n. 327, 2006, p. 14-56)

44 TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 310.

45 BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, **PL 5.082/2009.** Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=421A49C1F4F1287C0ADAD0FBA0463FCF.proposicoesWeb1?codteor=648733&filename=PL+5082/2009>, acesso em 13/02/2018.

ções Tributárias, que dispõe sobre a transação e outras soluções alternativas de controvérsias tributárias. Infelizmente o projeto está com sua tramitação paralisada na Câmara dos Deputados há anos, em razão de solicitação de audiência pública para tratar do tema, ou por falta de interesse político mesmo. Com a vigência do NCPC e com a altíssima taxa de congestionamento dos processos de execução fiscal, conjugados com os problemas de déficit financeiro que atinge atualmente muitos Estados e a União, seria uma importante alternativa para recuperação mais eficaz de créditos tributários.

Em que pese a não aprovação, até o presente momento, do PL 5.082/2009, o qual, ressalte-se serviria apenas para os tributos federais, alguns requisitos devem ser observados pelos entes ao editarem suas leis.

Em face da importância e da indispensabilidade da receita pública, a lei que trata da transação tributária deve ser modelada com base nos princípios da igualdade, equidade, capacidade contributiva, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, eficiência, publicidade e da verdade real/ material. [46]

A lei que autoriza transação deverá conter um mínimo de elementos centrais para que se possibilite o exercício deste poder. O poder de extinguir a relação jurídica tributária por efeito da vontade das partes tem de estar previsto como a) possível; b) alcance e limites; c) formas de exercício; d) consequências do seu exercício, para poder ser exercido nos termos definidos na norma.[47]

Causa estranheza falar-se de vontade na concretização da obrigação de imposto. Aprende-se que a obrigação de imposto é *ex lege*, significando esta expressão que os direitos e deveres das partes estão definidos em lei, não havendo lugar a qualquer papel da vontade das partes na sua gênese, desenvolvimento e extinção. Mas será assim?[48] Principalmente quando analisamos o assunto em um contexto em que a vontade das partes ganha cada vez mais normatividade.

Quanto à segurança jurídica das obrigações tributárias solucionadas com base em uma lei que autorize a transação, algumas considerações merecem ser feitas. Frise-se que o fundamento das transações tributárias é a confiança

46 CASSONE, Vittorio. Transacao, conciliação e arbitragem. Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 218.

47 GUIMARÃES, Vasco Branco. O papel da vontade na relação jurídico-tributário: contributo para a compreensão da possibilidade técnico-legal da conciliação e transação como forma de extinguir o débito tributário. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 165

48 GUIMARÃES, Vasco Branco. O papel da vontade na relação jurídico-tributário: contributo para a compreensão da possibilidade técnico-legal da conciliação e transação como forma de extinguir o débito tributário. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 137.

recíproca, amparada na boa-fé objetiva, no respeito ao *pacta sunt servanda* e no fundamento constitucional do ato jurídico perfeito. Nenhuma autoridade administrativa poderá usar de ato administrativo episódico ou alegar lei dirigida materialmente contra a coisa julgada, o direito adquirido ou o ato jurídico perfeito.[49]

Assim, deve sempre ser ressaltado que a inserção do instituto da transação no rol das causas extintivas das obrigações tributárias, só tem cabimento se entendermos a transação no contexto da extinção da pretensão tributária sobre o quanto foi concedido pela administração tributária, com respeito às concessões (recíprocas) dos contribuintes. A legalidade constitucional, aliada à impossibilidade de usar tributo com efeito de confisco, vedam que o procedimento de transação possa ser reaberto para qualquer tipo de revisão.[50]

Conforme pode ser observado, a transação tributária mostra-se um instituto seguro e eficiente, para ambos os lados. Para a Fazenda Pública, a grande vantagem da utilização dos métodos alternativos é representada pela realização imediata de créditos tributários, abreviando custos quanto ao prolongamento do processo judicial ou simplesmente evitando-os, quando utilizados em sede administrativa, o que, sem dúvida, realiza o interesse público.

