



REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

 CEJUR

EDIÇÃO ESPECIAL

*Em memória do
Procurador do Estado*

**VITOR HUGO
MOTA DE MENEZES**





REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

EDIÇÃO ESPECIAL

*Em memória do
Procurador do Estado*

**VITOR HUGO
MOTA DE MENEZES**

 **CEJUR**



AMAZONAS

GOVERNO DO ESTADO

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

REVISTA DA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



R. PGE	Manaus-AM	a. 36	n. 41	2020/2021
--------	-----------	-------	-------	-----------

GOVERNADOR DO ESTADO DO AMAZONAS

Wilson Miranda Lima

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

Giordano Bruno Costa da Cruz

SUBPROCURADORES-GERAIS DO ESTADO

Mateus Severiano da Costa

Eugênio Nunes Silva

Isaltino José Barbosa Neto

PROCURADOR-CORREGEDOR

Ronald de Souza Carpinteiro Peres

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Clara Maria Lindoso e Lima – Coordenadora

COMISSÃO

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho

Daniel Pinheiro Viegas

Eugênio Nunes Silva

Heloysa Simonetti Teixeira

Patrícia Petrucelli Marinho

Rafael Cândido da Silva

Ricardo Antonio Rezende de Jesus

Ticiano Alves e Silva

ORGANIZAÇÃO E REVISÃO

Clara Maria Lindoso e Lima

Cássia Maísa Bezerra da Silva Fernandes

Aretuza Carvalho Ribeiro

Hellen Cristina Silva Moraes

DIRETOR-PRESIDENTE DA IMPRENSA OFICIAL DO ESTADO DO AMAZONAS

João Ribeiro Guimarães Júnior

GERÊNCIA DE SERVIÇOS E PRODUTOS EDITORIAIS

Daniela Cavalcante da Silva

DIAGRAMAÇÃO

Ana Luiza de Almeida Parente

CAPA

José Leonardo Lima da Silva

Ana Luiza de Almeida Parente

REVISTA DA PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Manaus, Procuradoria Geral do Estado, Centro de Estudos Jurídicos, 1983. Manaus: Imprensa Oficial do Estado do Amazonas, 2021.

438 p.: 22,5x15,5 cm.

ISSN 1807926- 1

1983-2020/2021 (1-41)

D.Q.C. 340.05

Os artigos assinados não representam necessariamente a opinião da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. A transcrição de matérias contidas na Revista da Procuradoria Geral do Estado só será permitida com citação da fonte.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

Rua Emílio Moreira, 1308 – Praça 14 de Janeiro

CEP: 69020-040 – Manaus-AM – Fone: 92 3649-3108

PROCURADORES DO ESTADO 2020/2021

PROCURADORES DE PRIMEIRA CLASSE

ADRIANE SIMÕES ASSAYAG RIBEIRO
ANA EUNICE CARNEIRO ALVES
ANGELA BEATRIZ GONÇALVES FALCÃO DE OLIVEIRA BASTOS
CARLOS ALBERTO DE MORAES RAMOS FILHO
ELLEN FLORÊNCIO SANTOS ROCHA
EVANDRO EZÍDRO DE LIMA REGIS
HELOYSIA SIMONETTI TEIXEIRA
INDRA MARA DOS SANTOS BESSA
JÚLIO CÉZAR LIMA BRANDÃO
LUIS CARLOS DE PAULA E SOUSA
MARCELO AUGUSTO ALBUQUERQUE DA CUNHA
MARIA HOSANA DE SOUZA MONTEIRO
PAULO JOSÉ GOMES DE CARVALHO
RICARDO ANTONIO REZENDE DE JESUS
ROBERTA FERREIRA DE ANDRADE MOTA
RONALD DE SOUSA CARPINTEIRO PERES
RUTH XIMENES DE SABÓIA

PROCURADORES DE SEGUNDA CLASSE

ANNA KARINA LEÃO BRASIL SALAMA
CARLOS ALEXANDRE MOREIRA DE CARVALHO. M. DE MATOS
CLARA MARIA LINDOSO E LIMA
CLÓVIS SMITH FROTA JÚNIOR
FÁBIO PEREIRA GARCIA DOS SANTOS
GLÍCIA PEREIRA BRAGA
ISABELA PERES RUSSO
KALINA MADDY MACÊDO COHEN
KARLA BRITO NOVO
LEILA MARIA RAPOSO XAVIER LEITE
LEONARDO DE BORBOREMA BLASCH
LUCIANA GUIMARÃES PINHEIRO VIEIRA

MARCELLO HENRIQUE SOARES CIPRIANO
MARIA FLORÊNCIA SILVA
ONILDA ABREU DA SILVA
PATRÍCIA PETRUCCELLI MARINHO
RÔMULO DE SOUZA CARPINTEIRO PERES
SIMONETE GOMES SANTOS ARAUJO
TATIANNE VIEIRA ASSAYAG TOLEDO
TICIANO ALVES E SILVA
YOLANDA CORREA PEREIRA

PROCURADORES DE TERCEIRA CLASSE

ALDENOR DE SOUZA RABELO
ALINE TEIXEIRA LEAL NUNES
ALTIZA PEREIRA DE SOUZA
ANA MARCELA GRANA DE ALMEIDA
ANDREA PEREIRA DE FREITAS
ARTHUR MARCEL BATISTA GOMES
BARBARA FERNANDEZ DE BASTOS
BENEDITO EVALDO DE LIMA MORENO
CAMILLA PEREIRA DE MARCOS
DANIEL PINHEIRO VIEGAS
DEBORA BANDEIRA KOENOW
DIOGO DINIZ FERREIRA DE CARVALHO
ÉLIDA DE LIMA REIS CORREA
ERNANDO SIMIÃO DA SILVA FILHO
EUGENIO AUGUSTO CARVALHO SEELIG
EUGÊNIO NUNES SILVA
FABIANO BURIOL
FRANKLIN ARTHUR MARTINZ FILHO
GABRIELA MUNIZ DE MOURA
GIORDANO BRUNO COSTA DA CRUZ
HELGA COSTA MENDONÇA DE REZENDE
INGRID KHAMYLLA MONTEIRO XIMENES DE SOUZA
ISALTINO JOSÉ BARBOSA NETO

IVANIA LUCIA SILVA COSTA
JANILSON DA COSTA BARROS
JUCELINNO ARAUJO LIMA
JÚLIO CÉSAR DE VASCONCELLOS ASSAD
KERINNE MARIA FREITAS PINHEIRO
LAÉRCIO DE CASTRO DOURADO JUNIOR
LEANDRO VINICIUS FONSECA ROZEIRA
LISIEUX RIBEIRO LIMA
LORENA SILVA DE ALBUQUERQUE
LUCIANA ARAÚJO PAES
LUCIANA BARROSO DE FREITAS
LUIS EDUARDO MENDES DANTAS
MATEUS SEVERIANO DA COSTA
MICAEL PINHEIRO NEVES SILVA
NATASHA YUKIE HARA DE OLIVEIRA
RAFAEL CANDIDO DA SILVA
RAFAEL LINS BERTAZZO
RAQUEL BENTES DE SOUZA DO NASCIMENTO
RENAN TAKETOMI DE MAGALHAES
SÁLVIA DE SOUZA HADDAD
TADEU DE SOUZA SILVA
THELCYANNE DE CARVALHO NUNES DIAS
THIAGO ARAUJO REZENDE MENDES
THIAGO OLIVEIRA COSTA
VANESSA LIMA DO NASCIMENTO
VICTOR FABIAN SOARES CIPRIANO
VIRGÍNIA NUNES BESSA
VIVIAN MARIA OLIVEIRA DA FROTA

PROCURADORES INATIVOS ATÉ OUTUBRO DE 2021

ALBERTO BEZERRA DE MELO
ALBERTO GUIDO VALÉRIO
ALDEMAR AUGUSTO ARAÚJO JORGE DE SALES
ALZIRA FARIAS DA FONSECA DE GOES

FLÁVIO CORDEIRO ANTONY
JARI VARGAS
JOÃO BOSCO DANTAS NUNES
JORGE HENRIQUE DE FREITAS PINHO
JOSÉ BERNARDO CABRAL
JOSÉ MARTINS DE ARAÚJO
JOSÉ SODRÉ DOS SANTOS
LEONARDO PRESTES MARTINS
LEONOR DO CARMO MOTA VILA
LOURENÇO DOS SANTOS PEREIRA BRAGA
MARIA BEATRIZ DE JESUS PINTO MARTINS
MIOSÓTIS CASTELO BRANCO
NEUSA DÍDIA BRANDÃO SOARES ANGELUCI
OLDENEY SÁ VALENTE
PAULO LOBATO TEIXEIRA
RAIMUNDO FRÂNIO DE ALMEIDA LIMA
SERGIO VIEIRA CARDOSO
SUELY MARIA VIEIRA DA ROCHA BARBIRATO
SUELY XAVIER LIMA
VIVIEN MEDINA NORONHA

PROCURADORES DO ESTADO FALECIDOS ATÉ OUTUBRO DE 2021

ADALBERTO ANDRADE DE MENEZES
ADRIÃO SEVERIANO NUNES NETO
ADSON DE SOUZA LIMA
ANTÔNIO MENDES DO CARMO
AURELIANO RIBEIRO CARMINÉ
BENEDITO DE JESUS AZEDO
BENTO VITAL DE OLIVEIRA
CAUPOLICAN PADILHA GOMES
DARCY DE SANTANA COSTA
EDUARDO MAGNANI DA ENCARNAÇÃO
ELSON RODRIGUES DE ANDRADE

ELZAMIR MUNIZ FRADE
EROS PEREIRA DA SILVA
FERNANDO DE MELO COLLYER CAVALCANTE
FRANCISCO DE ASSIS ALBUQUERQUE PEIXOTO
HÉLIO SEBASTIÃO DE CASTRO LIMA
JACIREMA SANTANA PAES
JAIME CARVALHO ARANTES
JAYME ROBERTO CABRAL ÍNDIO DE MAUÉS
JOÃO NOGUEIRA DA MATA
JORGE RESENDE SOBRINHO
JOSÉ DAS GRAÇAS BARROS DE CARVALHO
MÁRIO JORGE DO COUTO LOPES
MOACIR DA SILVA
ONESMO GOMES DE SOUZA
OSMAR PEDROSA
PAULO DE LA CRUCE DE GRANA MARINHO
PLÍNIO RAMOS COELHO
ROOSEVELT BRAGA DOS SANTOS
RUY BRASIL CORRÊA
SANDRA MARIA DO COUTO E SILVA
SEBASTIÃO DAVID DE CARVALHO
SÍLVIA PUCÚ STEPHANO
VICENTE DE MENDONÇA JÚNIOR
VITOR HUGO MOTA DE MENEZES
WALTER BARBOSA DOS REIS
WANDINA DE ARAÚJO OLIVEIRA

PROCURADORIAS ESPECIALIZADAS

PROCURADORIA ADMINISTRATIVA – PA

Procurador-Chefe: Luis Eduardo Mendes Dantas

PROCURADORIA JUDICIAL COMUM – PJC

Procurador-Chefe: Leonardo de Borborema Blasch

PROCURADORIA DO PESSOAL CIVIL – PPC

Procurador-Chefe: Renan Taketomi de Magalhães

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO – PPT

Procuradora-Chefe: Maria Hosana de Souza Monteiro

PROCURADORIA DO MEIO AMBIENTE – PMA

Procurador-Chefe: Daniel Pinheiro Viegas

PROCURADORIA DO PATRIMÔNIO IMOBILIÁRIO E FUNDIÁRIO – PPIF

Procurador-Chefe: Júlio Cesar de Vasconcellos Assad

PROCURADORIA DO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO – PROCONT

Procurador-Chefe: Marcello Henrique Soares Cipriano

PROCURADORIA DE EXECUÇÕES FISCAIS – PROEF

Procuradora-Chefe: Kalina Maddy Macedo Cohen

PROCURADORIA DA DÍVIDA ATIVA E COBRANÇA EXTRAJUDICIAL – PRODACE

Procuradora-Chefe: Raquel Bentes de Souza Nascimento

PROCURADORIA PREVIDENCIÁRIA E FINANCEIRA – PPF

Procuradora-Chefe: Luciana Guimarães Pinheiro Vieira

PROCURADORIA DO ESTADO NO DISTRITO FEDERAL – PGE/DF

Procurador-Chefe: Ricardo Antônio Rezende de Jesus

PROCURADORIA DO PESSOAL MILITAR – PPM

Procurador-Chefe: Carlos Alexandre M.C.M de Matos

ASSESSORIA ESPECIAL

Procuradora-Chefe: Isabela Peres Russo

ESCOLA SUPERIOR DE ADVOCACIA PÚBLICA

Diretora: Dra. Heloysa Simonetti Teixeira

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: Dra. Clara Maria Lindoso e Lima

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO Giordano Bruno Costa da Cruz	17
A NOSSA CAPA, PALÁCIO RIO NEGRO Ronald Carpinteiro Pères	19
CAPÍTULO ESPECIAL	
UM BRINDE A VITOR HUGO Ana Eunice Carneiro Alves, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, Frânio Lima, Indra Mara dos Santos Bessa, Heloysa Simonetti Teixeira, José Miranda de Araújo Neto, Júlio Cezar Lima Brandão, Karen Cristina Silua de Oliveira, Lourenço dos Santos Pereira Braga, Paulo José Gomes de Carvalho e Ruy Marcelo Alencar de Mendonça	23
ENCANTADO Luis Carlos de Paula e Souza	41
HOMENAGEM A VITOR HUGO MOTA DE MENEZES Lúcia Maria Correia Viana	47
UMA HOMENAGEM Islene Botelho Barroso	51
GALERIA DE FOTOS Clara Maria Lindoso e Lima	53
PARECER 03/2020 – PPT-PGE/AM Vitor Hugo Mota de Menezes	67
PARECER 04/2020 – PPT-PGE/AM Vitor Hugo Mota de Menezes	81
ARTIGOS CIENTÍFICOS	
O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho	89

PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E MEIOS INTEGRADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A EXPERIÊNCIA DO NÚCLEO DE DEMANDAS REPETITIVAS DA PROCURADORIA DO PESSOAL MILITAR. Élida de Lima Reis Corrêa	107
ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA E JURISPRUDÊNCIA: UMA ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA SISTEMÁTICA À LUZ DAS DECISÕES JUDICIAIS. Eric Rafael Canto dos Santos	131
O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA: UMA CRÍTICA À DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 38.284. Ernando Simião da Silva Filho	161
A TUTELA PENAL DA PESSOA INDÍGENA: APONTAMENTOS ACERCA DA RESPONSABILIZAÇÃO PENAL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Fabio Cardoso Batista	179
RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO. Gabriela dos Santos Barros	199
ESTRATÉGIAS DE GESTÃO PÚBLICA ANTE A PANDEMIA DE COVID-19: OS INSTITUTOS LEGAIS DA REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA DE PESSOAL. Gláucia Maria de Araujo Ribeiro, Debora Bandeira Dias Koenow, Magdalena Araújo Pereira Ferreira	213
A ARBITRAGEM COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS SOBRE SANÇÕES CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS. Heloyza Simonetti Teixeira, Renata Simonetti Teixeira	237
A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA E A CONCESSÃO DA MEDIDA DE INDISPONIBILIDADE DE BENS: RISCOS E EXCESSOS ENFRENTADOS PELOS REQUERIDOS. Ingrid Godinho Dodô	253

AGRAVO DE INSTRUMENTO E HIPÓTESE DE CABIMENTO: O ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015 E A INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Janilson Da Costa Barros	275
DEMOCRATIZAÇÕES DAS RELAÇÕES DE TRABALHO – A EFETIVIDADE DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE PARTICIPAÇÃO DO EMPREGADO NA GESTÃO DA EMPRESA. Mayana Vieira Amorim	303
O LIBERALISMO POLÍTICO DE JOHN RAWLS. Patrícia Petrucelli Marinho	325
INTERVENÇÃO ESTATAL POR INDUÇÃO E O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA. Rafael Lins Bertazzo	339
A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PERCENTUAIS DE ADITIVOS EM CONTRATOS PÚBLICOS DE OBRAS DE ENGENHARIA. René Leuy Aguiar	359
PRECATÓRIO: ASPECTOS PRÁTICOS E INTERPRETAÇÃO JURISPRUDENCIAL. Roberta Ferreira De Andrade Mota	373
ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA: EFETIVAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E REDUÇÃO DA LITIGIOSIDADE. Talita Bastos Loureiro Ramos, Vitória Furtado Araujo	395
DIREITO AO FGTS EM CONTRATO POR PRAZO DETERMINADO: UMA ANÁLISE SOBRE A JURISPRUDÊNCIA DO STF. Thiago Oliveira Costa	407
ANÁLISE ECONÔMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: A PERSPECTIVA DE EFICIÊNCIA DO MODELO CONTRATUAL E OS OBSTÁCULOS A SUPERAR. Victor Herzer Da Silva	423

APRESENTAÇÃO

Quis o destino que a mim coubesse realizar a apresentação de revista desta PGE em homenagem ao meu grande amigo e orientador Vitor Hugo Mota de Menezes. Preferiaria continuar como seu pupilo acadêmico, seu eterno mes-trando em Direito de Estado e observador de seus afazeres procuratoriais.

Extremamente leve e prazeroso era o convívio com ele. Sempre solícito, colaborativo e *workaholic*. Como Procurador do Estado era incansável na realização de seu mister. As ideias e os ideais que tinha para defender os inter-esses de nosso Estado eram imprescindíveis para a resolução de proble-mas jurídicos e políticos severos que enfrentamos ordinariamente.

A experiência carregada por ele nos faz falta, e continuará fazendo. Com ele éramos maiores, mais fortes, mais seguros e confiantes. Sem ele, conti-nuamos com essas mesmas características, mas com grandeza menor.

De minha sala na Procuradoria Administrativa ainda ouço as risadas dele. Éramos vizinhos de sala. Todas as vezes que as ouvia, corria para lá para também rir um pouco. A gargalhada era algo comum em nós. Já que os problemas sempre existirão, que coabitem com nossas gargalhadas, elas resolvem vários deles.

Ele se foi, mas continua aqui.

Nesta edição especial da Revista da PGE, encontraremos um capítulo especial dedicado ao homenageado, com a crônica *Encantado*, uma peque-na biografia em forma de crônica elaborada por amigos de procuradoria e de vida inteira, galeria de fotos e depoimentos daqueles que lhe rodearam.

Há, também, artigos jurídicos escritos com profundidade e praticidade sobre assuntos jurídicos atuais afetos à Advocacia Pública (como controle de convencionalidade, arbitragem em sanções administrativas, medidas ad-ministrativas de enfrentamento à pandemia, dentre outros) sem olvidar de temas clássicos sobre Teoria Política, como o liberalismo de Rawls, a base da moderna teoria de justiça das capacidades elaborada por Martha Nussbaum.

Espero que as leituras aqui encontradas permitam que os desconheci-dos saibam da importância do homenageado para nossa Casa e os que ti-veram a honra de conhecê-lo e conviver com ele possam matar um pouco de nossa saudade.

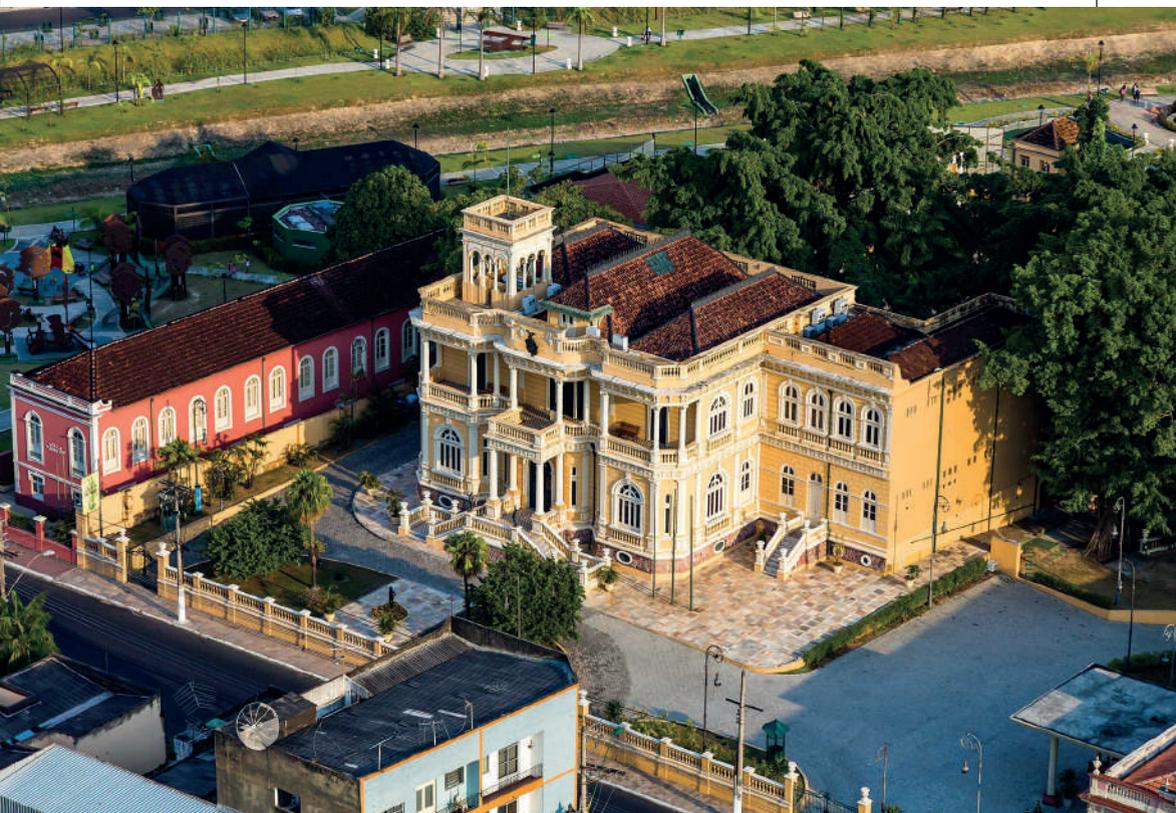
Boa leitura!

Giordano Bruno Costa da Cruz

Procurador-Geral do Estado do Amazonas

A nossa capa, Palácio Rio Negro

Dr. Ronald Carpinteiro Péres



Um dos maiores ícones do patrimônio histórico-arquitetônico da cidade de Manaus, o Palácio Rio Negro foi construído nos primeiros anos do século XX pelo arquiteto alemão **Henrik Moers**, sob encomenda, para servir de residência a um dos maiores exportadores de borracha do Amazonas, **Karl Waldemar Scholz**, comerciante também de nacionalidade germânica, e proprietário da pujante firma *Scholz & Cia*”, uma das empresas líderes do ciclo do látex na Amazônia, entre 1870-1914. Trata-se de uma propriedade

luxuosa para os padrões da época, edificada em estilo eclético ao centro de um terreno de grandes dimensões localizado nos altos da Avenida Sete de Setembro, entre as duas pontes “romanas” dos igarapés de Manaus e Bittencourt; cercado por belos jardins tropicais e dispendo de amplos cômodos no térreo e no pavimento superior, além de um avarandado de ferro fundido na parte posterior, e de um mirante sobre a ala esquerda do edifício, com uma bela vista da cidade. Foi residência de Scholz por um período relativamente curto - cerca de dez anos - já que este, durante o período da I Guerra Mundial (1914-1918), em razão do clima de hostilidade anti-germânica instaurado em razão do conflito bélico, se ausentou do Amazonas, e, passando por grandes dificuldades financeiras, em razão da *débaçle* no preço da borracha amazônica nos mercados internacionais, empenhou o seu palacete em hipoteca, como garantia de dívidas, no valor astronômico de 400 contos de réis, ao também comerciante de borracha do Rio Purus, Luiz da Silva Gomes, proprietário da igualmente poderosa firma *Gomes & Cia.*

Nesse ínterim, o imóvel é alugado ao governo estadual pela quantia mensal de hum conto de réis. Em 1917, durante a gestão governamental de **Pedro de Alcântara Bacellar** (1917-1921), o Estado o adquire em definitivo, pela quantia de 200 contos de réis, a metade do valor hipotecário subscrito, e batiza o palacete oficialmente de *Palácio Rio Negro*, convertendo-o na sede definitiva do Poder Executivo do Amazonas e residência oficial do Governador do Estado, embora poucos ocupantes o tenham utilizado para tal finalidade - Álvaro Maia, que ali residiu por muitos anos ao lado de sua família, seria uma honrosa exceção nesse particular. Em 1922, o majestoso prédio serve de cenário ao suntuoso *Baile do Centenário da Independência do Brasil*; e, dois anos, depois, às escaramuças militares havidas antes, durante e depois da *Revolução Tenentista* de 23 de julho 1924 - liderada pelo tenente do Exército Alfredo Augusto Ribeiro Júnior e seus correligionários - que depuseram *manu militari* o governo oligárquico, corrupto e nepotista de César do Rego Monteiro (1921-1924). Além de Bacellar e Rego Monteiro, ali despacharam e decidiram os destinos do Estado, de seus gabinetes e salões ricamente mobiliados, todos os governadores (ou interventores) subseqüentes, ao longo do século XX: Alfredo Sá (dezembro de 1924 a janeiro de 1926), Ephigenio Salles (1926-1930), Dorval Porto (janeiro a outubro de 1930), Álvaro Maia (1930-1933, 1935-1945, 1951-1955), Nelson de Mello (1933-1935); os interventores Emiliano Estanislau Afonso, Júlio Nery, Raimundo Nicolau da Silva, João Nogueira da Mata e Sisenio Sarmiento (sucessivamente, entre novembro de 1945 e maio de 1947), Leopoldo Neves (1947-1951), Plínio Coelho (1955-1959, março de 1963 a junho de 1964), Gilberto Mestrinho (1959-1963, 1983-1987, 1991-1995), Arthur Reis

(1964-1967), Danilo de Mattos Areosa (1967-1971), João Walter de Andrade (1971-1975), Henoch Reis (1975-1979), José Lindoso (1979-1982), Paulo Nery (maio de 1982 a março de 1983), Amazonino Mendes (1987-1990, 1995-1999, 1999-2003) e Vivaldo Frota (abril de 1990 a março de 1991).

Por seu inegável valor cultural, o Palácio Rio Negro foi completamente restaurado, pela primeira vez, entre 1981/1982, ao final do governo de **José Lindoso**, ele próprio um homem ilustrado, amante das letras e da cultura, ocasião em que o edifício é formalmente tombado como patrimônio estadual, pelo Decreto Estadual nº 5.218, de 3 de outubro de 1980. Em 1997, durante a segunda gestão de **Amazonino Mendes**, o palácio, após oitenta anos consecutivos, perde seu *status* tradicional de sede do governo, sendo convertido em centro cultural, gerido pela Secretaria de Cultura, e destinado a exposições permanentes e temporárias, eventos diversos (*cocktails, workshops, vernissages*, etc), e de local de recepção a visitantes ilustres em visitas oficiais ao Estado. Em 1º de setembro de 2009, o complexo palaciano tem suas instalações ampliadas, com a inauguração de um moderno prédio anexo destinado a grandes eventos e reuniões, o **Salão Rio Solimões**; e, no seu entorno, do belíssimo **Parque Senador Jefferson Péres**, uma imensa área verde de lazer, fruto da requalificação ambiental e urbanística dos igarapés que circundam o histórico edifício. O Palácio Rio Negro, por sua ambiência, sua arquitetura, e pelo que representa para a memória do Estado, é um monumento, em si, que resguarda em seus elegantes recônditos e em sua discreta imponência mais de um século da vida pública amazonense e manauara.

.....

Breve histórico elaborado pelo Procurador do Estado, Dr. Ronald Carpinteiro Péres, especialmente para a Revista da PGE/AM, Ano 2021.

Um brinde a Vitor Hugo

Ana Eunice Carneiro Alves, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, Frânio Lima, Indra Mara dos Santos Bessa, Heloysa Simonetti Teixeira, José Miranda de Araújo Neto, Júlio Cezar Lima Brandão, Karen Cristina Silva de Oliveira, Lourenço dos Santos Pereira Braga, Paulo José Gomes de Carvalho e Ruy Marcelo Alencar de Mendonça.

De origem humilde, Vitor Hugo Mota de Menezes – VH, para os amigos – era natural de Eirunepé/AM, onde morou até os 7 anos de idade. Com a família, veio para Manaus, começando muito cedo o labor: trabalhava vendendo embalagens junto a seu irmão Elilde Mota de Menezes, no Mercado Adolpho Lisboa.

Aluno assíduo da Escola Estadual Ruy Araújo e cioso dos deveres de estudante, manteve, durante muito tempo, uma perseverante rotina, sempre dividida entre o estudo e a labuta.



Para cumprir seus afazeres, sempre teve o apoio de sua Avó materna Ly-
dia, que provia o necessário, desde os itens mais comezinhos até alguns pu-
xões de orelha, na tentativa de “desasnar o menino”, como ela mesma dizia.
Enquanto isso, sua mãe, Maria Tereza de Menezes, cumpria longas jorna-
das de trabalho e plantões como enfermeira nos hospitais da cidade, e seu
pai, Raimundo Benício de Menezes, cultivava e arava no sítio da família.



Vó Lydia



Pais

Para Vitor Hugo, nunca nada foi fácil. Suas conquistas sempre foram precedidas de muito esforço e ajuda divina. Criado em berço cristão, sempre professou irrevogável fé. Foi músico da banda da Igreja Assembleia de Deus e chegou a ser dirigente de congregação em sua juventude.



Quando perguntado sobre sua escolha pelo curso de Direito, VH, com seu humor habitual, parafraseava Ariano Suassuna, explicando que, em sua época, ele não teve opção. Na universidade pública, havia três cursos: medicina, contabilidade e direito. Quem era bom em matemática – não era seu caso – estudava contabilidade. Quem costumava abrir, pelas manhãs no quintal de casa, a barriga de sapos – coisa para qual não tinha “estômago” nem habilidade – fazia medicina. E quem “não dava para nada” cursava direito.

Após algumas tentativas, foi aprovado no vestibular e, em 1986, graduou-se pela Velha Jaqueira, a Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas.



À época, já trabalhava na Suframa, como técnico de importações. Após a conclusão do bacharelado, deu início à vida de prático e acadêmico do Direito, constituindo sociedade com seu amigo Carlos Zamith, em escritório no Centro da cidade e, ao mesmo tempo, lecionando Direito Internacional Público e Privado nas faculdades de Manaus.

Passou, então, a estudar para concursos públicos – no início, sem muito êxito. Perseverante e teimoso por natureza, com a experiência adquirida e a marcha do tempo, obteve aprovação para os cargos de juiz, delegado e procurador do Estado.



Dr. Carlos Zamith e Dr. Vitor Hugo

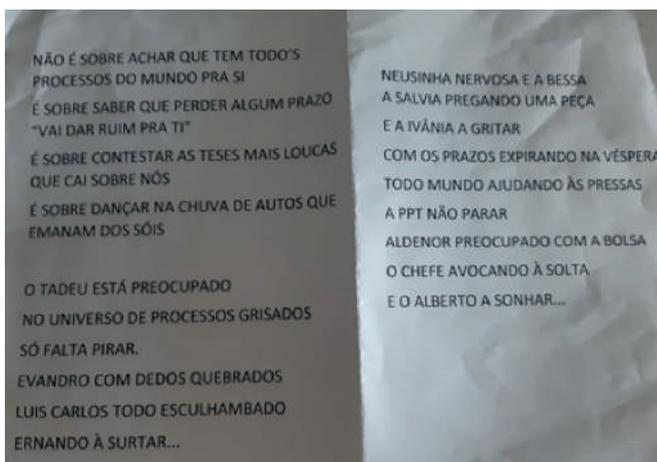
Tomou posse como Procurador do Estado na Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas (PGE/AM) em 1997, tendo transitado por quase todas as Especializadas da Casa. Foi Chefe da Procuradoria do Contencioso Tributário (PROCONT), da Procuradoria da Dívida Ativa e Cobrança Extrajudicial (PRODACE), a qual fundou, e da Procuradoria do Pessoal Temporário (PPT). Também foi Corregedor-Geral, Subprocurador-Geral



Vivien Medina Noronha, Vitor Hugo Mota de Menezes, Oldeney Sá Valente, Neusa Dídia Brandão Soares, Carlos Alexandre M.C.M Matos, Anna Karina Leão Brasil Salama, Heloysa Simonetti Teixeira e Glícia Pereira Braga - Posse de Procuradores no ano de 1997

e, por um breve período, Procurador-Geral. Fora da PGE, ocupou o cargo de Subsecretário da Casa Civil do Município de Manaus. Em todas as funções públicas que exerceu, foi sempre rigoroso na exação e singular na lealdade a preceitos da ética e da Justiça.

Na PPT, instituiu estratégias de controle e produtividade, criou teses e refez modelos. Sempre irreverente, compôs uma música para animar sua equipe:



Há mais: onde quer que estivesse, Vitor Hugo estava com livro a tiracolo. Tinha sede de conhecimento, curiosidade pelo novo e estimava o valor das atividades intelectuais em sua vida. Era constante e ativa sua participação em seminários e congressos nacionais, regionais e locais, não raras vezes como palestrante.

Fez Mestrado em Direito Ambiental na Universidade do Estado do Amazonas (UEA), concluído 2007, tendo defendido a dissertação “*Poluição transfronteiriça: sua proteção jurídica em face da soberania*”, publicada em 2007, pela Editora da Universidade Federal do Amazonas.



Da esquerda para direita: Dr. Joaquim Shiraishi Neto, Dr. José Augusto Fontoura Costa, Dr. Raimundo Pereira Pontes Filho e Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes.



Da esquerda para a direita: Dr. José Augusto Fontoura Costa, Dr. Serguei Aily Franco de Camargo, Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes, Dr. Joaquim Shiraishi Neto e Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas.

Nesse período de intensos estudos, VH reunia-se com seus amigos em momentos de descontração, quando ajudou a fundar a famosa banda musical denominada “*Los Químicos*”, que tocava do brega ao *rock n’ roll*.



Los Químicos: Vitor Hugo, Ruy Marcelo e Júlio Brandão

Pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas (FAPEAM), doutorou-se em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP/SP), sendo figura marcante em sua turma, tanto pelas agudas provocações filosóficas, quanto pelo bom humor que tornava mais leves as noites em meio aos colegas. Defendeu a tese “*Direito fundamental à saúde e reserva do possível*”, publicada, em 2015, pela Juruá Editora.



Banca do Doutorado: Da esquerda para a direita: Dr. Marcio Anatole de Souza Romeiro, Dr. Eduardo Arruda Alvim, Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes e Dr. Fabricio Muraro Novaes.

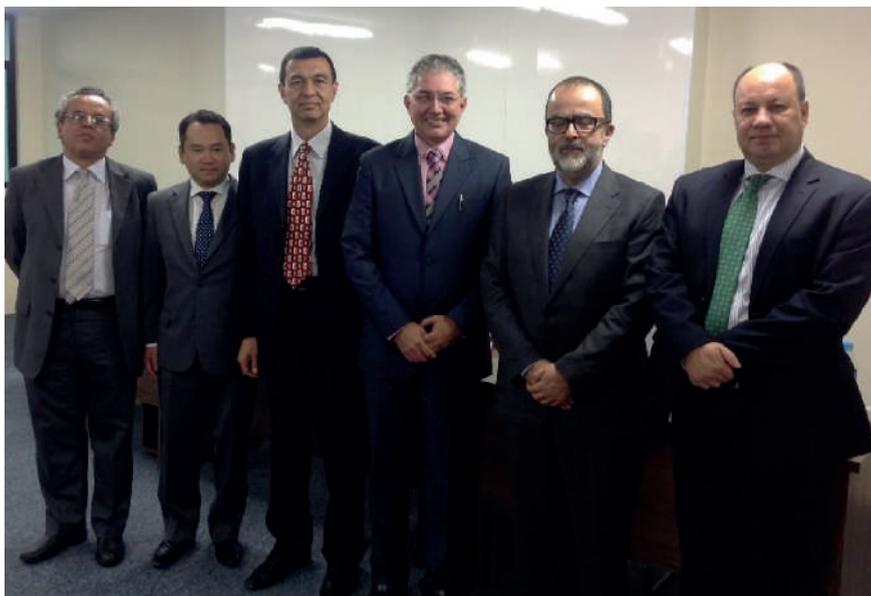


Foto com professores na Qualificação: da esquerda para a direita: Dr. Marcio Anatole de Souza Romeiro, Dr. Lauro Ishikawa, Dr. José Carlos Carota, Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes, Dr. Eduardo Arruda Alvim e Dr. Fauzi Hassan Choukr.



Da esquerda para a direita: Dr. Fauzi Hassan Choukr, Dr. José Martos e Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes.

Realizou estágio pós-doutoral na “*Università Degli Studi di Messina*”, na Itália, tendo se destacado pela temática da tese lá desenvolvida, “*La vulnerabilità nell'esternalizzazione dinanzi al servizio pubblico*”, por seus discursos inconfundíveis e por seu falar irreverente.



Vitor Hugo e seus colegas de Turma de pós-doutorado



Vitor Hugo com seu diploma de pós-doutorado

Na docência, exerceu o magistério no Centro Universitário Superior do Amazonas (CIESA), sendo professor da Pós-Graduação, ministrada em parceria com a Universidade de São Paulo (USP), e Professor Titular das cadeiras de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Também era professor convidado da disciplina de Filosofia do Direito do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e de Direito Internacional Público no curso de Especialização da Universidade UEA em parceria com a OAB-AM. Coordenava, ainda, o curso de Direito da Faculdade Boas Novas (FBN), onde era Professor Titular das cadeiras de Filosofia do Direito e Hermenêutica Jurídica. Foi orientador de dissertações e de teses, inclusive de Procuradores do Estado, e integrou bancas de defesa na UEA, USP e UNIFOR.

Profissional de excelência, Vitor Hugo publicou artigos em várias revistas nacionais e internacionais e foi autor e coautor de diversas obras individuais e coletivas:¹

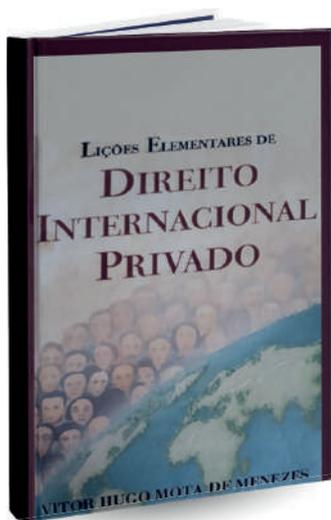
VH, sempre que encerrava suas falas, citava a poeta Elisa Lucinda. Para não perder a oportunidade, segue o seu verso favorito:

“Um brinde ao que está sempre em nossas mãos. À vida inédita pela frente e à virgindade dos dias que virão”.

Obrigado, VH!

1 As obras de Vitor Hugo Mota de Menezes, individuais e coletivas constam no tópico a seguir.

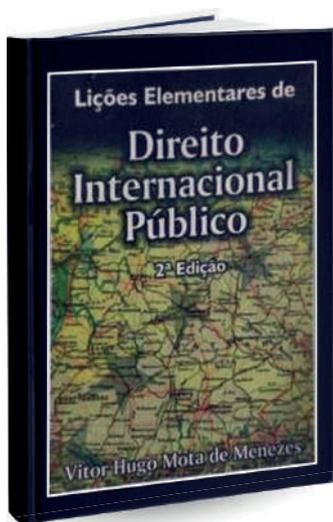
Produção Acadêmica do Vitor Hugo Mota de Menezes



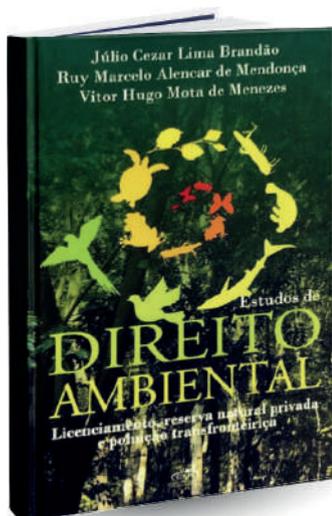
*MENEZES, Vitor Hugo Mota de.
Lições Elementares de Direito
Internacional Privado: Manaus,
2001.*



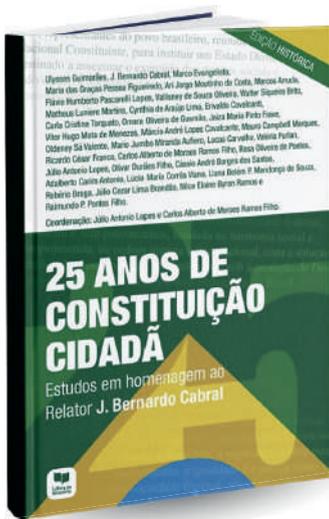
*Lei de Responsabilidade Fiscal;
Manual de Orientação. Manaus,
2001.*



*MENEZES, Vitor Hugo Mota de.
Lições Elementares de Direito
Internacional Público: 2.ed. Manaus,
2005.*

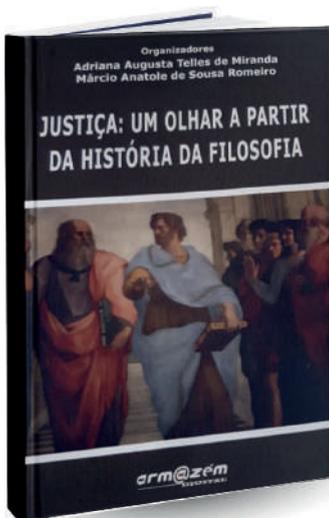


*BRANDÃO, Julio Cezar Lima;
MENDONÇA, Ruy Marcelo
Alencar de; MENEZES, Vitor
Hugo Mota de. Estudos de direito
ambiental: licenciamento, reserva
natural privada e população
transfronteiriça. Manaus: Editora da
Universidade Federal do Amazonas,
2007.*



LOPES, Julio Antonio; RAMOS FILHP, Carlos Alberto de Moraes. 25 anos de Constituição Cidadã: Estudos em homenagem ao relator J. Bernardo Cabral. Manaus: Editora da Amazônia, 2013.

Artigo do Dr. Vitor Hugo: Diálogo institucional e a PEC 33/11, p. 249-273.

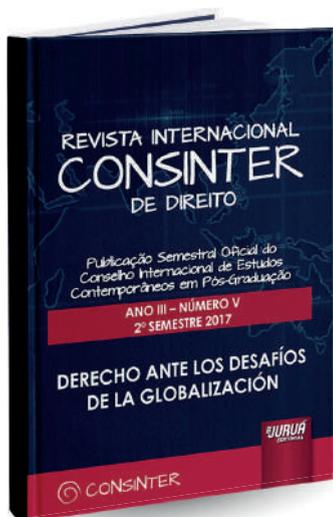


MIRANDA, Adriana Augusta Telles de, (org). Justiça: um olhar a partir da história da filosofia. Porto Alegre: Armazém Digital, 2014.