Por fim, caso as leis a serem publicadas observem as diretrizes adotadas no PL 5.082/2009, a transação tributária implicará maior segurança jurídica, para o contribuinte/ sujeito passivo, precisamente na questão do aperfeiçoamento e uniformização da interpretação das normas tributárias no âmbito da Administração Fiscal. Isso, em razão do fato de que o projeto de lei prevê o julgamento por um órgão técnico especializado, apto a lidar com a complexidade da legislação tributária pátria, garantindo assim a resolução eficiente, segura e justa dos litígios tributários. [51]

Portanto, o que deve ser ponderado é se a transação tributária, um instrumento já há tanto tempo previsto no CTN, pouquíssimo utilizado, deveria ser atualmente ressuscitado, pela tendência processual de busca da consensualida-

---

49 TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 310.

50 TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p.311.

51 MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas proporstas normativas de lei autorizadora. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p.38.

de, justamente para evitar que as questões sejam judicializadas? Isso, embora pareça contraditório, não o é, porque, o objetivo do incentivo à adoção de meios alternativos de solução de conflitos, a médio e longo prazo, é justamente desafogar as instâncias administrativas de julgamento e o próprio Poder Judiciário.

E o meio alternativo do qual se dispõe, na seara tributária é a transação. Sua efetiva utilização poderá trazer efeitos significativos para diminuir a litigiosidade na aplicação da legislação tributária, permitir a maior eficiência na arrecadação dos tributos e o aumento do cumprimento voluntário das obrigações tributárias, melhor atendendo ao princípio constitucional da eficiência. Em suma, o que se busca com a transação é a atuação transparente, célere e eficiente da Administração Tributária, em consonância com o princípio constitucional da eficiência na Administração Pública.[52]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para encerramento do presente artigo, após a análise de todos os fatores trazidos sobre a questão da aplicação ao processo tributário dos métodos autocompositivos de solução consensual de conflitos previstos no NCPC, pode-se destacar as seguintes conclusões:

1. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos previstos no NCPC são compatíveis com o processo tributário, podendo a ele ser aplicados, desde que adaptados à realidade da administração pública, onde a atividade é regida pelos princípios da legalidade e pela indisponibilidade do interesse público. A solução está na mudança de foco, deixando de analisar a questão sob a ótica de seus fundamentos de liberalidade (os quais não se aplicam à Fazenda Pública) e passando a focar nos objetivos desses novos métodos, estando a busca da consensualidade totalmente amparada pelos princípios democrático, da eficiência, do acesso à justiça, da igualdade e pelo princípio da duração razoável do processo.
2. Não é só porque estamos tratando de crédito tributário, de natureza indisponível, que nenhum tipo de acordo ou negociação possa ocorrer em sede de processo tributário. A natureza indisponível do direito não impede a utilização de métodos consensuais no processo.
3. Estará atendendo ao interesse público o uso de métodos autocompositivos em um processo tributário sempre que a solução negociada for a mais eficiente, seja abreviando o tempo necessário para receber o crédito exequendo, seja minimizando perdas ao erário.

52 MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas proporstas normativas de lei autorizadora. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 38.

4. Estamos diante da necessidade de redimensionamento do princípio da indisponibilidade do interesse público, de forma a compreender que, em sua essência, ele é fundamento, e não óbice, para a busca de soluções negociadas no processo tributário. O próprio princípio torna viável a celebração de acordos pela Fazenda Pública sempre que se verificar, no caso concreto, que a demanda não vale a pena, quando avaliada sob o aspecto financeiro.
5. A transação tributária, um instrumento já há tanto tempo previsto no CTN, pouquíssimo utilizado, deveria ser atualmente ressuscitado, pela tendência processual de busca da consensualidade, tanto para evitar que as questões sejam judicializadas quanto para abreviar a tramitação de processos tributários morosos que tramitam por anos, sem solução eficiente para o retorno dos créditos tributários. O instituto da transação é o meio alternativo do qual se dispõe, na seara tributária para adaptar o processo tributário á tendência processual de consensualidade. Sua efetiva utilização poderá trazer efeitos significativos para diminuir a litigiosidade na aplicação da legislação tributária, permitir a maior eficiência na arrecadação dos tributos e o aumento do cumprimento voluntário das obrigações tributárias, atendendo ao princípio da eficiência.

REFERÊNCIAS

I Fórum Nacional do Poder Público, Brasília, 17 e 18 de junho de 2016. Disponível em <http://anafenacional.org.br/wp-content/uploads/2016/07/Enunciados-I-FNPP.pdf>, acesso em 25.02.18.