Artigo do Dr. Vitor Huho: A paz perpétua e o direito internacional na filosofia de Immanuel Kant, p. 53



*MENEZES, Vitor Hugo Mota de.
Direito à saúde e reserva do possível.
Curitiba: Juruá, 2015.*

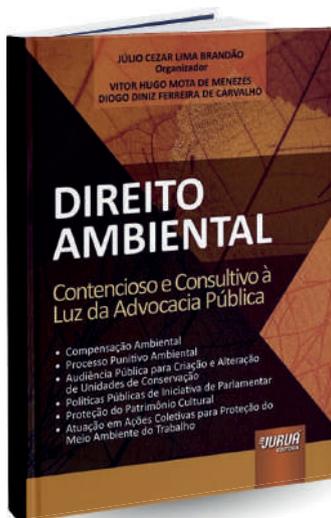


*Revista Internacional Consinter
de Direito. Ano III. Número V. 2º
semestre de 2017.*

*Artigo do Dr. Vitor Hugo (Em
coautoria): A teoria da imprevisão
e o equilíbrio econômico-financeiro
do contrato administrativo: leitura a
partir do garantismo jurídico, p. 319.*



MENEZES, Vitor Hugo Mota de. Fazenda Pública e a terceirização no serviço público. Curitiba: Juruá, 2019.



BRANDÃO, Julio Cezar Lima, (org). Direito Ambiental: Contencioso e Consultivo à Luz da Advocacia Pública. Curitiba: Juruá, 2019.



Revista Internacional Consinter de Direito. Ano V. Número VIII. 1º semestre de 2019.

Artigo do Dr. Vitor Hugo: Do inadimplemento substancial dos contratos, p. 505.

Encantado

Luis Carlos de Paula e Souza

*Ao Vitor Hugo Mota de Menezes
(in memoriam)*

Manaus, 1982. Ainda sob o manto da ditadura, a cidade fervilhava nos últimos meses do ano com as eleições estaduais, saindo-se vitorioso Gilberto Mestrinho que, de lambujem, escolheu Amazonino Mendes para Alcaide local.

No meio disso tudo, lá estava eu, jovem estudante da Faculdade de Direito do Amazonas fazendo minha *reentrance* em solo baré, pois fiquei afastado desde 1980 com a mudança familiar para a terra dos Potiguares, onde residia com meu saudoso e amado pai. Com sua passagem, retornei.

E foi em um cair de tarde, quando os nossos pensamentos coloriam-se pela ansiedade do amanhã e nosso silêncio nas tardes da Jaqueira aquietava-nos, fazendo que ficássemos caídos debruçados naquelas varandas, onde o branco do cal consumira-se, sem que aceitássemos apunhalar o horizonte e ensarilhar os ventos com a proximidade da noite que invadia o azul da tarde, que fiquei conhecendo o **Vitor Hugo**.

Apareceu de repente. Franzino, cabelos encaracolados, e sorridente. Minha impressão foi que, sequer era aluno da Jaqueira, nossa eterna Faculdade de Direito, pois não portava nenhum livro na garupa de sua motocicleta. Sim, amigos, **Vitor** era proprietário da coqueluche do momento. Uma moto 400 Ford, na cor vermelha. Um sonho de consumo para pouquíssimos. E ele sabia disso, pois ao parar defronte às escadarias, como que se anunciando, ficava acelerando a não mais querer, causando frisson nos acadêmicos.

*“Tenho razão de sentir saudade,
tenho razão de te acusar.
Houve um pacto implícito que rompeste
e sem te despedires foste embora.
Detonaste o pacto.
Detonaste a vida geral, a comum aquiescência
de viver e explorar os rumos de obscuridade*

*sem prazo sem consulta sem provocação
até o limite das folhas caídas na hora de cair.*

Lógico que logo me aproximei do jovem **Vitor Hugo**, pois também fazia parte dos admiradores da 400 Ford. Foi uma paixão que nunca realizei. Gostava e tinha pavor ao mesmo tempo e sequer passava pela minha cabeça possuir tamanho objeto. Era algo inacessível para um imberbe estudante, órfão de pai que vendia o almoço para poder jantar.

Ficamos amigos, desde então. Jogávamos bola nas peladas do fale baixo, defronte ao Fazendário Clube, conversávamos sobre o futuro que nos causava grande temor, freqüentávamos as brincadeiras nas casas dos amigos e caçávamos as moçolas nos escaninhos das matinês. Tudo era muito bom naquela Manaus ainda com seiscentos e poucos mil habitantes, onde as flores eram jogadas pelas janelas e se via doçura no sorriso das pessoas. Éramos, de fato, felizes, porque nós, da **Jaqueira**, pensávamos igual a Molière, quando achava que a amizade não pode ser invocada a todo instante sob pena de ser profanada. Fazíamos dela um mistério em nossos caminhos, onde, na argila, eram desenhados os pontos que não se extinguíram nem mesmo com a ira do deus do tempo.

Vitor sempre foi diferenciado. Carregava consigo, igual aos poetas, uma bagagem de pensamentos. Desejava modificar as coisas, construir mundos melhores, universalizar a bondade, pois sempre se houve com espírito agregador. Daí não medir esforços para ir ter em sua trilha de vida, de tudo vitoriosa e bem vivida.

Com o passar dos anos, já formados, enveredamos pelo difícil e tormentoso caminho da advocacia. **Vitor** sempre foi um craque nos escaninhos da diferença entre saber direito e saber advogar, coisa que, de tanto conhecer, tirava de letra. Seu escritório jurídico que começou na Rua de Luiz Anthony, junto a outros dois renomados colegas da área, era referência nas mais sofisticadas teses do direito, quiça na filosofia desta ciência, o que o fez transpor os umbrais da concepção Manuelina da profissão, ajudando a impor um direito mais pragmático e sobretudo trazendo à baila o ainda pouco conhecido direito empresarial. Sempre o admirei, fosse nos embates, nos chopos tomado no São Marcos, na cerveja faixa azul do Caldeira ou no pastelzinho do Suprema Chope.

Vitor deixou de advogar no seu afamado escritório da Afonso Pena, prédio bem posicionado, onde, junto aos sócios, arregimentou incontáveis e satisfeitos clientes, passando a exercer o munus público, como Procurador do Estado, desde 1998.

Antecipaste a hora.

Teu ponteiro enlouqueceu, enlouquecendo nossas horas.

Que poderias ter feito de mais grave

do que o ato sem continuação, o ato em si,

o ato que não ousamos nem sabemos ousar

porque depois dele não há nada?

Ao encontrarmos-nos na Procuradoria, ambos procuradores, tivemos uma conversa de rememoração. Nela, na conversa, pude perceber um **Vitor** mais maduro, mais comedido, muito embora com a verve extremamente mais afiada pela indefectível ironia. Sim, para entender alguma coisa dita pelo **Vitor** era necessário estar atento as suas entrelinhas. Típico dos gênios. Lembro muito bem da sua fala. Ele queria expor qual seria a sua missão perante seus pares. **Vitor** estava em seu auge intelectual. Contava com 39 anos. Disse-me: *“Luis, meu amigo, sempre fui pastor e nunca escondi esse meu maior defeito de estar bem livre, disposto a morrer por meu rebanho. Será que essa condição venha colocar-me, algum dia, entre aqueles que alcançam, com astúcia e desprezo da pureza, a glória, tal qual nos falou Balzac? Ou será que me coloquem para purgar pecados, meus e dos outros? Não, amigo Luis, Não! Estarei sempre no cais, e verei sempre o mar, e conversarei com marujos, apertarei as mãos de operários, a rosa crescerá na terra, os navios me levarão às outras margens, e haverá, dentro de mim, a paz, nas buzinas da paixão do povo, nos igarapés, e na música que repousa na árvore não morta, música esta que flui e resplandece, como braços abertos na exaltação do futuro que ainda procuro para mim”*. Evidentemente que as palavras não o foram assim *ipsis literis*. Muito tempo passou. Mas o sentido, a base, o pensamento, assim o foram. Emociono-me até hoje com o amigo que fez história perante seus pares e vejo quão exíguo é o tempo em nosso viver.

A grandeza humana do **Vitor**, para quem bem convivia com ele, era inexplicável. Em uma ocasião, bem jovens, submetemo-nos ao concurso de delegado de polícia, logrando aprovação na parte teórica. Faltava, porém, a fase física, a mais temida, porque incluía barras e uma corrida a ser terminada em doze minutos. Vários candidatos foram reprovados nesse teste.

No dia marcado lá estávamos. Magros, tenra idade, ultrapassamos os exercícios com grande facilidade. Uma coisa, porém, chamou-me à atenção. Um colega nosso, acima do peso, estava tendo dificuldades de terminar a prova de corrida. Esbaforido, tudo levava ao insucesso, não fosse a ajuda moral do nosso **Vitor** que, fora da linha de corrida, em paralelo, gritava ba-

tendo palmas e gesticulando, dando a força necessária para que o amigo lo-grasse aprovação, que veio, já nos minutos finais, com o **Vitor** ao lado como se fosse um técnico. Coleguismo puro, a demonstrar uma atitude relevante de empatia e sensibilidade. O colega foi aprovado e exerceu o cargo de Delegado de Polícia por muitos anos. Hoje é Conselheiro do Tribunal de Contas.

Tenho guardado a sete chaves, a última carta que trocamos. Nela, **Vitor** desencapou-se por completo. A epístola soou para mim como um desabafo, um desaperto no torniquete da vida, do passado e da mediocridade humana, tão presente em todos os meios.

*Tenho razão para sentir saudade de ti,
de nossa convivência em falas camaradas,
simples apertar de mãos, nem isso, voz
modulando sílabas conhecidas e banais
que eram sempre certeza e segurança.*

Dizia o amigo no preâmbulo da missiva: “*Não pergunte a esta Casa dadivosa e bela o que ela vai fazer para o seu bem; Mas veja bem, o que você pode fazer por ela*”. Essa demonstração de amor pelo mister traduzia-se no dia a dia. **Vitor** sempre foi incansável e guerreiro com a vestimenta dos que se coadunam com a Constituição Federal, no que pertine aos anseios plurais da sociedade em movimento. Daí seus escritos, todos afinados com a Carta Magna no estreito caminho de que a comunidade jurídica já não nega o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, ao contrário, depara-se com a rejeição ao formalismo, bem como com a proposta de métodos mais abertos ao raciocínio jurídico, tais como ponderação e argumentação.

Esse afino Constitucional não se deu ao léu. Foram anos e anos de muita labuta, estudo, esforço pessoal, noites mal dormidas que exprimiram o objetivo alcançado de traduzir a verdadeira essência de um cientista jurídico moderno, aquele que busca e sabe que a verdadeira conquista estatal é executar a lei, respeitar a Constituição, além de implementar os seus mandamentos, com o intuito de realizar justiça respeitando as instituições e, por conseguinte, a sociedade como um todo.

Na PGE, **Vitor**, sem nunca querer ser uma quinta-essência se sobressaiu. Sua contribuição à instituição arrebatou mais do que o respeito. Trouxe admiração daqui e alhures, com publicações em diversas áreas, tais como livros, artigos, teses, pareceres, consultas e outras correlatas, firmados não pelo amigo, mas pelo professor, acima de tudo professor, com titulação de pós-doutor e admirado a não mais ver pelos ex-alunos, procuradores, advogados e demais componentes das diversas carreiras jurídicas. Pensar no

amigo **Vitor Hugo Mota de Menezes**, reflete-se em pensar no melhor, naquilo que se entende como um cientista do direito, um cultor, um estudioso, um refinado estudioso.

Vitor, na sua passagem, nos deixou esse sentido. O sentido do bem, floreação de um homem amadurecido, equivale dizer feliz, consciente de que sua vida, única e irrepetível no universo, deveria nos dar, como realmente sempre o fez, o abraço de sua experiência pessoal, da sua visão da existência, que vale como um ato de fé, crédulo da manhã do triunfo final sobre as discórdias, celebrado junto a seus semelhantes.

Sim, tenho saudades.

Sim, acuso-te porque fizeste

o não previsto nas leis da amizade e da natureza

nem nos deixaste sequer o direito de indagar

porque o fizeste, porque te foste.”

Esse foi o legado deixado pelo amigo **Vitor**. Legado esse de coisas boas, de humanismo, de cultura, de esforço pessoal, de acreditar no futuro, de respeito, de humildade e, acima de tudo, de amizade. Vitor acumulava cultura e inteligência, mas nunca deixou de distribuí-las para com seus pares, daí o professor, título que muito lhe causava orgulho.

Findo pensando no que minha mãe dizia quando, ainda criança, indagava-lhe sobre a morte. Dizia ela, na sua sabedoria doméstica, mas que sempre me contentou: ***Filho, as pessoas boas não morrem, elas se transformam em estrelas. Olhe para o céu e veja. Há milhares delas e seus brilhos representam que as pessoas escolhidas são encantadas e ficam para toda a eternidade.***

Por isso, demovendo-se a abstrata forma de ver as coisas, em uma ocasião qualquer, quando, andando nos habitats da PGE, nos lugares em que o **Vitor** sempre esteve, nas salas nas quais ele ocupou, pense nas palavras de minha mãe e lembrem-se: ***Ele permanece entre nós, como que encantado em nossos braços.***

PS: O poema entremado no texto (A Um Ausente) é de autoria de Carlos Drummond de Andrade.

Homenagem a Vitor Hugo Mota de Menezes

■

Lúcia Maria Correia Viana

Com o intuito de prestar homenagem ao eterno amigo querido, que nos deixou tão precocemente, Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes, colega da mais alta nobreza e envergadura profissional, seja no exercício de seu mister junto à Procuradoria Geral do Estado, seja na academia, onde por longos anos o magistério abraçou com afinco, sempre ministrando aulas de excelência, e por demais contribuindo com todas as inúmeras instituições de ensino com as quais colaborou honrosamente com seu ensono de qualidade, e enobrecendo o corpo docente, seja como autor de obras grandiosas e de vanguarda, enaltecendo sua área de especialização, enriquecendo acervos bibliotecários, seja como dedicado pesquisador, percorrendo todas as esferas de titulação acadêmica, de especialização pos latu, de mestrado, de doutorado, e pós doutorado, seja como ser humano inigualável e de extremada dedicação à família, seja como amigo, indispensável nas reuniões, almoços, confraternizações, que com sua alegria, humor e astral contagiante, e com seu traço marcante por um senso comum de ironia, daquelas privilegiadas por seres demais inteligentes, era uma unanimidade de bem querer de seus grupos de amigos, que não eram muitos, mas por demais verdadeiros.

Para tanto, para que essa homenagem seja contextualizada cronológica e historicamente, faz-se necessário rememoremos idos de 1999, na então renomada instituição de ensino de Direito CIESA, sob a égide e comando do Prof. Luis Antonio Campos Correa, como ainda até hoje, quando então coordenadora do curso de Direito, iniciamos academicamente enriquecedora convivência com o Prof. Vitor Hugo, que por décadas titularizou a cadeira de Direito Internacional, assim como em muitas outras instituições de ensino, onde concomitantemente com sua função de procurador de estado, também iniciava carreira de pesquisador, embrenhando-se pela pesquisa científica, funcionando também como orientador de monografias, artigos

científicos, Trabalhos de final de curso, donde frutificaram várias obras publicadas pelo mesmo.

Posteriormente, já pelos idos de 2001, quando assumimos a coordenação do curso de Direito da UEA Universidade do Estado do Amazonas, função exercidas ao longo de 11 anos, capitaneados pelo nosso eterno reitor Prof. Lourenço dos Santos Pereira Braga, com a prerrogativa e atribuição de compor o primeiro corpo docente, novamente reencontramos com a competência do Prof. Vitor Hugo, que de igual modo, emprestou seus conhecimentos para essa universidade brilhantemente, ingressando por processo seletivo, ministrando a disciplina Direito Internacional, e ingressando como discente no programa de Mestrado de Direito Ambiental do Brasil, da UEA, donde veio a concluir, defender sua dissertação em 2004, e também publicando a mesma a partir de obra enormemente qualificada.

Destaque-se quão dedicado, responsável e competente, desincumbiu-se nosso colega enquanto discente nesse dignificante mestrado da UEA, novamente como aluno estudioso, com apresentação de trabalhos em sala de aula, com afinco, trazendo e colaborando com seus conhecimentos específicos para o engrandecimento e consolidação do programa, assim como atividades extra sala de aula e extracurriculares, e ainda realizando a necessária interface entre a pós e a graduação donde não se afastou, culminando com colação de grau da turma.

Na esteira dessa singela homenagem, que tem sobretudo o escopo de retratar e registrar nos anais do academicismo de grandes mestres do ensino jurídico do Amazonas, como principalmente, por haver testemunhado toda essa brilhante trajetória, ressaltamos, que nos idos de 2002 e seguintes, seguimos *pari passu* compondo o corpo docente da então por demais renomada Faculdade Martha Falcão, onde colaboramos na implantação, e onde funcionamos como subcoordenadora.

A partir de então, como conhecemos nosso Prof. Vitor Hugo, inquieto e ávido como de sempre por novos conhecimentos, não poderia se acomodar, e partiu para cursar Doutorado e seguidamente concluiu Pós-Doutorado na PUC/ SP, como seria o mais esperado por todos que o conheceram e tiveram o privilégio e a alegria de conviver com a sua animação, digno, por demais inteligente, profissional, professor e ser humano generoso, sempre motivado e guiado por uma incessante busca pelo conhecimento jurídico. Quando da conclusão pela máxima titulação acadêmica, assumiu o desafio de coordenador de curso de uma instituição de curso jurídico aqui no Amazonas, Faculdade Boas Novas, desincumbindo-se com a maestria como era peculiar em todas as suas tarefas e atribuições a que se dedicava,

até ter que se afastar para tratamento de saúde em São Paulo, onde permaneceu até a sua partida deste plano.



Solenidade na Procuradoria Geral do Estado em 2011.



Solenidade de Diplomação de Mestrado em Direito Ambiental pela UEA, Ideal Clube, 2007, Manaus - Am.

Uma homenagem

Islene Botelho Barroso

A vida nos prega surpresas, e muitas delas nos trazem sofrimento, tristeza, dor e luto. Vitor Hugo sua partida, tão prematura, foi uma dessas surpresas imprevisíveis do destino que nos tiram o chão. Jamais poderia imaginar que você nos deixaria tão cedo, tão abruptamente.

Você deixou um imenso vazio em nossas vidas e em nossos corações. Depois da sua partida, a PGE nunca mais será a mesma.

Você sempre estará vivo em nossas lembranças, sempre fará parte da história da PGE nas grandes e pequenas recordações. Ficaré a eterna lembrança de um amigo querido e verdadeiro, de um ser humano elegante, de energia e personalidade marcante, bondoso, educado, de coração gigante e nobres atitudes, e com certeza marcou o coração daqueles que o conheceram e deixará saudades eternas.

Minha homenagem a você!

Vitor Hugo Mota de Menezes

Inteligente, e um homem além de seu tempo. Tinha sempre um sorriso estampado no rosto. Onde chegava trazia consigo a alegria e a paixão pela vida. Romântico, com seu violão dedilhava lindas canções de amor. Homem íntegro, sempre de bom humor e cortês para com todos

Um coração gigante! Grande parte de sua vida foi dedicada aos livros, com suas grandes obras jurídicas. Onde estiver, sempre haverá um lugar especial para você querido amigo!

Galeria de Fotos

■

Clara Maria Lindoso e Lima
Coordenadora do Centro de Estudos Jurídicos
da PGE - AM

Após o desafiador ano de 2020, quando o mundo se deparou com a terrível pandemia de COVID- 19 e todas as suas nefastas consequências, o ano de 2021 também não começou auspicioso.

A crise sanitária que abalou o país foi severa na cidade de Manaus, e enquanto lidávamos com aquela realidade assustadora, fomos abalroados pela notícia do falecimento do nosso querido amigo Vitor Hugo. Ele não faleceu em decorrência do maléfico vírus, mas as circunstâncias que a cidade enfrentava naquele mês de janeiro de 2021 impediram que nos reuníssemos para chorar tão avassaladora perda. Ficou o vazio e nada mais.

Somente alguns meses depois, quando finalmente retornamos às atividades presenciais, sua ausência foi de verdade sentida. E novamente veio o lamento pela perda irreparável.

Foi nessa ocasião, ao retomar as providências para a publicação da Revista – PGE n.º 41, que me veio a ideia de homenagear o colega e amigo que partira. A sugestão foi imediatamente acolhida pela então Direção da Casa, e passamos a nos mobilizar para a confecção de uma Revista Especial.

E aqui ela está.

Já na Edição n.º 21, referente ao ano subsequente à sua posse como Procurador do Estado, Vitor Hugo publicou trabalhos na Revista da PGE. Suas publicações iam de trabalhos forenses a artigos sobre os mais variados temas. Profissional dinâmico, ele era assim, pensava muito e escrevia muito.

Nos eventos promovidos pelo Centro de Estudos Jurídicos da PGE, sua presença como palestrante era sempre certa, arrematando dezenas de alunos ávidos por ouvir suas falas ricas de conteúdo, mas com a conotação leve e bem humorada, característica que lhe era peculiar.

Em 2011 foi Coordenador do Centro de Estudos, acumulando a função com a de Corregedor-Geral, de modo que a ligação do Vitor Hugo com o Centro de Estudos Jurídicos da PGE sempre foi muito forte.

Nossos arquivos estão recheados de fotos dele nas mais diversas situações.

Oportuno, portanto, compartilhar aqui alguns desses registros que tocarão fundo no coração daqueles que conheceram o Vitor Hugo fazendo-os lembrar do colega e amigo carismático, bem humorado, prestativo e colaborador.

Saudades Vitor Hugo!



Solenidade de Posse dos Procuradores do Estado – 1997

Vitor Hugo Mota de Menezes, Anna Karina Leão Brasil Salama, Vivien Medina Noronha, Neusa Dídia Brandão Soares Angeluci, Glícia Pereira Braga e Carlos Alexandre M. de Carvalho M. de Matos.



*Solenidade de Posse dos Procuradores do Estado – 1997
Vitor Hugo Mota de Menezes, Anna Karina Leão Brasil Salama, Vivien Medina Noronha, Neusa Dídia Brandão Soares Angeluci, Glícia Pereira Braga e Carlos Alexandre M. de Carvalho M. de Matos.*



*Lançamento do Livro de Direito Internacional Público – 2005
Suely Maria Vieira da Rocha Barbirato, Suely Xavier Lima, Adriane Simões Assayag Ribeiro, Vitor Hugo Mota de Menezes, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, Roberta Ferreira de Andrade Mota e Elissandra Freire.*



*Lançamento da Revista da Pge/AM N. 29 – 2007
Aldemar Augusto Jorge de Salles, Neusa Dídia Brandão Soares Angeluci, Omara Gusmão, Heloysa Simonetti Teixeira, Vitor Hugo Mota de Menezes, Patrícia Petruccelli Marinho, Clara Maria Lindoso e Lima e Elissandra Freire.*



*IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007
Suely Xavier Lima, Vitor Hugo Mota de Menezes, Paulo José Gomes de Carvalho.*



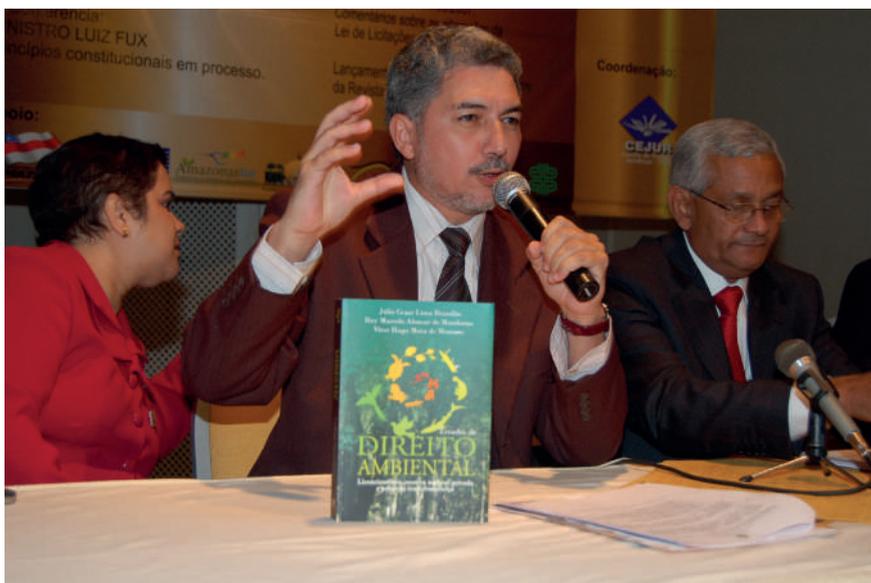
IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007.



IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007.



IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007.



IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007.



*V Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2008
Vitor Hugo Mota de Menezes, Élson Rodrigues de Andrade, Frânio Lima, Suely Xavier Lima, Bernardo Cabral e Roosevelt Braga dos Santos.*



*XXXV Congresso Nacional de Procuradores de Estado – 2009
Ricardo Antônio Rezende de Jesus, Marcello Cipriano, Leila Maria Raposo Xavier Leite, Aldemar Araújo Jorge de Salles, Sandra Maria do Couto e Silva, Júlio Cezar Lima Brandão e Vitor Hugo Mota de Menezes.*



Solenidade na PGE - 2017
Júlio Cezar Lima Brandão, Vitor Hugo Mota de Menezes, Laércio de Castro Dourado Júnior.



Com os servidores e estagiários da PPT.



Lançamento de Livro – 2001

Em Pé: Odeney Sá Valente, Aldemar Augusto Jorge Salles, Vitor Hugo Mota de Menezes e Ana Eunice Carneiro Alves.

Sentadas: Heloysa Simonetti Teixeira, Neusa Dídya Brandão Soares e Glícia Pereira Braga.



Memorial da PGE/AM - 2018

Antônio Mendes do Carmo, Alberto Bezerra de Melo, Vitor Hugo Mota de Menezes e Carlos Alexandre M. de Carvalho M. de Matos.



*IV Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2007
Paulo José Gomes de Carvalho, Vitor Hugo Mota de Menezes, Sandra Maria do Couto Silva e Suely
Xavier Lima.*



Na sala da chefe da PPT-PGE/AM - 2019



Com as servidoras Lúcia Bessa e Andreza Progênio.



Vitor Hugo Mota de Menezes, Ana Eunice Carneiro Alves e Ruy Marcelo Alencar de Mendonça.



*Memorial da PGE/AM - 2018
Fábio Garcia, Jorge Henrique de Freitas Pinho, Vitor Hugo Mota de Menezes, Antônio Mendes do Carmo e Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.*



*III Seminário Amazonense de Direito Público - 2006
Alberto Bezerra de Melo, Frânio Lima, Paulo Carvalho e Vitor Hugo Mota Menezes.*



*V Seminário de Direito Público da PGE/AM – 2008
Vitor Hugo Mota de Menezes e Roberta Ferreira de Andrade Mota.*



Clara Lima, Luciana Pinheiro Vieira, Roberta Ferreira de Andrade Mota, Patrícia Petruccelli Marinho, Heloysa Somonetti Teixeira, Vitor Hugo Mota de Menezes, Paulo José Gomes de Carvalho, Carlos Alexandre M.C.M. De Matos, Antônio Mendes do Carmo, Ana Eunice Carneiro Alves, Jorge Henrique de Freitas Pinho, Fábio Garcia, Rômulo de Souza Carpinteiro Peres, Maria Flôrência Silva, Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho.

INTERESSADO: DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO AMAZONAS - DETRAN - AM

EMENTA: ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGO E EMPREGO PÚBLICOS. CARGO PÚBLICO DE AUXILIAR ADMINISTRATIVO. EMPREGO PÚBLICO DE TÉCNICO DE NÍVEL MÉDIO. INCONSTITUCIONALIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DIREITO DE OPÇÃO ASSEGURADO E NÃO EXERCIDO. PENA DE DEMISSÃO. BOA-FÉ OBJETIVA VIOLADA. AUTOTUTELA.

- A Constituição da República proíbe a acumulação remunerada de cargos ou empregos públicos, entretanto prevê algumas exceções, as quais não se refletem no caso em testilha;
- O Ordenamento Jurídico Brasileiro permite ao servidor público optar por um dos cargos ou emprego, o que foi devidamente oportunizado e não exercido no prazo legal, autorizando a abertura de processo administrativo disciplinar com a perda do cargo e emprego, diante da inobservância da boa-fé objetiva.
- O Princípio da Autotutela estabelece que a Administração Pública possui o poder de anular seus próprios atos quando ilegais, independentemente de decisão do Tribunal de Contas do Estado ou do Poder Judiciário.

I - RELATÓRIO

Através do Ofício nº 783/2020-DA/DP/DETRAN/AM, o ilustre Diretor-Presidente do DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO AMAZONAS, Rodrigo de Sá Barbosa, solicita análise e manifestação acerca de acúmulo de cargos no DETRAN/AM e na SEMSA/Manaus, após transcorrido in albis o prazo para escolher entre o cargo e o emprego público.

Conforme se extrai da documentação que integra os presentes autos, a parte interessada, Sr. Rômulo da Silva Fabris, é ocupante do cargo de Au-

xiliar Administrativo do quadro da Secretaria Municipal de Saúde desde 04/06/1991 e possui carga horária de trabalho de 30 horas semanais, as quais são labutadas no horário de 07:30 às 13:30, mas pelas fichas de frequência o servidor exerce suas atividades no horário de 12:00 às 18:00.

Por outro lado, o Sr. Rômulo da Silva Fabris também é empregado público regido pelo Regime da Consolidação das Leis do Trabalho CLT, no Departamento Estadual de Trânsito do Amazonas, ocupando o emprego público de Técnico de Nível Médio, admitido em 01/06/1995. Os espelhos de ponto revelam que o empregado cumpre no DETRAN uma jornada diária de trabalho de 06 horas, com início as 7:00 e término às 13:00.

Imperioso se faz salientar que o servidor, ao ser cientificado da notificação para a escolha de uma das atividades, informou que apresentou Recurso perante o Pleno do Tribunal de Contas do Estado do Amazonas no dia 18 de novembro de 2019 e por isso não faria jus ao seu direito de opção até ulterior decisão do TCE.

O cerne da questão da presente consulta versa sobre a acumulação de cargos e empregos públicos, após o direito de opção ser assegurado, mas não exercido dentro do prazo legal, sob o argumento de que há recurso a ser julgado pelo TCE.

É o relatório, passo a opinar.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Com o intuito de solucionar a querela, convém tecer algumas considerações sobre o regime jurídico na Administração Pública e as espécies de servidores públicos.

Conforme Carvalho Filho (2010, p. 647)¹, Regime Jurídico “é o conjunto de regras de direito que regulam determinada relação jurídica”, e que se classificam em Regime Estatutário, Regime Trabalhista ou Celetista, Regime Especial e o Regime Jurídico Único.

Nessa perspectiva, servidores públicos, em sentido amplo, no entender de Helly Lopes Meirelles (2010)², são todos os agentes públicos vinculados à Administração Pública, direta e indireta, do Estado, mediante regime jurídico estatutário regular, geral ou peculiar, ou administrativo especial, ou,

1 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

2 MEIRELLES, Ely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

ainda, celetista, que é regido pela Consolidação das Leis do Trabalho CLT, que possui natureza profissional e empregatícia.

Por sua vez, os *empregados públicos* são todos os titulares de emprego público (não de cargo público) da Administração direta e indireta, sujeitos ao regime jurídico da CLT, daí serem chamados também de “celetistas”.

Ocorre que o servidor consultante é empregado do DETRAN- AM, regido pelo Regime da Consolidação das Leis do Trabalho CLT, ocupando o emprego público de Técnico de Nível Médio e se encontra inserido na vedação de acumulação remunerada prevista no art. 37, inciso XVI e XVII da CRFB/88:

Art. 37 [...]

XVI - **é vedada a acumulação remunerada** de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

[...]

XVII - a **proibição de acumular estende-se a empregos e funções** e abrange **autarquias**, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

A própria CF traz exceções a essa regra:

- a) a de dois cargos de professor;
- b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;
- c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

Como se vê, o caso em tela não contempla nenhuma das exceções previstas no texto constitucional e mesmo que se considerasse ambas as atividades como cargo ou emprego técnico ou científico, ainda assim a acumulação não seria lícita, uma vez que a Constituição Federal é cristalina quando estabelece que o cargo ou emprego técnico ou científico deve ser acumulado com outro de professor, o que não é o caso.

Importa destacar, que entende-se por cargo técnico “aquele que requer conhecimento específico na área de atuação do profissional, com habilitação específica de grau universitário ou profissionalizante de 2º grau” (STJ. 2ª Turma. RMS 42.392/AC, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 10/02/2015).

Noutro giro, o cargo científico consiste no “conjunto de atribuições cuja execução tem por finalidade a investigação coordenada e sistematizada de fatos, predominantemente de especulação, visando a ampliar o conhecimento humano.” (STJ. 5ª Turma. RMS 28.644/AP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 06/12/2011).

Dessa forma, prejudicada a análise quanto a natureza do cargo e emprego públicos, por não serem conjugados com a atividade de professor.

Outro ponto importante a se mencionar é que “*nos casos autorizados constitucionalmente de acumulação de cargos, empregos e funções, a incidência do art. 37, XI, da Constituição Federal pressupõe consideração de cada um dos vínculos formalizados, afastada a observância do teto remuneratório quanto ao somatório dos ganhos do agente público*”. STF. Plenário. RE 612975/MT e RE 602043/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, julgados em 26 e 27/4/2017 (repercussão geral) (Info 862).

Ademais, a acumulação somente é permitida, dentro das exceções constitucionalmente previstas se houver compatibilidade de horários. Assim, se as jornadas forem coincidentes no todo ou em parte, não será possível a acumulação.

Justamente por isso, percebe-se que mesmo que se tratasse de cumulação lícita, ainda assim, haveria o impeditivo da incompatibilidade de horários, pois analisando os documentos acostados ao Processo Administrativo, os horários são conflitantes em parte, comprometendo o cumprimento do seu mister de maneira eficiente, como determina os princípios administrativos.

É de clareza hialina a intenção moralizadora dos supracitados preceitos constitucionais, com um claro objetivo de assegurar a dedicação plena do servidor no desempenho eficaz do seu mister, vedando que seja permitido exercer várias atividades, sem que as possa desempenhar de modo competente, como ensina a doutrina:

“Outro princípio constitucional importante relativo aos servidores da Administração é o que consta do inciso XVI do art. 37. Este, ressalvadas as exceções que consigna, veda a acumulação de cargos públicos. Tal óbice, por força do inciso XVII, é extensível, nos mesmos termos aos empregos e funções nas autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público. As exceções mencionadas no inciso XVI e cabíveis quando houver compatibilidade de horários, mas sem que se exija a correlação de matérias dantes requeridas pelos Diplomas Constitucionais precedentes são as seguintes:(a) dois

cargos de professor; (b) um cargo de professor com outro técnico ou científico e (c) dois cargos privativos de médico” (“Regime Constitucional dos Servidores na Administração Direta e Indireta”, 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 88-89).

Dessa forma, se a hipótese não se enquadra nas exceções expressamente previstas na CRFB/88, não há falar em direito adquirido, impondo-se a eliminação da situação que viola a Carta Magna.

Afigura-se como **única maneira de resgatar a legalidade prescrita na CF/88 o afastamento do cargo público, após regular processo administrativo, caso o servidor não utilize seu direito de opção**, haja vista, conforme se depreende dos documentos, o consultante afirmou que *“tramita no Tribunal Superior do Trabalho processo de demissão para os servidores do DETRAN/AM, que não detêm estabilidade constitucional, enquanto não transitou em julgado, requer a permanência no cargo, aguardando a inclusão do seu nome no rol dos possíveis demitidos”*.

Preleve-se por oportuno, que o servidor além de cumular indevidamente cargo e emprego públicos por décadas, quando notificado para optar por uma das atividades, manifestou a intenção de postergar o processo para que seja beneficiado com a demissão sem justa causa, em que receberá incontáveis direitos trabalhistas, em uma clara violação à boa-fé objetiva, que é a vinculação a um padrão de conduta fundado na honestidade, lealdade e probidade, conseqüentemente o que parece é que o servidor receberá um prêmio por desprezar o ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo, a Constituição Federal.

Ademais no ato de posse do profissional no serviço público, o novo servidor deve preencher uma série de exigências, entre as quais a declaração de que não exerce outro cargo público, salvo em casos de acumulações constitucionalmente permitidas, o que já demonstra má-fé ao fazer declaração falsa perante a Administração Pública, ensejando, inclusive, o crime previsto no art. 299 do Código Penal:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

A Jurisprudência de diversos Tribunais Brasileiros aponta inaplicável a tese de erro de proibição, que excluiria a tipicidade da conduta, não apenas pela máxima do *ignorantia legis neminem excusat*, mas, principalmente, pela condição de funcionário público e conhecedor do Regime Jurídico Administrativo.

DIREITO PENAL. CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. DECLARAÇÃO FALSA DE NÃO-ACUMULAÇÃO DE CARGO PÚBLICO POR OCASIÃO DA POSSE EM OUTRO CARGO PÚBLICO. ALEGAÇÕES DE INEXISTÊNCIA DE DOLO E OCORRÊNCIA DE ERRO DE PROIBIÇÃO. TESES SEM RESSONÂNCIA NOS ELEMENTOS DE CONVICIMENTO. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1 - PARA A PREDOMINANTE

TEORIA FINALISTA DA AÇÃO, O DOLO INTEGRA O TIPO; A SUA AUSÊNCIA IMPLICA NA ATIPICIDADE DA CONDUTA. O DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA, ALÉM DO DOLO, EXIGE AINDA A PRESENÇA DE QUALQUER DOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DO INJUSTO ESTAMPADOS NO PRECEITO PRIMÁRIO DA NORMA PENAL. SE A EXTERIORIZAÇÃO DO ATO PATENTEIA VONTADE E CONSCIÊNCIA DO AGENTE, NÃO BASTARÁ, PARA EXCLUIR A TIPICIDADE, A MERA ALEGAÇÃO DO RÉU QUE TENHA AGIDO SEM DOLO. 2 - O BACHAREL EM DIREITO QUE FIRMA DECLARAÇÃO FALSA DE NÃO ACUMULAR CARGO PÚBLICO NÃO LOGRA ABSOLVIÇÃO COM ARRIMO NA ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA EM ERRO DE PROIBIÇÃO, MESMO PORQUE SOMENTE VEIO REQUERER LICENÇA DO CARGO QUE JÁ OCUPAVA NO ESTADO DE GOIÁS APÓS PREENCHER E ASSINAR O DOCUMENTO EM QUESTÃO. RECURSO DESPROVIDO.

(TJ-DF - ACR: 611853620018070001 DF 0061185-36.2001.807.0001, Relator: ANGELO PASSARELI, Data de Julgamento: 27/05/2004, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 20/10/2004, DJU Pág. 50 Seção: 3)

Mister se faz salientar que na boa-fé da administração não há limitação aos aspectos internos do agente público, uma vez que são de difícil comprovação, por isso que a boa-fé é aferida de acordo com um padrão objetivo de conduta.

“Esse dado distintivo é crucial: a boa-fé objetiva é examinada externamente, vale dizer, a aferição se dirige à correção da conduta do indivíduo, pouco importando a sua convicção. O contrário da boa-fé subjetiva é a má-fé; já o agir humano despedido de lealdade e correção é apenas qualificado como carecedor de boa-fé objetiva. Tal qual no direito penal, irrelevante é a cogitação do agente.” (“Dignidade humana e boa-fé no Código Civil”, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 80-81).

No caso em exame, é certo que, de acordo com os juízos éticos vigentes na sociedade atual, não é lícito a um servidor, a quem foi dada a oportunidade de optar, após cientificado da inconstitucionalidade do exercício cumulativo de cargo e função pública, insistir no comportamento contrário aos critérios positivados na ordem jurídica.

Para Marçal Justen Filho: “o regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins” (Curso de Direito Administrativo, 2005, pág. 48).

Segundo o Supremo Tribunal Federal, não se pode falar em direito adquirido a regime jurídico. Para ilustrar tal entendimento, traz-se à baila o Agravo Regimental em Recurso Extraordinário 209.651-CE, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, onde se ratifica que não há falar em direito adquirido a regime jurídico.

DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS, EMPREGOS OU FUNÇÕES PÚBLICAS. VEDAÇÃO. ARTIGO 37, XVI, DA CF/88. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o direito adquirido e o decurso de longo tempo não podem ser opostos quanto se tratar de

manifesta contrariedade à Constituição. Precedentes. 2. Agravo interno a que se nega provimento.

(STF - AgR RE: 209651 CE - CEARÁ, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 17/02/2017, Primeira Turma)

A lei 8.112/90 que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, autarquias e fundações públicas prevê que em caso de acumulação ilegal de cargos, o servidor deve ser notificado no prazo improrrogável de 10 dias. Na hipótese de omissão será adotado procedimento sumário para apuração e regularização imediata

Art. 133. Detectada a qualquer tempo a acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, a autoridade a que se refere o art. 143 notificará o servidor, por intermédio de sua chefia imediata, para apresentar opção no prazo improrrogável de dez dias, contados da data da ciência e, na hipótese de omissão, adotará procedimento sumário para a sua apuração e regularização imediata, cujo processo administrativo disciplinar se desenvolverá nas seguintes fases:

I - instauração, com a publicação do ato que constituir a comissão, a ser composta por dois servidores estáveis, e simultaneamente indicar a autoria e a materialidade da transgressão objeto da apuração;

II - instrução sumária, que compreende indicição, defesa e relatório;

III – julgamento.

§ 1º A indicação da autoria de que trata o inciso I dar-se-á pelo nome e matrícula do servidor, e a materialidade pela descrição dos cargos, empregos ou funções públicas em situação de acumulação ilegal, dos órgãos ou entidades de vinculação, das datas de ingresso, do horário de trabalho e do correspondente regime jurídico.

§ 2º A comissão lavrará, até três dias após a publicação do ato que a constituiu, termo de indicição em que serão transcritas as informações de que trata o parágrafo anterior, bem como promoverá a citação pessoal do servidor indiciado, ou por intermédio de sua chefia imediata, para, no prazo de cinco dias,

apresentar defesa escrita, assegurando-se-lhe vista do processo na repartição, observado o disposto nos arts. 163 e 164.

§ 3º Apresentada a defesa, a comissão elaborará relatório conclusivo quanto à inocência ou à responsabilidade do servidor, em que resumirá as peças principais dos autos, opinará sobre a licitude da acumulação em exame, indicará o respectivo dispositivo legal e remeterá o processo à autoridade instauradora, para julgamento.

§ 4º No prazo de cinco dias, contados do recebimento do processo, a autoridade julgadora proferirá a sua decisão, aplicando-se, quando for o caso, o disposto no § 3º do art. 167.

§ 5º A opção pelo servidor até o último dia de prazo para defesa configurará sua boa-fé, hipótese em que se converterá automaticamente em pedido de exoneração do outro cargo.

§ 6º Caracterizada a acumulação ilegal e provada a má-fé, aplicar-se-á a pena de demissão, destituição ou cassação de aposentadoria ou disponibilidade em relação aos cargos, empregos ou funções públicas em regime de acumulação ilegal, hipótese em que os órgãos ou entidades de vinculação serão comunicados.

§ 7º O prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar submetido ao rito sumário não excederá trinta dias, contados da data de publicação do ato que constituir a comissão, admitida a sua prorrogação por até quinze dias, quando as circunstâncias o exigirem.

§ 8º O procedimento sumário rege-se pelas disposições deste artigo, observando-se, no que lhe for aplicável, subsidiariamente, as disposições dos Títulos IV e V desta Lei.