I Jornada Prevenção e solução extrajudicial de litígios (22 e 23 de agosto de 2016 - Brasília - DF) - Realização Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/ corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/? _authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669 , acesso em 24.02.2018.

III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Civis, Rio de Janeiro, de 25 a 27 de abril de 2014. Disponível em <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf >, acesso em 20.02.2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul,** Porto Alegre: PGE/RS, v. 28, n. 60, p. 27-66, jul./dez. 2004.

BRASIL, CÂMARA DOS DEPUTADOS, **PL 5.082/2009.** Disponível em < http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=421A49C1F4F1287C0ADAD0FBA0463FCF.proposicoesWeb1?codteor=648733&filename=PL+5082/2009>, acesso em 13/02/2018.

CASSONE, Vittorio. Transacao, conciliação e arbitragem. Transação, conciliação e arbitragem no âmbito tributário: confronto entre os princípios constitucionais aplicáveis. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 217-250.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2016: ano-base 2015.** Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbff344931a933579915488.pdf>, acesso em 24.02.2018.

CONTE, Francesco. Fazenda Pública e mediação / conciliação: consensualidade alvissareira, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 247- 302.

DAL' COL, Caio de Sá; ABREU, Lívia Dalla Bernardina. Reflexos do CPC/2015 nas execuções fiscais. *In* ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública.** 2a ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do novo CPC, v.3, p. 67-93.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Reescrito com base no Novo CPC. Vol. 2, 10ª ed. Salvador : JusPodivm, 2015.

FACCI, Lucio Picanço. A utilização de meios consensuais de resolução de conflitos pela Administração Pública e o novo Código de Processo Civil, *in* ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Fazenda Pública.** 2a ed. rev, ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Repercussões do novo CPC, v.3, p. 381 - 402.

GUIMARÃES, Vasco Branco. O papel da vontade na relação jurídico-tributário: contributo para a compreensão da possibilidade técnico-legal da conciliação e transação como forma de extinguir o débito tributário. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p.135-166.

LOIS, Eduardo Casseb. Os precedentes no CPC/2015 e a celebração de acordos em causas tributárias, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 211- 229.

MACHADO, Hugo de Brito. Confissão e transação no direito tributário. **Revista Dialética de Direito Tributário,** São Paulo: Dialética, v. 159, dezembro 2008, p. 31-40.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. O Código de Processo Civil de 2015 e a conciliação nos processos envolvendo a Fazenda Pública, *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p. 405- 437.

MARTINS FILHO, Luiz Dias; ADAMS, Luís Inácio Lucena. A transação no Código Tributário Nacional (CTN) e as novas proporstas normativas de lei autorizadora. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e ar-**

bitragem no âmbito tributário: homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 15-42.

MEGNA, Bruno Lopes. Consensualidade no processo tributário: atualização do estado da arte de acordo com o novo CPC e a Lei de Mediação, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário**. Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 103-122.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de estado revisitada essencialidade ao Estado democrático de Direito. **Revista da Procuradoria Geral do Espírito Santo,** Vitória: PGE/ES, v. 4, n. 4, p. 21-64, jul./dez. 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Mutações do Direito Administrativo. 2.ed - Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

PEPE, Rafael Gaia Edais; SILVA, Ricardo José da Rocha, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 405- 437.

RENNER, Rafael Henrique. Negócios processuais e ações tributárias: alguns aspectos introdutórios, *in* BUENO, Cássio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio (Coord.). **Processo Tributário.** Salvador: JusPodivm, 2017. Coleção Repercussões do novo CPC, v.16, p. 169-214.

SOUZA, Luciane Moessa de. Mediação de conflitos e administração pública. In: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **O marco legal da mediação no Brasil**. - São Paulo: Atlas, 2015, p. 209-230.

TORRES, Heleno Taveira. Princípios de segurança jurídica e transação em matéria tributária: os limites da revisão administrativa dos acordos tributários. *In* SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes; GUIMARÃES, Vasco Branco (Org.). **Transação e arbitragem no âmbito tributário:** homenagem ao jurista Carlos Mário da Silva Velloso. Belo Horizonte: Fórum, 2008 , p. 299-330.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis. *in* ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Coord.). **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos.** Salvador: JusPodivm, 2016. Coleção Grandes Temas do novo CPC, v.9, p. 405-429.