Ressalte-se que o DETRAN/AM pertence ao Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas e por isso a legislação aplicada é a Lei 3.278 de 21 de julho de 2008, que nas suas disposições preliminares, art. 1º, §2º, já dispõe que as funções exercidas nesse sistema são incompatíveis com qualquer outra atividade remunerada, *in verbis*:

Art. 1º. A presente Lei institui o regime disciplinar dos servidores das polícias Civil, do Militar estadual, do Departamento

Estadual de Trânsito e dos demais servidores do Sistema de Segurança Pública do Estado do Amazonas.

[...]

§ 2º As funções exercidas no Sistema de Segurança do Estado do Amazonas, fundada na hierarquia e na disciplina, são incompatíveis com qualquer outra atividade remunerada, que constitua acumulação de cargo, ressalvadas as hipóteses previstas na Constituição.

Ainda no mesmo diploma legal, mais especificamente no art. 11, há previsão de pena de demissão para o caso de transgressão disciplinar por acumulação ilegal de cargos:

Art. 11. São transgressões disciplinares, puníveis com demissão:
IX - acumular cargos, empregos e funções públicos, salvo nas hipóteses previstas na Constituição;

No mesmo diapasão, a Lei 1.762/86 que dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Cíveis do Estado do Amazonas, é cristalina quanto ao procedimento adotado nos casos de comprovada má-fé:

Art. 147 - Transitada em julgado a decisão do processo sumário que concluir pela acumulação ou pela percepção de proventos vedadas pelo art. 144, o servidor:

I - optará, no prazo de 05 (cinco) dias, por um dos cargos, empregos ou funções exercidos, ou pelos proventos, se patenteados a boa fé.

II - será demitido do cargo ou cargos estaduais ilegalmente ocupados, ou terá cassada a aposentadoria ou a disponibilidade, nos casos de má-fé comprovada.

Impende salientar que é permitida a utilização da analogia no ordenamento jurídico brasileiro nos casos de lacuna na lei, conforme decisão da 2ª Turma do STJ, notificado no Informativo 553 do STJ:

A analogia das legislações estaduais e municipais com a Lei n. 8.112/90 somente é possível se houver omissão no tocante a di-

reito de cunho constitucional, que seja autoaplicável, bem como que a situação não dê azo ao aumento de gastos. RMS 46.438-MG, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16/12/2014, DJE 19/12/2014:

Na hipótese de flagrante ilegalidade, não há qualquer motivo que justifique a negativa da correção efetiva dos próprios atos para assegurar a observância de todos os princípios invocados até aqui, mesmo porque, não o fazendo, sujeita-se ao controle pelos demais Poderes, como aconteceu na testilha em que o Tribunal de Contas do Estado do Amazonas instaurou o processo n. 2081/2018 para apurar a conduta do servidor.

Vale ressaltar que a CRFB/88 conferiu ao Poder Legislativo o controle externo, exercido com o auxílio do Tribunal de Contas, juntamente com o sistema de controle interno de cada poder a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da Administração Pública Direta, Indireta e das entidades, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas.

A doutrina defende que o Tribunal é um órgão independente, embora seja auxiliar do Poder Legislativo e que não exerce função jurisdicional:

“Os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. Esta é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código político de 1988. Note-se que os julgamentos a cargo dos Tribunais de Contas não se caracterizam pelo impulso externo ou non-ex-officio. Deles não participam advogados, necessariamente, porque a indispensabilidade dessa participação apenas se dá no âmbito do processo judiciário (art. 133 da CF). Inexiste a figura dos ‘litigantes’ a que se refere o inciso LV do art. 5º da Constituição. E o ‘devido processo legal’ que os informa somente ganha os contornos de um devido processo legal (ou seja, com as vestes do contraditório e da ampla defesa), se alguém passa à condição de sujeito passivo ou acusado, propriamente.” (BRITTO, Carlos Ayres. O regime constitucional dos Tribunais de Contas. In: FIQUEIREDO,

Carlos Maurício (Coord.), NÓBREGA, Marcos (Coord.). Administração pública: direitos administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 97-109, p. 104-105).

É de fácil percepção que os processos administrativos instaurados pelos Tribunais de Contas não detêm a competência exclusiva para apurar irregularidades no âmbito da Administração Pública, exatamente por ser um órgão auxiliar do controle externo. A própria CRFB/88 conferiu competência ao sistema de controle interno de cada poder.

O Tribunal de Contas é incumbido de auxiliar todos os órgãos da administração pública na realização de seu controle interno. Os controles, interno e externo não se repelem, pelo contrário, complementam-se, devendo trabalhar conjuntamente.

O referido entendimento, que assegura à Administração o exercício do poder-dever de autotutela, encontra-se consagrado na súmula 473 do Supremo Tribunal Federal. Ensina Maria Sylvia Zanella di Pietro que o controle que a própria Administração Pública deve exercer sobre seus atos abrange o poder de fiscalização e correção dos vícios encontrados, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico (“Direito Administrativo”, 3ª ed., São Paulo, Atlas, p. 417, item 16.1)

Súmula nº 473:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Em vista disso, é dever da Administração Pública zelar pelo cumprimento da Constituição Federal e das leis, expurgando do ordenamento jurídico brasileiro qualquer situação que desrespeite a Norma Hipotética Fundamental, presente em todo Estado Democrático de Direito, afirmando cada vez mais a Força Normativa da Constituição, para que ela não seja apenas uma folha de papel.

III – DA CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, conclui-se que ao servidor público que acumula, inconstitucionalmente, o cargo de Auxiliar Administrativo na Secretaria Municipal de Manaus e o emprego público de Técnico de Nível Médio no Departamento Estadual de Trânsito deve ser **aplicada a pena de demissão**, após abertura de regular processo administrativo disciplinar, assegurando a ampla defesa e o contraditório, bem como o direito de optar por uma das atividades que, não foi exercido no prazo legal, o que demonstra uma conduta em descompasso com a boa-fé objetiva e outros princípios que devem nortear o atuar de qualquer agente público, como a moralidade e probidade administrativas.

Insta ressaltar que a Administração Pública pode anular seus próprios atos quando eivados de ilegalidade, em nome do Princípio da Autotutela, sendo a decisão da Comissão Administrativa em Processo Administrativo Disciplinar independente em relação ao julgamento feito pelo TCE/AM, ou seja, a existência ou não de recurso à Corte de Contas não impede que os atos do PAD sejam realizados.

É manifestação que, todavia, submeto à superior consideração.

PROCURADORIA DO PESSOAL TEMPORÁRIO-PPT/PGE.

Manaus, 17 de julho de 2020.

Vitor Hugo Mota de Menezes

Procurador do Estado

OAB/AM nº 1.675

Processo Administrativo Nº. 2020.02.001252 - PPT

INTERESSADO: SECT - SECRETARIA DE ESTADO DAS CIDADES E TERRITÓRIOS

EMENTA.

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO. TEMPO DETERMINADO. GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE PROJETO. LEI ESTADUAL 2607/2000. POSSIBILIDADE

- Contratação Temporária de Pessoal Para Suprir Necessidade Excepcional de Interesse Público.
- Necessidade de observância dos requisitos legais autorizados pela Constituição Federal e Lei Estadual nº 2.607/2000.
- A possibilidade prevista na Lei Estadual nº 2.607/2000, comporta caráter excepcional para contratação temporária em face do interesse público espelhado na necessidade/utilidade, comprovada diante da efetivação do Projeto Título Certo da Secretaria de Estado de Cidades e Territórios.

I - DO RELATÓRIO

Através do Ofício nº 496/2020-ASJUR/GS/SPF, o ilustre Secretário de Estado das Cidades e Territórios, Ricardo Luiz Monteiro Francisco, solicita análise e manifestação acerca da possibilidade de contratação direta de pessoal temporário.

Conforme se extrai da documentação que integra os presentes autos, encontra-se em andamento na Secretaria de Estado das Cidades e Territórios, o Projeto Título Certo, que objetiva a regularização fundiária de 15.800 lotes distribuídos em 14 municípios do Amazonas.

O supramencionado projeto, pretende implantar estratégia de ações in-

tegradas de regularização fundiária em alguns municípios da região metropolitana de Manaus e da região Sul e Sudoeste do Amazonas, ampliando a prevenção, investigação e o combate a crimes ambientais e fundiários nessas áreas, que tem o maior índice de desmatamento e queimadas do Estado, o que denota um evidente interesse público

Frise-se que o Supremo Tribunal Federal, no dia 18 de dezembro de 2019, proferiu decisão nos autos da ADPF n. 568, homologando o Acordo firmado entre a Procuradoria-Geral da República e a União, prevendo o repasse de valores aos Estados da Amazônia Legal.

Ademais, a ADPF n. 568 afastou as nulidades existentes no Acordo de Assunção de Compromissos entre a Petrobrás e o Ministério Público Federal, que tinha a finalidade de cumprir as obrigações assumidas pela empresa estatal perante as autoridades norte-americanas.

Após a reestruturação da avença, os recursos recuperados da Petrobrás pela Operação Lava-Jato, cerca de R\$ 2,5 bilhões, serão destinados a inúmeros projetos que envolvem meio ambiente, educação e saúde.

Diante do exposto, o objeto da consulta se refere a possibilidade de contratação direta de profissionais, por tempo determinado, para suprir necessidade temporária de excepcional interesse público, de caráter emergencial para o desenvolvimento do Projeto Título Certo.

É o relatório. Passo a opinar.

I - DA FUNDAMENTAÇÃO

A Secretaria de Estado das Cidades e Territórios justificou a necessidade de contratação direta de pessoal temporário, pela imprevisibilidade do êxito do referido projeto e pela ausência de aviso prévio para sua efetivação.

No que diz respeito ao impacto financeiro, informou que há orçamento suficiente para a contratação dos profissionais temporários, apresentando Minuta do Plano de Trabalho, que indica o recebimento do valor de R\$ 18.293.203,62 (dezoito milhões, duzentos e noventa e três mil, duzentos e três reais e sessenta e dois centavos), direcionado à regularização fundiária nos termos do projeto, provenientes dos Recursos Oriundos de Leis ou Acordos Anticorrupção-Fundo Petrobrás.

Ocorre que, a própria Constituição Federal, em seu art. 37, inciso II, estabelece que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos.

Entretanto, a carta maior traz exceção à regra geral, insculpida no mesmo dispositivo, no inciso IX, referindo-se à possibilidade de contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público.

Ainda nesse viés, a Lei Estadual 2.607, de 28 de junho de 2000, dispõe sobre a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, sob regime de Direito Administrativo, nos termos do artigo 37, IX, da Constituição Federal e do artigo 108, § 1.º, da Constituição do Estado, determina:

“Art. 2.º - Considera-se necessidade temporária de excepcional interesse público, para os fins desta Lei, aquela que não possa ser atendida com a utilização do Quadro de Pessoal existente, em especial para a execução dos seguintes serviços:

I - Assistência a situações de emergência, calamidade pública, combate a surtos endêmicos e outras hipóteses de urgência que possam comprometer a continuidade de serviço público essencial;

II - Contratação de professor substituto, professor visitante, professor e pesquisador visitante estrangeiro, professor para Centro de Excelência e profissionais da área de saúde;

III - serviço de natureza técnica e científica;

IV - Pesquisa de natureza estatística de interesse das áreas de saúde, educação e assistência social;

V - Gestão e fiscalização de projetos;

VI - Funções de apoio legislativo de Controle Externo; [...]

Art. 3.º - O recrutamento do pessoal a ser contratado nos termos desta Lei prescindirá de concurso público, efetivando-se mediante processo seletivo simplificado, sob a responsabilidade do órgão ou entidade interessados na contratação, com ampla divulgação através do Diário Oficial do Estado e dos meios de comunicação.

§ 1.º - Sempre que a comprovação da urgência demonstre a inviabilidade de sua realização, será dispensado o processo seletivo nas contratações:

I - Para atendimento a situações de emergência, de calamidade pública ou combate a surtos endêmicos;

II - Para serviços de natureza técnica e científica e para profes-

sor de Centro de Excelência, se devidamente comprovadas a especialização ou capacidade técnica notórias;

§ 2.º - Nas demais hipóteses previstas no artigo 2.º desta Lei, a contratação será efetivada à vista de **comprovada capacidade de profissional, mediante avaliação do curriculum vitae dos candidatos.**”

Quanto aos gastos com a contratação temporária e o impacto financeiro, demonstrou-se existir dotação orçamentária para tanto, respeitando a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000).

Em contraponto, observa-se que a ressalva do artigo 37, II c/c IX, prevista na Constituição Federal quanto à permissão de contratação de temporário por procedimento simplificado, é excepcional e não tem guarita para contratação dissimuladas pautadas em excepcionalidades recorrentes e previsíveis.

Desse modo, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já pacificou entendimento no sentido de que o artigo 37, IX, da Constituição Federal não admite hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária **sem a indispensável especificação da contingência fática que evidencia a situação de emergência**. Espelhando essa tese, importa trazer à baila trechos proferidos em sede de ADI 3210/PR, cujo Relator foi o Ministro Carlos Velloso e a ADI 890/DF, do Relator Min. Maurício Corrêa, assim ementadas:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO: CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. C.F., art. 37, IX. Lei 9.198/90 e Lei 10.827/94, do Estado do Paraná. I.

- A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: C.F., art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público: C.F., art. 37, IX. Nessa hipótese, deverão ser atendidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos casos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público excepcional. II. - Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI 1.500/ES, 2.229/ES e 1.219/PB, Ministro Carlos Velloso; ADI 2.125- MC/DF e 890/DF, Ministro Maurício Corrêa; ADI 2.380- MC/DF, Ministro Moreira Alves; ADI 2.987/SC, Ministro Sepúlveda Pertence. III. - A lei referida no inciso IX do art. 37, C.F., deverá estabelecer

os casos de contratação temporária. No caso, **as leis impugnadas instituem hipóteses abrangentes e genéricas de contratação temporária, não especificando a contingência fática que evidenciaria a situação de emergência, atribuindo ao chefe do Poder interessado na contratação estabelecer os casos de contratação: inconstitucionalidade.** IV. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente? (sem o destaque no original)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DISTRITAL 418/93. EC 19/98. ALTERAÇÃO NÃO- SUBSTANCIAL DO ARTIGO 37, II, DA CF/88. PREJUDICIALIDADE DA AÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCURSO PÚBLICO. ATIVIDADES PERMANENTES. OBRIGATORIEDADE. SERVIÇO TEMPORÁRIO. PRORROGAÇÃO DO PRAZO. LIMITAÇÃO. REGIME JURÍDICO APLICÁVEL.

1. Emenda Constitucional 19/98. Alteração não- substancial do artigo 37, II, da Constituição Federal. Prejudicialidade da ação. Alegação improcedente.

2. A Administração Pública direta e indireta. Admissão de pessoal. Obediência cogente à regra geral de concurso público para admissão de pessoal, excetuadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão e contratação destinada a atender necessidade temporária e excepcional. Interpretação restritiva do artigo 37, IX, da Carta Federal. Precedentes.

3. Atividades permanentes. Concurso Público. As atividades relacionadas no artigo 2º da norma impugnada, com exceção daquelas previstas nos incisos II e VII, são permanentes ou previsíveis. Atribuições passíveis de serem exercidas somente por servidores públicos admitidos pela via do concurso público.

4. Serviço temporário. Prorrogação do contrato. Possibilidade limitada a uma única extensão do prazo de vigência. Cláusula aberta, capaz de sugerir a permissão de ser renovada sucessivamente a prestação de serviço. Inadmissibilidade.

5. Contratos de Trabalho. Locação de serviços regida pelo Código Civil. A contratação de pessoal por meio de ajuste civil de locação de serviços. Escapismo à exigência constitucional do concurso público. Afronta ao artigo 37, II, da Constituição Federal.

Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar inconstitucional a Lei 418, de 11 de março de 1993, do Distrito Federal”. (sem o destaque no original)

Veja-se que há a possibilidade de contratação temporária, mas não se trata apenas de preenchimento dos requisitos de necessidade do interesse público e dotação orçamentária para tal, a interpretação é clara e vai além, posto que importa na configuração do caráter de **excepcionalidade** e real **emergência** da contratação.

Noutras palavras e por outro dizer, apenas em casos específicos de imprevisibilidade é que se pode falar em permissão de contratação de temporários.

No caso em análise, que trata do fomento do Projeto Título Certo da Secretaria de Estado das Cidades e Territórios, verifica-se que há o cumprimento de todos os requisitos para a contratação temporária de pessoal, sobretudo porque o período de execução do programa é de setembro de 2020 a dezembro de 2021, totalizando 16 meses, sem tempo hábil para realização de concurso público e de processo seletivo simplificado, mas devendo atender a todos os princípios constitucionais, tais como, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A regra na Administração Pública é a contratação por concurso público e a **utilização de mecanismo com o intuito de burlar a legislação deve ser reprovada e não aceita**.

A linha doutrinária não segue entendimento diferente, Hely Lopes Meirelles¹, ao tratar da questão assegura que:

“o concurso público é o meio técnico posto à disposição da administração pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo propiciar igual oportunidade a todos interessados que atendam aos requisitos da lei, fixados de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou do emprego, consoante determina o art. 37,II, CF”.

No mesmo sentido, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho² sustenta que:

“Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na

1 MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**, 28ª ed. São Paulo, Malheiros: 2003.

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 23ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris: 2010.

aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos”.

Dessa forma, por qualquer prisma que se olhe a questão, verifica-se que a obrigatoriedade da realização de concurso público para resguardar a **isonomia, a moralidade e a probidade administrativa, bem como o interesse público** decorrente da contratação de candidatos aptos a melhor prestação do serviço público, coibindo o uso do empreguismo e do apadrinhamento político, que frequentemente, provocam diversas ações judiciais afim de reconhecer o vínculo de emprego e os direitos trabalhistas decorrente de prestação de serviço à administração pública.

Entretanto, como de sabença geral, apesar do concurso público ser a forma primária de contratação de pessoal na Administração Pública, a Constituição **excepcionou duas hipóteses de contratação**, quais sejam: as **nomeações para cargo em comissão** declarado em lei de livre nomeação e exoneração (art. 37, inciso II); e a corriqueira **contratação de pessoal por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público** (art. 37, inciso IX).

Nessa perspectiva, a doutrina espelhada nas palavras de doutrinador Marçal Justen Filho³ salienta que:

A Constituição permitiu a contratação em regime jurídico especial, no art. 37, IX. Ali se previu a possibilidade de contratação por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público. Essa figura adquiriu grande relevância por razões práticas. Há medidas destinadas a impedir a ampliação da dívida pública e orientadas a restringir o déficit público. Isso conduziu à redução dos concursos públicos para provimento de cargos e empregos públicos. Como decorrência, passou-se a utilizar da previsão do art. 37, IX, para obter quadros para o desempenho de funções essenciais, de grande relevância.

3 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**, 8ª ed. Belo Horizonte, Fórum: 2012.

Noutras palavras, para a validade da contratação regida pelo artigo 37, IX, da CF é necessário a presença de três requisitos: contratos firmados com prazo determinado; temporariedade da função; e excepcional interesse público, todos devidamente cumpridos no caso em tela.

III – DA CONCLUSÃO

Dessa forma, salvo melhor juízo, considerando que o Projeto terá início já no mês de setembro do corrente ano e considerando o cristalino interesse público em questão, a contratação temporária poderá ser realizada, diante do cumprimento de todos os requisitos constantes na Carta Magna e das leis infraconstitucionais, quais sejam, previsão legal das hipóteses de contratação temporária, contratação por tempo determinado, atendimento de necessidade temporária e presença de excepcional interesse público, assim, **esta Casa manifesta-se pela possibilidade.**

É a manifestação que, contudo, submeto à superior deliberação.

Manaus, 18 de agosto de 2020.

Vitor Hugo Mota de Menezes

Procurador do Estado

OAB/AM nº 1.675

O Controle de convencionalidade realizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal

Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho¹

1. INTRODUÇÃO

O chamado “controle de convencionalidade” pode ser definido como a verificação da adequação (compatibilidade) vertical entre normas de direito interno e tratados internacionais².

Se a questão da *inconstitucionalidade* é, no dizer de Marcelo Neves, um problema de relação *internormativa intrassistemática* – isto é, de relação entre normas pertencentes a um determinado ordenamento jurídico estatal³ –, poder-se-ia supor, numa primeira e apressada leitura, que a “inconvencionalidade” seria um problema de relação *internormativa inter-sistemática*, por se tratar de conflito entre uma norma de direito interno (objeto do controle de convencionalidade)⁴ e uma norma de direito internacional (cláusula de parâmetro do controle de convencionalidade).

1 Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da UFAM. Procurador do Estado do Amazonas. Advogado. e-mail: prof.calberto@hotmail.com.

2 Consoante será adiante exposto, o controle de convencionalidade pode ter por objeto, excepcionalmente, atos não normativos.

3 NEVES, Marcelo. Teoria da inconstitucionalidade das leis. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 68-73.

4 Registre-se que a noção exposta não contempla a verificação da adequação entre omissões normativas e tratados internacionais. A “inconvencionalidade por omissão” ocorreria nos casos em que o Estado deixa de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos de tratados internacionais, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que aquele ato de direito internacional lhe impôs. Tal hipótese, contudo, não será abordada no presente artigo. Também cabe destacar que, consoante será adiante exposto, o controle de convencionalidade pode ter por objeto um tratado internacional.

No entanto, considerando que todos os conflitos normativos são *intrasistêmicos* – pois somente podem ocorrer, em termos lógicos, no interior de um mesmo sistema⁵ –, conclui-se que mesmo a “inconvencionalidade” é uma relação *internormativa intrassistêmica*, tendo em vista que os tratados internacionais que podem ser tomados como cláusulas de parâmetros do controle de convencionalidade são apenas os que tenham sido incorporados à ordem jurídica positiva do Estado signatário.

O controle de convencionalidade pode ser realizado pelas Cortes Internacionais de Direitos Humanos⁶ e também pelos órgãos do Poder Judiciário do Estado. Este último caso é denominado por Marcelo Figueiredo de controle de convencionalidade *primário*, ao passo que aquele outro – o exercido pelas Cortes Internacionais – é chamado de *secundário*⁷.

O presente artigo tem por finalidade identificar, a partir da análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), as características do controle de convencionalidade e, em seguida, apresentar os casos mais emblemáticos nos quais a Corte realizou tal controle.

Antes, contudo, mostra-se imprescindível tecer considerações, ainda que breves, sobre a questão da posição hierárquica que os tratados internacionais ocupam no ordenamento jurídico brasileiro, com especial atenção ao entendimento adotado pelo STF.

2. A HIERARQUIA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS EM FACE DO ORDENAMENTO POSITIVO INTERNO

Sobre a posição que os tratados internacionais ocupam no ordenamento jurídico interno há, basicamente, quatro correntes: a) a da hierarquia supraconstitucional; b) a da hierarquia constitucional; c) a da supralegalidade; e d) a da paridade hierárquica entre o tratado e a lei federal.

Nas décadas de 1940 e 1950, o entendimento do STF era no sentido da prevalência dos tratados internacionais sobre o direito interno infraconstitucional⁸.

5 MOUSSALLEM, Tárez Moysés. Fontes do direito tributário. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 64. Como bem observa Aurora Tomazini de Carvalho, para que duas proposições sejam consideradas contraditórias é preciso que “pertencam ao mesmo sistema, caso contrário, não há contradição” (Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico. São Paulo: Noeses, 2009, p. 117).

6 Consoante observa Bruno Barbosa Borges, o controle de convencionalidade, no Sistema Interamericano, tem fundamento nos arts. 1.1 e 2 da CADH: o primeiro estabelece aos Estados-partes obrigações gerais de respeito aos direitos convencionais e o segundo, a obrigação de adotar disposições para harmonizar o direito interno com o interamericano (O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 137).

7 FIGUEIREDO, Marcelo. O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 89.

8 Nesse sentido: Apelação Civil 7.872/RS, Rel. Min. Laudo dAe Camargo, de 1943; Apelação Civil 9.587/DF, Rel. Min. Lafa-

Contudo, a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80004/SE, em 1977, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que os tratados internacionais incorporados ao direito positivo interno do Brasil possuíam, em nosso sistema normativo, o mesmo grau de autoridade e de eficácia das leis nacionais. Um dos fundamentos de tal tese era a falta, no texto da Constituição então vigente, de dispositivo que reconhecesse expressamente o privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis editadas pelo Congresso Nacional⁹. Outro argumento era que a aprovação dos tratados seguia o mesmo processo de elaboração das leis, com a observância de idênticas formalidades de tramitação¹⁰.

Nesta linha de pensamento, a eventual precedência dos atos internacionais sobre as normas infraconstitucionais de direito interno brasileiro somente ocorreria – no caso de eventual antinomia com o ordenamento doméstico – em face da aplicação do critério cronológico (“*lex posterior derogat legi priori*”) ou, quando cabível, do critério da especialidade (“*lex specialis derogat legi generali*”).

A Constituição de 1988, no § 2º de seu art. 5º, trouxe a chamada “cláusula de abertura”, redigida nos seguintes termos: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem outros decorrentes* do regime e dos princípios por ela adotados, ou *dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*” (destaque nosso).

No entanto, mesmo diante do referido enunciado – que, no entender de parcela considerável da doutrina, teria consagrado o *status* constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos¹¹ –, o STF proferiu diversas decisões reconhecendo a subordinação normativa dos tratados à Constituição da República¹², pois permanecia adotando a tese da estrita relação de paridade normativa entre os atos internacionais e as leis ordinárias brasileiras¹³.

yette de Andrada, de 1951. Foi na vigência do referido entendimento que se concebeu o art. 98 do Código Tributário Nacional – CTN (Lei n. 5.172, de 25.10.1966), que assim dispõe: “Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

9 RE 80004/SE, Rel. Min. Xavier de Albuquerque, Pleno, j. em 01.06.1977, DJ 29.12.1977, p. 9433.

10 RE 71154/PR, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, Pleno, j. em 04.08.1971, DJ 27.08.1971, p. 4431. É certo que em tal procedimento é dispensável a sanção presidencial (art. 48, caput, c/c art. 49, inciso I, CF). Todavia, esta é desnecessária, pois, quando celebra um tratado e o submete à aprovação legislativa, o Presidente da República manifesta sua aquiescência.

11 Nesse sentido: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016, p. 33 e 104-122; PES, João Hélio Ferreira. A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010, p. 147; PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 127 e 130; RAMINA, Larissa. Direito internacional convencional: tratados em geral, tratados em matéria tributária e tratados de direitos humanos. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006, p. 83.

12 Nesse sentido: HC 73044/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª Turma, j. em 19.03.1996, DJ 20.09.1996, p. 34534; ADI-MC 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 04.09.1997, DJ 18.05.2001, p. 435; HC 81319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 24.04.2002, DJ 19.08.2005, p. 5; AI-AgR 403828/MS, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 05.08.2003, DJe-030 divulg. 18.02.2010 public. 19.02.2010). No sentido da prevalência da Constituição, no Direito brasileiro, sobre todos os tratados internacionais, inclusive os de proteção aos direitos humanos: RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 29.03.2000, DJ 22.11.2002, p. 76; AI-AgR 513044/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 22.02.2005, DJ 08.04.2005, p. 31; MI-AgR 772/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 24.10.2007, DJe-053 divulg. 19.03.2009 public. 20.03.2009.

13 ADI-MC 1347/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 05.09.1995, DJ 01.12.1995, p. 41685; HC 74383/MG, Rel. p/

Registre-se que no julgamento do Habeas Corpus 81319/GO, em 2002, o STF manifestou-se favoravelmente à ideia de que o Congresso Nacional viesse a outorgar hierarquia constitucional aos tratados sobre direitos humanos celebrados pelo Estado brasileiro¹⁴.

Adveio, então, a Emenda Constitucional n. 45, de 30.12.2004, que introduziu no art. 5º da CF o § 3º, com a seguinte redação: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”¹⁵.

De acordo com referida “cláusula de equivalência”, os tratados internacionais sobre direitos humanos que sejam aprovados no Congresso Nacional segundo o mesmo procedimento das emendas à Constituição (art. 60, § 2º, CF)¹⁶ serão, por ficção¹⁷, considerados como se emendas constitucionais fossem.

Na sessão de 03.12.2008, o Plenário do STF, por ocasião do julgamento conjunto de quatro processos¹⁸, reconheceu que os tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, mas que não tenham sido aprovados no Congresso Nacional segundo o rito do § 3º do art. 5º da CF, teriam *status normativo supralegal*, isto é, ocupariam lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima das demais normas da legislação interna¹⁹.

Acórdão: Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, j. em 22.10.1996, DJ 27.06.1997, p. 30227; Ext 662/PU, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 28.11.1996, DJ 30.05.1997, p. 23176; ADI-MC 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 04.09.1997, DJ 18.05.2001, p. 435.

14 HC 81319/GO, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 24.04.2002, DJ 19.08.2005, p. 5.

15 Comentando sobre a PEC que deu origem à EC 45/2004, Sílvia Maria da Silveira Loureiro vislumbrou no dispositivo que atualmente corresponde ao § 3º do art. 5º da CF “um verdadeiro desmonte do modelo aberto de proteção dos direitos e garantias fundamentais, inestimável conquista introduzida pela cláusula final do § 2º do art. 5º da Carta Política de 1988” (Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 221).

16 CF: “Art. 60. (...) § 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros”

17 Ficção, na definição de Marcelino Rodríguez Molinero, “consiste en equiparar una cosa a otra sabiendo que no son iguales, que son diferentes; o bien se sabe que son desiguales y se las considera iguales. Por tanto se finge lo que no es como si lo fuera” (destaques no original) (Introducción a la ciencia del derecho. 2. ed. Salamanca: Librería Cervantes, 1993, p. 175).

18 HC 87585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-118 divulg. 25.06.2009 public. 26.06.2009; HC 92566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg. 04.06.2009 public. 05.06.2009; RE 466343/SP, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg. 04.06.2009 public. 05.06.2009; RE 349703/RS, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg. 04.06.2009 public. 05.06.2009. Nos referidos processos era discutida a subsistência da prisão civil do depositário infiel no ordenamento brasileiro, tendo em vista o disposto no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 11) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, item 7).

19 Ressalte-se que, anteriormente ao mencionado julgamento do Plenário do STF, a 2ª Turma da Corte, na sessão de 23.09.2008, por ocasião do julgamento de vários habeas corpus, todos da relatoria do Ministro Celso de Mello, adotou a tese que atribuiu hierarquia constitucional aos referidos tratados internacionais sobre direitos humanos: HC 93280/SC, DJe-091 divulg. 15.05.2013 public. 16.05.2013; HC 90450/MG, DJe-025 divulg. 05.02.2009 public. 06.02.2009; HC 91361/SP, DJe-025 divulg. 05.02.2009 public. 06.02.2009; HC 94695/RS, DJe-025 divulg. 05.02.2009 public. 06.02.2009. Na sessão de 07.10.2008, no julgamento de vários Habeas Corpus, todos da relatoria da Ministra Ellen Gracie, a 2ª Turma do STF, com fundamento no § 2º do art. 5º da CF, adotou a tese da supralegalidade dos referidos tratados internacionais de direitos humanos: HC 94702/GO, DJe-202 divulg. 23.10.2008 public. 24.10.2008; HC 88240/SP, DJe-202 divulg. 23.10.2008 public. 24.10.2008. No mesmo sentido: HC 95967/MS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, j. em 11.11.2008, DJe-227 divulg. 27.11.2008 public. 28.11.2008. Ressalte-se que no julgamento dos Habeas Corpus n.

Portanto, a partir do citado julgamento, o entendimento adotado pela jurisprudência do STF pode ser sintetizado nos seguintes termos:

a) tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados na forma do § 3º do art. 5º da CF são equivalentes às emendas constitucionais²⁰;

b) tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados e internalizados na ordem jurídica brasileira – porém não submetidos ao processo legislativo estipulado pelo § 3º do art. 5º da CF – possuem status de *supralegalidade*, estando acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal²¹;

c) os demais tratados internacionais (isto é, os que não versem sobre direitos humanos) ingressam no direito brasileiro com *status* equivalente ao de lei ordinária²². Neste último caso, portanto, as antinomias entre normas domésticas (direito interno) e convencionais (direito internacional) resolvem-se, a princípio, pelos tradicionais critérios da cronologia e da especialidade²³.

Ressalte-se que a constitucionalidade (dos tratados equivalentes a emendas à Constituição) e a supralegalidade (dos tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso Nacional, mas não na forma do § 3º do art. 5º da CF) tornam inaplicável a legislação infraconstitucional conflitantes com os

88240/SP e 94702/GO, a 2ª Turma do STF considerou que a disposição do § 2º do art. 5º da CF alcançaria até mesmo os tratados internacionais sobre direitos humanos que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro após a promulgação da CF/1988, diversamente do que havia decidido a 1ª Turma no julgamento do RE 253071/GO (Rel. Min. Moreira Alves, j. em 29.05.2001, DJ 29.06.2001, p. 60).

20 Até o momento em que se escreve este artigo, apenas dois atos internacionais foram aprovados na forma do § 3º do art. 5º da CF: a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30.03.2007 (aprovados pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25.08.2009), e o Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28.06.2013 (aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 261, de 25.11.2015, e promulgado pelo Decreto n. 9.522, de 08.10.2018).

21 HC 96772/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 09.06.2009, DJe-157 divulg. 20.08.2009 public. 21.08.2009; ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 20.08.2015, DJe-018 divulg. 29.01.2016 public. 01.02.2016; ADI 3406/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 29.11.2017, DJe-019 divulg. 31.01.2019 public. 01.02.2019; ADI 3470/RJ, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 29.11.2017, DJe-019 divulg. 31.01.2019 public. 01.02.2019; ADI 4066/DF, Rel. Min. Rosa Weber, Pleno, j. em 24.08.2017, DJe-043 divulg. 06.03.2018 public. 07.03.2018. A ADI 4066/DF foi conhecida, mas, no mérito, não foi atingido o quórum exigido pelo art. 97 da CF para a pronúncia da inconstitucionalidade (ou da constitucionalidade – art. 23 da Lei n. 9.868, de 10.11.1999) da norma impugnada. O STJ adotou o entendimento firmado pelo STF no sentido de que os tratados de direitos humanos ratificados pelo país, mas não pelo rito do § 3º do art. 5º da CF, têm força supralegal: REsp 914.253/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Corte Especial, j. em 02.12.2009, DJe 04.02.2010.

22 Nesse sentido: ARE 766618/SP, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 25.05.2017, DJe-257 divulg. 10.11.2017 public. 13.11.2017.

23 Outra consequência dos tratados internacionais “comuns” (isto é, que não versem sobre direitos humanos) ingressarem no direito brasileiro com status de lei ordinária é a impossibilidade de versarem sobre matérias constitucionalmente reservadas à lei complementar. Nesse sentido: “O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil – ou aos quais o Brasil venha a aderir – não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar. É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno” (STF, ADI-MC 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 04.09.1997, DJ 18.05.2001, p. 435).

tratados internacionais, seja ela anterior (*eficácia derogatória*) ou posterior ao ato de adesão (*eficácia inibitória*).

Tratado internacional com status de emenda à Constituição não pode ser denunciado, pois nem mesmo uma emenda constitucional poderá extinguir o direito consagrado naquele tratado, tendo em vista o caráter de cláusula pétrea atribuído aos direitos fundamentais (art. 60, § 4º, inciso IV, CF).

3. ASPECTOS DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL

Considerando o entendimento atual do STF sobre a posição hierárquica dos tratados internacionais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, passamos a fazer algumas anotações sobre aspectos que reputamos relevantes acerca do controle de convencionalidade em nosso País.

Inicialmente, deve ser registrado que o controle de convencionalidade deve necessariamente ter como cláusula de parâmetro (norma apontada como violada) um tratado internacional *sobre direitos humanos*.

Isto porque os demais tratados internacionais (isto é, os que não versam sobre direitos humanos) possuem, em nosso ordenamento, o mesmo grau de autoridade das leis ordinárias federais e, assim, eventual conflito com estas não será resolvido pelo critério hierárquico de solução de antinomias – mas pelo critério cronológico e eventualmente pelo da especialidade.

Assim, se a supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade²⁴, a superioridade dos tratados (seja por terem estatuta constitucional – art. 5º, § 3º, CF – ou por possuírem status supralegal) é um pressuposto do controle de convencionalidade.

Ressalte-se que não estabelecemos distinção entre controle de convencionalidade e controle de supralegalidade, adotada por parte da doutrina²⁵. Entendemos que todo controle de validade de norma que tenha como cláusula de parâmetro uma norma convencional (tratado internacional) de direitos humanos é, por definição, um controle de convencionalidade. Se o tratado em questão for daqueles que, por não terem se submetido ao

24 STF, ADI 4481/PR, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 11.03.2015, DJe-092 divulg. 18.05.2015 public. 19.05.2015.

25 Valerio Mazzuoli, por exemplo, distingue entre controle de convencionalidade – que teria como parâmetros os tratados de direitos humanos – e controle de supralidade – que teria como paradigma os demais tratados internacionais (O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, cit., p. 217-218). Ocorre que, para o STF, os tratados internacionais comuns estão no mesmo nível das leis internas, não desfrutando, pois, de supralegalidade. Segundo o STF, quem desfruta de supralegalidade são os tratados de direitos humanos que não sejam aprovados na forma do § 3º do art. 5º da CF.

processo legislativo estipulado pelo § 3º do art. 5º da CF, estão acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal, o controle de convencionalidade não se converte em controle de supralegalidade: continua sendo de convencionalidade, mas que levará em conta o status supralegal do tratado que se constitua cláusula de parâmetro.

O controle de convencionalidade de atos normativos pode ter por objeto (ato cuja validade será aferida em contraste ao tratado) qualquer ato de hierarquia inferior ao ato convencional que sirva como cláusula de parâmetro, *o que inclui tratados internacionais hierarquicamente inferiores*.

Assim, se o parâmetro for um tratado sobre direitos humanos equivalente à emenda constitucional (art. 5º, § 3º, CF), o controle pode ter por objeto, inclusive, os tratados sobre direitos humanos de status supralegal e os tratados internacionais comuns (isto é, que não versem sobre direitos humanos). Existe, ainda, a possibilidade de um tratado sobre direitos humanos equiparado à emenda constitucional ser objeto de controle de convencionalidade na hipótese de ter implicado supressão, modificação gravosa ou restrição a direito fundamental assegurado por anterior tratado de mesma estatura (“cláusula pétrea”).

No caso de controle que tenha como paradigma um tratado sobre direitos humanos de status supralegal, o objeto poderá ser, inclusive, um tratado internacional comum.

Ao controle de convencionalidade que tenha por base um tratado de direitos humanos equivalente a emenda constitucional são aplicáveis as diretrizes do controle de constitucionalidade. Temos, assim, neste caso, duas formas de controle de convencionalidade: (i) o concentrado (abstrato): que visa, sem qualquer referência a um caso concreto, verificar e declarar se determinado ato normativo está, ou não, em conflito com o tratado internacional e, caso esteja, expelir do ordenamento jurídico o ato normativo inconveniente; e (ii) o difuso (concreto): que ocorre dentro de um processo judicial, em que a parte alega incidentalmente a inconveniência de determinado ato normativo.

Em tais casos deverá ser observada a cláusula da reserva de plenário (art. 97, CF²⁶) tanto no controle de convencionalidade concentrado quanto no controle de convencionalidade difuso (Súmula Vinculante 10 do STF²⁷). Ressalte-se o controle de convencionalidade poderá ter por objeto (ato aponta-

26 CF: “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”. Nos casos de controle de convencionalidade leia-se “inconveniência”.

27 SV 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

do como violador do tratado internacional) um *ato não normativo*, tal como pode se dar no controle de constitucionalidade realizado em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADPF (art. 102, § 1º, CF)²⁸.

O controle de convencionalidade que tenha por base um tratado sobre direitos humanos de status supralegal pode ser realizado por qualquer juiz ou tribunal e, por não ser equiparado a um controle de constitucionalidade, não se submete às regras deste. Por conseguinte, não há necessidade de observância à cláusula da reserva de plenário (art. 97, CF), pois não há afastamento de norma em relação à Constituição (ou a tratado com status de emenda constitucional)²⁹.

Apesar do foco do presente artigo não ser o controle de constitucionalidade, deve ser registrado que os tratados internacionais podem ser objeto do referido controle³⁰, pois o STF reconhece a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive os que versam sobre direitos humanos³¹.

Tal se aplica, de igual modo, aos tratados com status de emenda constitucional, tendo em vista que até mesmo as emendas à Constituição podem ser objeto de controle de constitucionalidade, consoante admite a jurisprudência do STF³². No caso dos tratados com status de emenda constitucional, estes serão inconstitucionais se importarem supressão, modificação gravosa ou restrição aos limites materiais ao poder de reforma constitucional – as chamadas “cláusulas pétreas” (art. 60, § 4º, CF)³³ –, notadamente

28 A ADPF 347, por exemplo, foi ajuizada para o reconhecimento de descumprimento de preceito constitucional fundamental por ato não normativo, a saber: de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que decorreriam de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. O STF, em sede cautelar, reconheceu a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro (ADPF-MC 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 09.09.2015, DJe-031 divulg. 18.02.2016 public. 19.02.2016).

29 Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.640.084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, julgado em 15.12.2016, DJe 01.02.2017. No citado julgamento, o parâmetro do controle de convencionalidade era o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

30 “CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE TRATADOS INTERNACIONAIS NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO. - O Poder Judiciário – fundado na supremacia da Constituição da República – dispõe de competência, para, quer em sede de fiscalização abstrata, quer no âmbito do controle difuso, efetuar o exame de constitucionalidade dos tratados ou convenções internacionais já incorporados ao sistema de direito positivo interno” (STF, ADI-MC 1480/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 04.09.1997, DJ 18.05.2001, p. 435).

31 RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 29.03.2000, DJ 22.11.2002, p. 76; MI-Agr 772/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 24.10.2007, DJe-053 divulg. 19.03.2009 public. 20.03.2009.

32 Nesse sentido: ADI 466/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, j. em 03.04.1991, DJ 10.05.1991, p. 5929; ADI 829/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 14.04.1993, DJ 16.09.1994, p. 24278; ADI 830/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 14.04.1993, DJ 16.09.1994, p. 24278; ADI 833/DF, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, j. em 14.04.1993, DJ 16.09.1994, p. 24278; ADI 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, j. em 15.12.1993, DJ 18.03.1994, p. 5165; ADI 2024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 03.05.2007, DJ 22.06.2007, p. 16; ADI 2395/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 09.05.2007, DJe-092 divulg. 21.05.2008 public. 23.05.2008; ADI 4307/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 11.04.2013, DJe-192 divulg. 30.09.2013 public. 01.10.2013.

33 Como bem observa Jesus Tupã Silveira Gomes, a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pelo rito do § 3º do art. 5º da CF não se sujeita aos limites formais, circunstanciais e temporais previstos no art. 60 da CF (Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Curitiba: Juruá, 2018, p. 69).

a direitos fundamentais reconhecidos e assegurados pela Constituição ou por anteriores tratados com status de emendas constitucionais – este último caso também se configura controle de convencionalidade.

4. CASOS DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO STF

Traçados, em linhas gerais, os contornos do controle de convencionalidade, passamos a apresentar, de forma sucinta, alguns dos casos em que o STF realizou tal controle.

4.1. O caso da prisão civil do depositário infiel

Não há melhor maneira de iniciar a exposição do que discorrendo sobre o caso da prisão civil do depositário infiel, pois foi apreciando tal questão que a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de reconhecer a suprallegalidade dos tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao direito brasileiro, mas não pelo rito do § 3º do art. 5º da CF.

A Constituição de 1988 dispõe que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (art. 5º, inciso LXVII).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos³⁴ estabelece que: “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual” (art. 11). Já a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, popularmente conhecida como “Pacto de São José da Costa Rica”³⁵, estabelece que: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (art. 7, item 7).

O STF, com fundamento nos mencionados tratados internacionais, decidiu pela insubsistência, no ordenamento jurídico brasileiro, da prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito³⁶.

34 Pacto adotado pela XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16.12.1966. Aprovado pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12.12.1991, e promulgado pelo Decreto n. 592, de 06.07.1992.

35 Convenção assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos realizada em San José, Costa Rica, em 22.11.1969. Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 27, de 26.05.1992, e promulgada pelo Decreto n. 678, de 06.11.1992.

36 HC 87585/TO, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-118 divulg. 25.06.2009 public. 26.06.2009; HC 92566/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg. 04.06.2009 public. 05.06.2009; RE 466343/SP, com repercussão geral reconhecida, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg.

4.2 O caso do duplo grau de jurisdição

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra como garantia, ao menos na esfera processual penal, o duplo grau de jurisdição como o direito de “toda pessoa acusada de delito”, durante o processo, “de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior” (art. 8º, item 2, h).

Considerando que a Constituição Federal não prevê expressamente referida garantia, o STF entendeu, inicialmente, não ser possível erigir o duplo grau em princípio constitucional, tantas são as previsões, na própria Lei Fundamental, do julgamento de única instância ordinária. Tal situação, segundo a Corte, não teria se alterado, com a incorporação ao direito brasileiro da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁷.

A 1ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus 88420/PR, reconheceu que o acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais e que, ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do Código de Processo Penal (Decreto-Lei n. 3.689, de 03.10.1941)³⁸.

O STF reconheceu o duplo grau de jurisdição, inobstante sua previsão como princípio na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, não se aplica aos casos de jurisdição superior originária prevista na Constituição³⁹.

4.3 O caso do passe livre às pessoas com deficiência

A Lei n. 8.899, de 29.06.1994⁴⁰, concedeu passe livre às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, no sistema de transporte coletivo interestadual.

04.06.2009 public. 05.06.2009; RE 349703/RS, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 03.12.2008, DJe-104 divulg. 04.06.2009 public. 05.06.2009. Na sessão de 16.12.2009, o Plenário do STF aprovou o enunciado da Súmula Vinculante 25, com os seguintes dizeres: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”. Alinhando-se ao entendimento do STF, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 419, com o seguinte enunciado: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

37 RHC 79785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, j. em 29.03.2000, DJ 22.11.2002, p. 76; AI-AgR 513044/SP, Rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, j. em 22.02.2005, DJ 08.04.2005, p. 31; AI-AgR 601832/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, j. em 17.03.2009, DJe-064 divulg. 02.04.2009 public. 03.04.2009.

38 HC 88420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, j. em 17.04.2007, DJ 08.06.2007, p. 37.

39 HC-AgR 140213/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 02.06.2017, DJe-128 divulg. 14.06.2017 public. 16.06.2017.

40 Regulamentada pelo Decreto n. 3.691, de 19.12.2000.

O STF, ao julgar Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ajuizada contra a Lei n. 8.899/1994, atentou para o fato de que, em 30.03.2007, o Brasil assinou, na sede das Organizações das Nações Unidas (ONU), a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, aprovados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 09.07.2008, em conformidade com o procedimento previsto no § 3º do art. 5º da CF.

Ao assinar tais atos – que foram promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25.08.2009, data de início de sua vigência no plano interno –, o Brasil comprometeu-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado.

Assim, reconheceu o STF a constitucionalidade e a convencionalidade da Lei n. 8.899/1994, que deve ser entendida como “parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados”⁴¹.

4.4 O caso das audiências de custódia

A Presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Corregedoria Geral da Justiça editaram o Provimento Conjunto n. 03/2015, determinando a apresentação de pessoa detida em flagrante delito a um juiz, até 24 horas após a sua prisão, para participar de *audiência de custódia*, na qual é feita uma primeira análise sobre a regularidade, a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas⁴².

Ao julgar a ADI 5240, na qual era questionado o referido provimento, o Plenário do STF, na sessão de 20.08.2015, conheceu em parte a ação e, na parte conhecida, julgou improcedente o pedido. Dentre os fundamentos da decisão foi citado o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que dispõe que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”.

Segundo restou assentado, tendo em vista o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamen-

41 ADI 2649/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 08.05.2008, DJe-197 divulg. 16.10.2008 public. 17.10.2008.

42 Em 06.02.2015, o CNJ lançou o projeto Audiência de Custódia, em São Paulo. Em 09.04.2015, o Ministério da Justiça e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) assinaram acordo de cooperação técnica estabelecendo “conjugação de esforços” para a implantação da audiência de custódia nos estados.

to jurídico brasileiro, referida norma legitimaria a chamada “audiência de custódia” (ou “de apresentação”)⁴³.

Ressalte-se que na sessão de 09.09.2015, ao apreciar pedido de medida cautelar na ADPF 347, o Plenário do STF reafirmou a obrigatoriedade de juizes e tribunais realizarem audiência de custódia⁴⁴. Nesta ocasião foi citado como fundamento, além do artigo 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 9, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que dispõe: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”⁴⁵.

4.5 O caso da responsabilidade do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária

No RE 580252/MS, o STF apreciou a questão da responsabilidade do Estado pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto permanecerem detidas. Reconheceu a Corte o dever estatal de ressarcir danos que daí decorrerem, tendo fixou a seguinte Tese de repercussão geral (Tema 365): “Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”⁴⁶.

Entendeu o STF que a garantia mínima de segurança pessoal, física e psíquica, dos detentos, constitui dever estatal que possui amplo lastro não apenas no ordenamento nacional⁴⁷, como, também, em fontes normativas internacionais adotadas pelo Brasil, tendo sido citadas as seguintes: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, arts. 2, 7, 10 e 14; Convenção Americana de Direitos Humanos, arts. 5º, 11 e 25; Princípios e Boas Práticas para a Proteção de Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas

43 ADI 5240/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Pleno, j. em 20.08.2015, DJe-018 divulg 29.01.2016 public. 01.02.2016. A autoridade judiciária que preside a audiência de custódia, por se tratar de mero juízo de garantia, deve limitar-se à regularidade da prisão (STF, HC 157306/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, j. em 25.09.2018, DJe-043 divulg. 28.02.2019 public. 01.03.2019).

44 Referido julgamento tornou-se emblemático por nele ter havido o reconhecimento de que o quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais do sistema penitenciário nacional, caracteriza-o como “estado de coisas inconstitucional”.

45 ADPF-MC 347/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, j. em 09.09.2015, DJe-031 divulg. 18.02.2016 public. 19.02.2016.

46 RE 580252/MS, Rel. p/ Acórdão: Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 16.02.2017, DJe-204 divulg. 08.09.2017 public. 11.09.2017.

47 Constituição Federal, art. 5º, XLVII, “e”; XLVIII; XLIX; Lei 7.210/84 (LEP), arts. 10; 11; 12; 40; 85; 87; 88; Lei 9.455/97 - crime de tortura; Lei 12.874/13 – Sistema Nacional de Prevenção e Combate à Tortura.

– Resolução 01/08, aprovada em 13.03.2008, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Convenção da ONU contra Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; e Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros – adotadas no 1º Congresso das Nações Unidas para a Prevenção ao Crime e Tratamento de Delinquentes, de 1955.

Observe-se que no caso acima descrito o controle de convencionalidade teve como objeto atos não normativos.

4.6 O caso da criminalização do desacato

O Código Penal brasileiro – CP (Decreto-Lei n. 2.848, de 07.12.1940), ao tipificar os crimes praticados por particular contra a Administração Pública em geral (Capítulo II do Título XI da Parte Especial), considera como tal o ato de “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela”, cominando para tal a pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Também o Código Penal Militar (Decreto-Lei n. 1.001, de 21.10.1969), ao definir os crimes contra a Administração Militar (Título VII do Livro I da Parte Especial), tipifica em seus arts. 298 a 300 o desacato.

Apesar da clareza das referidas disposições legais, algumas vezes se levantaram para sustentar que tais enunciados teriam sido revogados pela Convenção Americana de Direitos Humanos, que assegura a todas as pessoas o direito à liberdade de expressão (art. 13, item 1), que não pode ser restringido nem mesmo por vias ou meios indiretos (art. 13, item 3).

Tal discussão chegou ao Poder Judiciário, que, em sede controle de convencionalidade, analisou a compatibilidade do delito de desacato com o tratado em questão.

Em julgamento realizado em 15.12.2016, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão unânime de sua 5ª Turma, descriminalizou a conduta tipificada como crime de desacato, por entender que haveria ofensa ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴⁸. Na linha de raciocínio adotada no mencionado acórdão, a figura típica do desacato não se coadunaria com o disposto no art. 13 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, diante da predominância do referido Tratado sobre a norma interna em razão de sua natureza suprallegal e ampliativa do exercício de direitos fundamentais.

Tal entendimento, contudo, foi modificado em 24.05.2017 pela 3ª Seção do STJ, que, por maioria de votos⁴⁹, pacificou a jurisprudência daquela Corte acerca da questão ao julgar o Habeas Corpus n. 379.269/MS, no

48 REsp 1.640.084/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j, em 15.12.2016, DJe 01.02.2017.

49 Vencidos os Ministros Ribeiro Dantas (que havia sido o relator do REsp 1.640.084/SP) e Reynaldo Soares da Fonseca.

qual, realizando o controle de convencionalidade do art. 331 do CP, concluiu pela compatibilidade do tipo penal de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵⁰.

Também a 2ª Turma do STF, no julgamento do Habeas Corpus 141949/DF, decidiu pela compatibilidade do tipo penal de desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos⁵¹.

4.7 O caso da responsabilidade das empresas de transporte aéreo internacional

A Convenção de Varsóvia⁵², em seu art. 22, estabelece limites de responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria de бага-

50 HC 379.269/MS, Rel. p/ Acórdão Min. Antonio Saldanha Palheiro, 3ª Seção, j. em 24.05.2017, DJe 30.06.2017. Pelo fato da Terceira Seção do STJ ser o órgão colegiado de uniformização da jurisprudência criminal naquele Tribunal Superior, sua decisão proferida no julgamento do HC 379.269/MS, embora não tenha efeito vinculante, passou a ser observada pelas suas duas Turmas de Direito Penal (Quinta e Sexta): AgRg no HC 402.866/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 08.08.2017, DJe 16.08.2017; HC 396.908/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 15.08.2017, DJe 21.08.2017; AgRg no HC 395.364/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 15.08.2017, DJe 24.08.2017; AgRg no AREsp 1071275/SC, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 17.08.2017, DJe 29.08.2017; AgRg no REsp 1677859/AM, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 22.08.2017, DJe 01.09.2017; AgRg no RHC 64042/AM, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 05.09.2017, DJe 13.09.2017; AgRg no AREsp 1012281/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 05.10.2017, DJe 18.10.2017; AgInt no HC 397113/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 10.10.2017, DJe 16.10.2017; AgRg no RHC 90.034/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 23.11.2017, DJe 01.12.2017; AgRg no REsp 1694334/RJ, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 12.12.2017, DJe 19.12.2017; AgRg no HC 413.949/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 12.12.2017, DJe 19.12.2017; AgRg no HC 399.666/SC, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 27.02.2018, DJe 07.03.2018; AgRg no AREsp 1203053/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 01.03.2018, DJe 12.03.2018; HC 428.627/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 15.03.2018, DJe 23.03.2018; AgRg no HC 408782/RJ, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 20.03.2018, DJe 27.03.2018; HC 428.422/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 10.04.2018, DJe 16.04.2018; HC 439.936/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 24.05.2018, DJe 30.05.2018; AgRg no HC 434.163/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 05.06.2018, DJe 15.06.2018; REsp 1717019/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, j. em 02.08.2018, DJe 24.08.2018; RHC 50.621/RS, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 07.08.2018, DJe 15.08.2018; AgInt nos EdCl no AREsp 1263286/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 11.09.2018, DJe 25.09.2018; AgRg no HC 463.638/ES, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, j. em 18.09.2018, DJe 02.10.2018; HC 462.665/SP, Rel. Min. Ribeiro Dantas, 5ª Turma, j. em 18.09.2018, DJe 25.09.2018; AgInt no REsp 1756186/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, 6ª Turma, j. em 02.10.2018, DJe 23.10.2018; AgRg no HC 401.820/MG, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 18.10.2018, DJe 06.11.2018; AgRg no AREsp 1332400/DF, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. em 27.11.2018, DJe 10.12.2018; HC 479585/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 11.04.2019, DJe 16.04.2019; HC 498168/SC, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª Turma, j. em 23.04.2019, DJe 29.04.2019; AgRg no HC 462.482/SC, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, 6ª Turma, j. em 07.05.2019, DJe 14.05.2019. No mesmo sentido decidiu o STJ ao apreciar o caso de ato infracional (praticado por adolescente) análogo ao crime de desacato: AgRg no HC 359.880/SC, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, 5ª Turma, j. em 26.09.2017, DJe 06.10.2017.

51 HC 141949/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 13.03.2018, DJe-077 divulg. 20.04.2018 public. 23.04.2018. Tal entendimento foi mantido em julgamentos subsequentes: ARE-Agr 1049152/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 07.05.2018, DJe-103 divulg. 25.05.2018 public. 28.05.2018; ARE-Agr 1142106/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, j. em 11.09.2018, DJe-221 divulg. 16.10.2018 public. 17.10.2018; ARE-Agr-ED 1003305/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 28.06.2019, DJe-170 divulg. 05.08.2019 public. 06.08.2019; ARE-Agr 1097670/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 28.06.2019, DJe-167 divulg. 31.07.2019 public. 01.08.2019; ARE-Agr 1185240/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 04.10.2019, DJe-233 divulg. 25.10.2019 public. 28.10.2019; ARE-Agr 1133062/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, j. em 28.06.2019, DJe-167 divulg. 31.07.2019 public. 01.08.2019; ARE-Agr 1130043/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 27.11.2018, DJe-263 divulg. 06.12.2018 public. 07.12.2018; ARE-Agr 1206140/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 23.08.2019, DJe-191 divulg. 02.09.2019 public. 03.09.2019; ARE-Agr 1094448/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 07.06.2019, DJe-129 divulg. 13.06.2019 public. 14.06.2019; ARE-Agr 1190580/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª Turma, j. em 17.05.2019, DJe-108 divulg. 22.05.2019 public. 23.05.2019.

52 Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 59, de 18.04.2006, e promulgada pelo Decreto n. 5.910, de 27.09.2006.

gem ou de carga⁵³. A Convenção de Montreal⁵⁴, por sua vez, unifica as regras relativas ao transporte aéreo internacional e trata do tema em seu art. 22.

Alguns tribunais, contudo, ao proferir decisões de condenação por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais, aplicavam o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078, de 11.09.1990) e, com base nele, fixavam indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores.

O STF, contudo, reconheceu que o art. 178 da CF consagra regra especial de solução de antinomias, no sentido da *prevalência dos tratados* sobre a legislação infraconstitucional brasileira, seja ela anterior ou posterior àqueles.

Referido artigo, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 7, de 15.08.1995, estabelece: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, *devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União*, atendido o princípio da reciprocidade” (destaque nosso)⁵⁵.

No Recurso Extraordinário 636331/RJ, o STF fixou a seguinte tese de repercussão geral (Tema 210): “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”⁵⁶.

Por assim entender, o STF decidiu ser aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, razão pela qual determinou a redução do valor da

53 A Convenção de Varsóvia, consoante reconheceu o STF, não versa sobre direitos humanos (RE 214349/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, j. em 13.04.1999, DJ 11.06.1999, p. 21).

54 Aprovada pelo Decreto Legislativo n. 59, de 18.04.2006, e promulgada pelo Decreto n. 5.910, de 27.09.2006.

55 Registre-se que, apesar do dispositivo transcrito referir-se à “União”, a competência para celebrar tratados é, em verdade, da República Federativa do Brasil, isto é, do Estado Federal brasileiro. Com efeito, não se confundem o Estado Federal brasileiro, pessoa jurídica de direito internacional público (expressão institucional da comunidade jurídica total), que detém o monopólio da soberania (art. 1º, inciso I, CF) e da personalidade internacional (art. 4º, CF), e a União, pessoa jurídica de direito público interno (que se qualifica, nessa condição, como simples comunidade parcial de caráter central), dotada de autonomia (art. 18, caput, CF). Nesse sentido: “No direito internacional apenas a República Federativa do Brasil tem competência para firmar tratados (art. 52, § 2º, da Constituição da República), dela não dispondo a União, os Estados-membros ou os Municípios. O Presidente da República não subscreve tratados como Chefe de Governo, mas como Chefe de Estado (...)” (STF, RE 229096/RS, Rel. p/ Acórdão: Min. Cármen Lúcia, Pleno, j. em 16.08.2007, DJe-065 divulg. 10.04.2008 public. 11.04.2008). No mesmo sentido: RE-Agr 543943/PR, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, j. em 30.11.2010, DJe-030 divulg. 14.02.2011 public. 15.02.2011. As Constituições anteriores atribuíam à União a competência para celebrar tratados e convenções internacionais. Nesse sentido era o disposto nas Constituições de 1934 (art. 5º, inciso II), 1937 (art. 15, inciso II), 1946 (art. 5º, inciso II) e 1967, tanto em sua redação original (art. 8º, inciso I) quanto na determinada pela Emenda Constitucional n. 1/1969 (art. 8º, inciso I).

56 RE 636331/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, Pleno, j. em 25.05.2017, DJe-257 divulg. 10.11.2017 public. 13.11.2017. Repercussão geral reconhecida no seguinte processo: AI-RG 762184/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno - meio eletrônico, j. em 22.10.2009, DJe-237 divulg. 17.12.2009 public. 18.12.2009.

condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional.

Como se vê, no caso exposto, a prevalência do tratado internacional sobre a legislação interna decorreu de determinação constitucional expressa.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Supremo Tribunal Federal, como visto nos casos sucintamente expostos no decorrer deste texto, tem realizado o controle de convencionalidade tanto nos casos em que a cláusula de parâmetro é um tratado equivalente às emendas à Constituição (como no processo em que se discutia o passe livre às pessoas com deficiência) quanto nos casos de tratados de direitos humanos aprovados por procedimento diverso daquele estabelecido no § 3º do art. 5º da CF (como, por exemplo, no pioneiro caso da prisão civil do depositário infiel).

Há, no entanto, um caso que merece especial atenção e sobre o qual já foi reconhecida pela Corte repercussão geral (Tema 974): trata-se da discussão sobre a possibilidade de candidaturas avulsas para pleitos majoritários⁵⁷.

É que, por um lado, a CF exige, como condição de elegibilidade, a filiação partidária (art. 14, § 3º, inciso V). No entanto, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê que todos os cidadãos tem o direito de se candidatar, de votar e ser votado, de participar da vida política e pública (art. 23).

Note-se que, diversamente do que se dá relativamente a prisão civil do depositário infiel – em que a Constituição apenas *permitia* que o legislador infraconstitucional instituisse tal modalidade de prisão –, no caso da filiação partidária trata-se de uma norma cogente, isto é, uma verdadeira *imposição* constitucional.

Assim, o aspecto mais importante que deverá ser discutido no caso é a prevalência – ou não – dos tratados de direitos humanos sobre a própria Constituição do Estado. Aguardemos, pois, o desfecho da demanda, que poderá trazer novas luzes – ou novas polêmicas – ao tema do controle de convencionalidade.

57 ARE-QO 1054490/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, j. em 05.10.2017, DJe-045 divulg. 08.03.2018 public. 09.03.2018.

REFERÊNCIAS

BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Curso de teoria geral do direito: o constructivismo lógico-semântico*. São Paulo: Noeses, 2009.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. *Controle de convencionalidade no Poder Judiciário: da hierarquia normativa ao diálogo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá, 2018.

LOUREIRO, Sílvia Maria da Silveira. *Tratados internacionais sobre direitos humanos na Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2016.

MOLINERO, Marcelino Rodríguez. *Introducción a la ciencia del derecho*. 2. ed. Salamanca: Librería Cervantes, 1993.

MOUSSALLEM, Tárek Moysés. *Fontes do direito tributário*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

PES, João Hélio Ferreira. *A constitucionalização de direitos humanos elencados em tratados*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMINA, Larissa. *Direito internacional convencional: tratados em geral, tratados em matéria tributária e tratados de direitos humanos*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2006.

Processo Civil cooperativo e meios integrados de solução de conflitos: a experiência do núcleo de demandas repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar

■ —————
Élida de Lima Reis Corrêa¹

RESUMO

O artigo visa a explicar, em forma de estudo de caso, a experiência do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da PGE/AM na resolução de demandas de massa envolvendo militares estaduais, com utilização de um modelo cooperativo de processo civil e dos meios integrados de resolução de conflitos. Ao final, propõe-se a criação de Câmaras de Mediação e Conciliação no Estado do Amazonas, como nova ferramenta de pacificação social, consagrando um agir conciliatório da Fazenda estadual, em cotejo com os princípios da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

Palavras-chave: Conciliação. Novo Código de Processo Civil. Lei de Mediação. Fazenda Pública.

1 Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas. Especialista em Processo Judiciário Civil pela Faculdade Figueiredo Costa. Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Aluna HarvardX. Coordenadora do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da Procuradoria do Estado do Amazonas. Procuradora do Estado do Amazonas.

1. INTRODUÇÃO

Os anos de 2017 e 2018 foram marcados pela concessão administrativa e judicial, em favor dos militares do Estado do Amazonas, de inúmeras promoções com efeitos retroativos, decorrentes majoritariamente da aplicação dos critérios trazidos pela Lei Estadual n. 4.044/2014.

As promoções resultaram em um passivo de grande monta, vez que, conquanto tenham sido concedidas e implementadas, não se mostrou possível o pagamento administrativo das diferenças remuneratórias retroativas derivadas das promoções.

Tal cenário gerou um aumento exponencial do número de demandas propostas por militares estaduais visando à satisfação da pretensão de recebimento das verbas retroativas, a ponto de tornarem-se o maior contingente de processos homogêneos existente na Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

Buscando soluções para o problema, instituiu-se um Grupo de Trabalho, criado pelo Decreto Estadual n. 40.878/2019, reunindo representantes da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas – PGE/AM, da Secretaria de Administração e Gestão – SEAD/AM, da Secretaria de Estado de Fazenda – SEFAZ/AM, do Corpo de Bombeiros Militar do Amazonas, da Polícia Militar do Amazonas e da Casa Civil, para que se pudesse, em conjunto, analisar as possíveis condutas a serem adotadas pelo Estado.

Ao fim dos trabalhos, chegou-se à conclusão de que a dívida projetada em relação às promoções com efeitos retroativos concedidas a militares em 2017 e 2018 era de grande monta, superando os quatrocentos milhões de reais, em valores históricos (números apresentados no Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto n. 40.878/2019). Para sanar a dívida, foi estabelecido que se propusessem, no âmbito da Procuradoria Geral do Estado (por intermédio do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas – NDR/PPM-PGE/AM), acordos para pagamento dos valores devidos aos militares, devendo a SEFAZ reservar do orçamento estadual quatro milhões de reais ao mês para pagamento das obrigações daí decorrentes, a contar do ano de 2020².

Assumiu-se o NDR/PPM, portanto, com a responsabilidade de operacionalizar, no ano de 2020, as decisões tomadas no Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto Estadual n. 401.878/2019, com uma atuação voltada aos novos desafios do direito processual civil cooperativo e que fizesse uso de meios integrados de solução do conflito.

2 Dados constantes do processo n. 2019.02.002076-PGE.

A partir de tal experiência, elaborou-se o presente artigo, em formato de estudo de caso, tendo o NDR-PPM/PGE-AM como universo de pesquisa. As fontes de pesquisa bibliográfica e documental foram fundamentais no desenvolvimento do trabalho. Buscou-se analisar as experiências obtidas no NDR-PPM/PGE-AM e, ao final, ofertar propostas para melhor subsidiar a atuação conciliatória da Fazenda Pública amazonense.

2. PROCESSO CIVIL COOPERATIVO E MEIOS INTEGRADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS: A ATUAÇÃO CONCILIATÓRIA DA FAZENDA PÚBLICA

O Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) representou uma mudança de paradigmas no tocante à visão do processo e dos papéis de seus atores. O processo civil brasileiro sai de um modelo adversarial para um modelo cooperativo, de forma que o procedimento jurisdicional passa a primar pela busca de uma solução justa e efetiva do conflito, incentivando a autocomposição entre as partes.

Não é sem razão que o Novo Código erigiu como norma fundamental do processo civil o princípio da cooperação, estabelecendo, em seu art. 6º, que *“Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”*.

O que se pretende é que o processo passe a ser entendido e tratado como comunidade de trabalho, onde todos que nele atuam – juízes, partes, procuradores, Ministério Público – contribuam para a construção de decisões melhores e, portanto, mais aptas para o atingimento do fim último da prestação jurisdicional – é dizer, a efetiva pacificação do conflito que originou o processo. (VIANA e VIANA, *in Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*, 2016, p. 22)

O foco do novo processo civil, portanto, deve deixar de ser o da “vitória a qualquer custo” para passar a ser o da efetiva solução do conflito surgido entre as partes.

Vê-se, então, que o processo passou a ser tratado como um modelo cooperativo, em que os atores agem em conjunto para obtenção da melhor solução, sem abrir mão da luta por seus próprios interesses.

O Estado exerce grande influência no modelo colaborativo do processo civil, seja em sua dimensão social, lógica ou ética. Na lição de Mitidiero (2017):

A colaboração é um modelo que se estrutura a partir de pressupostos culturais que podem ser enfocados sob o ângulo *social, lógico e ético*. Do ponto de vista social, *o Estado Constitucional de modo nenhum pode ser confundido com o Estado-Inimigo*. Nessa quadra, assim como a sociedade pode ser compreendida como um empreendimento de cooperação entre os seus membros visando à obtenção de proveito mútuo, também o Estado deixa de ter um papel de pura abstenção e passa a ter que prestar positivamente para cumprir com seus deveres constitucionais – especialmente, o de organizar um processo justo, capaz de prestar uma tutela efetiva aos direitos. Do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do *caráter problemático do Direito*, reabilitando-se a sua *feição argumentativa*. Vale dizer: pressupõe a distinção entre texto e norma a o caráter *reconstrutivo* da interpretação jurídica. Finalmente, do ponto de vista ético, o processo pautado pela colaboração é um processo *orientado pela busca* tanto quanto possível da *verdade* e que, para além de emprestar relevo à *boa-fé subjetiva*, também exige de todos os seus participantes a observância da *boa-fé objetiva*, sendo igualmente seu destinatário o juiz.

Entende-se também que a finalidade da cooperação entre os sujeitos do processo, qual seja, a obtenção de uma “decisão de mérito justa e efetiva”, para além do atendimento aos deveres de esclarecimento, consulta e prevenção, passa também pela promoção de meios equivalentes de solução de litígios.

Por esse motivo, prevê o art. 3º do Novo CPC que, se é inafastável a jurisdição, também é impositivo que sejam estimulados outros meios eficazes à pacificação social:

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.

Vê-se, portanto, que em compasso com a necessidade de um modelo cooperativo de processo civil, o legislador apontou ainda a necessidade de adoção de um modelo de justiça multiportas. O direito brasileiro vem caminhando para um sistema de justiça multiportas desde a edição da Resolução n. 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça³ (CUNHA, 2016, p. 637), passando a institucionalizá-lo e consagrá-lo como norma fundamental do processo civil no Novo Código (art. 3º, § 2º, CPC). Um dos expoentes de tal modelo é, também, a Lei n. 13.140/2015, que “*Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública*”.

A mediação, a conciliação e a arbitragem, portanto, não são mais tratados como meios “alternativos” de solução de conflitos – como se fossem outros caminhos para além da estrada principal, que seria a jurisdicional –, mas sim como meios “integrados”, representando uma visão plúrima das vias de pacificação social (VIANA e VIANA, *op. cit.*, p. 27). Mediação, conciliação, arbitragem e jurisdição, portanto, passam a ser “faixas” de uma mesma estrada, que guia à solução dos conflitos.

Da leitura do CPC observa-se que os meios *alternativos* de resolução de disputa *deixam* de ser apenas *alternativos*, passando a compor um quadro geral dos *meios* de resolução de disputas. A dicotomia (resolução judicial x meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no *meio* de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma *série de meios*, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social. (CUNHA, 2016, p. 653)

Temos, assim, indelévels as marcas da terceira onda de acesso à justiça: o processo judicial é instrumentalizado e os métodos antes considerados “alternativos”, sejam hetero ou autocompositivos, saem de um papel subsidiário para passar a ombrear a jurisdição.

3 Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

A Fazenda Pública exerce papel preponderante nessa nova etapa do processo civil brasileiro. Novamente, quebram-se paradigmas, saindo-se da visão estanque de verticalidade Administração-administrado para uma nova atuação estatal dialógica, com a observância de que a atenção ao famigerado princípio da indisponibilidade do interesse público pode, por diversas vezes, significar a atuação conciliatória da Fazenda Pública. No dizer de Silva e Oliveira (2019, p. 84), a participação e a consensualidade:

[...] emergem como fatores decisivos nas democracias contemporâneas, por aprimorarem a governabilidade, propiciarem meios de conter abusos, garantirem atenção a todos interesses, viabilizarem decisões mais prudentes, desenvolverem senso de responsabilidade das pessoas, tornando os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente obedecidos. Em função de tais características, a consensualidade aparece como alternativa preferível à imperatividade, inclusive na solução de conflitos.

Assim, não raro a proteção ao erário – um dos mais corriqueiros escopos da atuação da Advocacia Pública – passará não pela perpetuação do conflito judicializado, mas sim pela promoção de uma atuação conciliatória da Fazenda Pública, com minoração de dívidas já existentes e satisfação dos créditos com a menor lesividade possível aos cofres públicos. Tal foi o caso experimentado no Núcleo de Demandas Repetitivas da PPM-PGE/AM no ano de 2020.

3. LEGISLAÇÃO ESTADUAL E NORMATIZAÇÃO ESPECÍFICA

Como se viu, a supremacia do interesse público e sua indisponibilidade não representam necessariamente a impossibilidade de solução consensual de conflitos. Pelo contrário:

O importante é fixar que este princípio prega que sempre que entrarem em conflito o direito do indivíduo e o interesse da comunidade, há de prevalecer este. Daí já se extrai que nem sempre estará o interesse público em contraposição ao individual. E a teoria da solução consensual guarda plena relação com tal afirmação: buscam-se os interesses comuns ou, ao menos, não divergentes, para que se possa obter uma solução não

imposta por um terceiro ou unilateralmente escolhida por uma das partes. (MEGNA, 2015, p. 9)

Também não é óbice à solução consensual de conflitos a imposição de observância do princípio da legalidade, máxime em se considerando que, para além da legislação federal, no âmbito do Estado do Amazonas, a Lei Estadual n. 4.738/2018⁴ expressamente prevê a possibilidade de celebração de acordos pelos Procuradores do Estado, podendo-se destacar o seguinte:

Art. 2.º Os Procuradores do Estado ficam autorizados a requerer a desistência de ações ou recursos interpostos, o reconhecimento da procedência do pedido, a celebração de mediação, conciliação ou transação judicial e extrajudicial, nas seguintes hipóteses:

I - aos Procuradores do Estado que atuam diretamente no feito, nas causas que tenham proveito econômico imediato equivalente ao montante definido como obrigação pecuniária de pequeno valor no Estado do Amazonas, na forma do artigo 100, §3.º, da Constituição da República;

II – aos Procuradores-Chefes, em atuação originária ou como instância administrativa decisória, nas causas que tenham proveito econômico imediato entre o montante máximo definido no inciso I deste artigo, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos;

III – ao Procurador-Geral do Estado, em atuação originária ou como instância administrativa decisória, nas causas que tenham proveito econômico imediato entre o montante máximo definido no inciso II deste artigo, até o valor de 1.000 (um mil) salários-mínimos.

(...)

§4.º Os Procuradores do Estado devem proferir manifestação circunstanciadamente motivada nos respectivos autos administrativos, com demonstração argumentativa de que a medida de solução consensual adotada será mais vantajosa ao Estado, bem como observará aos Princípios da Administração Pública, da razoável duração do processo, da cooperação processual ou da observância dos direitos fundamentais.

4 DISPÕE sobre a conciliação, transação e desistência nas causas que envolvam o Estado do Amazonas, regulamenta o artigo 8.º da Lei Federal n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009, e dá outras providências.

Art. 3.º Nas transações judiciais ou extrajudiciais, os Procuradores do Estado, ao formularem proposta, deverão observar deságio mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor inicial requerido pelo interessado ou sobre o valor ajustado por determinação judicial, sem prejuízo de observância de outras condições benéficas, definidas por ato do Procurador-Geral do Estado.

(...)

§2.º É condição para a celebração de acordo com a Fazenda Pública Estadual que a parte litigante renuncie a todos os direitos e ações decorrentes da causa de pedir, que não tenham sido expressas no pedido, de forma a prevenir novas ações com o mesmo fundamento constante do processo em que se almeja a transação.

Art. 4.º As transações firmadas pelo Estado do Amazonas ou entidades com personalidade jurídica de direito público, homologadas pelo Poder Judiciário e que importem em obrigação de pagar quantia certa deverão obedecer obrigatoriamente ao regime de Precatórios ou de Requisições de Pequeno Valor, na forma do art. 100 da Constituição da República e legislação estadual pertinente.

Com base em tal lei e visando à concretização do quanto determinado no Grupo de Trabalho instituído pelo Decreto n. 40.878/2019, propôs-se, para a celebração dos acordos ora explanados, a edição de uma Portaria específica estabelecendo os critérios de negociação no âmbito da PGE/AM. Chegou-se, assim, à Portaria n. 033/2020-GPGE, de seguinte teor:

Art. 1º. Fica autorizada a celebração de acordos nos processos judiciais cujo pedido refira-se ao pagamento de diferenças remuneratórias derivadas de promoções de servidores militares concedidas com efeito retroativo por ato governamental, devendo ser observados os seguintes parâmetros:

I – Deverá ser ofertado à parte autora o enquadramento do valor devido pela Fazenda Pública Estadual ao limite máximo previsto no teto da Requisição de Pequeno Valor (RPV) nos termos do inciso I do art. 1º da Lei Estadual n. 2.748, de 04 de

setembro de 2002, caso este seja [inferior] ao valor apurado como devido pela Procuradoria Geral do Estado, sem qualquer ônus adicional relativo a custas judiciais e honorários advocatícios, renunciando a parte aos juros e correção monetária dos valores retroativos;

II – Em sendo o valor apurado como devido pela Procuradoria Geral do Estado inferior ao limite estabelecido para pagamento de Requisições de Pequeno Valor (RPV), deverá o Procurador do Estado ofertar o deságio mínimo de 25% (vinte e cinco por cento) sobre tal valor, observado o disposto no § 5º do art. 19 da IN 03/2017-GPGE, sem qualquer ônus adicional relativo a custas judiciais e honorários advocatícios, renunciando a parte aos juros e correção monetária dos valores retroativos;

III – Caso o valor apurado como devido pela Procuradoria Geral do Estado ultrapasse o dobro do valor previsto para pagamento no limite do RPV e não haja concordância pela proposta prevista no inciso I, poderá o Procurador do feito ofertar o deságio mínimo de 50% (cinquenta por cento), para fins de homologação judicial, ficando condicionado à expedição de precatório, nos termos do art. 100 da CRB/88, sem qualquer ônus adicional relativo a custas judiciais e honorários advocatícios, renunciando a parte aos juros e correção monetária dos valores retroativos.

Art. 2º. Fica autorizada a adoção dos mesmos parâmetros expostos no art. 1º para formulação de propostas de transação extrajudicial, devendo os acordos que dessa forma se originarem ser submetidos em juízo para homologação, a fim de serem pagos mediante Requisição de Pequeno Valor ou Precatório, conforme o caso.

Art. 3º. Fica ainda autorizada a proposta de acordos judiciais e extrajudiciais a militares que foram promovidos por ato governamental, mas já passaram à inatividade, desde que percebam regulamente seus proventos.

Art. 4º. Aprova-se a minuta-padrão de Termo de Acordo constante do processo n. 2019.05.002706-PGE, devendo ser utilizada para a elaboração das transações extrajudiciais.

Art. 5º. Fica autorizada a assinatura dos Acordos pelo(a) Procurador(a) do Estado oficiante junto ao Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da PGE/AM.

§ 1º. O(A) Procurador(a) do Estado oficiante deverá expor, mediante despacho, as vantagens de utilização deste método de resolução de conflitos, bem como deverá pautar-se de acordo com os princípios previstos na Lei n. 13.140/2015.

§ 2º. Deverá o(a) Procurador(a) oficiante solicitar que a expedição das Requisições de Pequeno Valor e Precatórios se deem de maneira e em momento uniforme em relação a cada sessão de conciliação realizada, considerando a disponibilidade orçamentária prevista pela SEFAZ expressa no Ofício n. 1758/2019-GSET/SEFAZ, constante das fls. 121 do processo n. 2019.02.002076-PGE, a fim de facilitar o controle dos valores disponibilizados pela SEFAZ para pagamento.

§ 3º. As Requisições de Pequeno Valor exaradas na forma acima constarão de ofício único a ser enviado mensalmente pela Procuradoria Geral do Estado à SEFAZ, a fim de possibilitar o pagamento dos valores no prazo legal.

Art. 6º. Aplicam-se as normas e procedimentos constantes dos arts. 19 a 23 da Instrução Normativa n. 003/2017-GPGE, no que não forem contrárias ao teor desta Portaria.

A normatização estadual, portanto, obedece ao disposto no art. 175, *caput*, do CPC: “*As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica*”.

Convém agora explicar como se deu a aplicação das normas e princípios acima ao caso concreto, diante das demandas submetidas ao Núcleo de Demandas Repetitivas da PPM-PGE/AM no ano de 2020.

4. CELEBRAÇÃO DOS ACORDOS EM PRIMEIRA LEVA: A COOPERAÇÃO EM AÇÃO

De posse das autorizações específicas (processo n. 2019.02.002076-PGE/AM) e tendo sido expressamente delegada, pelo Exmo. Sr. Procura-

dor-Geral, a competência para celebração dos acordos, passou-se aos preparativos para a realização das primeiras rodadas de negociação.

A Corporação escolhida para início dos trabalhos foi a do Corpo de Bombeiros Militar do Amazonas, principalmente porque, tendo um efetivo menor que o da Polícia Militar, permitiria um maior controle inicial dos promovidos e das propostas.

Em primeiro lugar, foram realizados a análise individual das promoções concedidas, o cálculo do valor devido em relação a cada uma das promoções, o estudo da situação dos militares promovidos, o cálculo do valor a ser ofertado em relação a cada promoção e a busca pela pendência ou não de ação judicial já proposta pelo militar.

Chegou-se à conclusão de que a primeira leva de acordos poderia abranger a totalidade dos Praças Bombeiros Militares promovidos com efeitos retroativos em 2017 e 2018. Para tanto, foram elaborados cálculos e analisada a situação de 757 promoções, assim detalhadas:

- Soldado a Cabo: 138 promoções, divididas em 2 decretos;
- Cabo a 3º Sargento: 174 promoções, divididas em 5 decretos;
- 3º Sargento a 2º Sargento: 175 promoções, divididas em 11 decretos;
- 2º Sargento a 1º Sargento: 176 promoções, divididas em 15 decretos;
- 1º Sargento a Subtenente: 94 promoções, divididas em 27 decretos.

De tal análise, chegou-se à conclusão de que seria possível a oferta de 383 acordos extrajudiciais e 101 acordos em demandas já judicializadas, tudo dentro do orçamento mensal de quatro milhões de reais reservado pela SEFAZ/AM.

A partir de então, buscou-se a tão almejada cooperação entre os atores do processo, voltada à autocomposição entre as partes.

No âmbito do Estado, devedor em relação às pretensões dos militares, realizaram-se reuniões com os setores de Recursos Humanos das Corporações, para operacionalização do oferecimento dos acordos aos militares. Definida a linha de atuação, expediu-se Ofício – em primeira leva, ao Corpo de Bombeiros Militar – pugnando pela publicação, em Boletim Geral da Corporação, de listas de chamada, formadas a partir da análise das promoções supra, convocando os militares credores que se interessassem pela celebração de acordos para recebimento dos valores retroativos, a fim de que comparecessem a reuniões para discussão das propostas e, eventualmente, apresentação de documentos e celebração dos acordos. Houve, portanto, cooperação entre as partes, cada qual na defesa de seus interesses, mas agindo juntas para atingimento de soluções justas e efetivas para o conflito existente.

Buscou-se ainda a cooperação do Judiciário, obtida em especial pela atuação do Magistrado titular da Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública Estadual e Municipal, Exmo. Sr. Antônio Itamar de Sousa Gonzaga. Cerca de 90% das demandas submetidas ao NDR/PPM-PGE/AM tramitam perante a referida Vara, que teve papel preponderante na celebração e processamento dos acordos. O juízo atuou na marcação de audiências em modo de força-tarefa, para que fosse possível a proposta dos acordos em relação às demandas já judicializadas, bem como para que os feitos fossem analisados de maneira célere e uniforme, a fim de permitir o acompanhamento das sentenças e das RPVs expedidas em decorrência dos acordos. Houve também cooperação dos Setores de Cadastro e Distribuição de Primeiro Grau do Tribunal de Justiça, que realizaram pré-autuação dos acordos a serem extrajudicialmente ofertados, bem como foi cedido, pelo TJAM, o Auditório do Fórum Euza Maria Naice de Vasconcelos, para que nele fossem realizadas as sessões de negociação. Foram ainda disponibilizados, pelo Tribunal, estagiários e servidores para digitalização da documentação recebida, em franco benefício para todas as partes envolvidas. Registra-se, portanto, a receptividade do Judiciário Amazonense e sua atuação voltada para os novos rumos do processo civil.

Nesses termos, as primeiras sessões extrajudiciais visando à celebração de acordos foram realizadas nos dias 2, 3 e 4 de março de 2020, no auditório do Fórum Desa. Euza Maria Naice de Vasconcelos, abrangendo as promoções retroativas concedidas em 2017 e 2018 aos Praças do Corpo de Bombeiros Militar do Amazonas ainda não judicializadas, desde os promovidos a Cabo até os promovidos a Subtenente.

Aqui, convém abrir um parêntese: inobstante as restrições dos arts. 30 e 31 da Lei de Mediação e do art. 166 do CPC, a atuação conciliatória da Fazenda Pública não se submete às mesmas restrições relativas à confidencialidade aplicáveis às conciliações e mediações entre particulares. Isso porque a Administração deve obediência a um princípio constitucional e, por isso mesmo, hierarquicamente superior: o da publicidade, na forma do art. 37 da Constituição Federal. Dessa forma, a publicidade dos atos será a regra e a confidencialidade, a exceção (TEODORO, p. 10). Daí a possibilidade de realização de sessões públicas de conciliação, bem como da formalização de acordos de adesão expressamente previstos em lei (art. 35, Lei n. 13.140/2015). Segundo a lição de Facci (2015), específica quanto à mediação, mas igualmente aplicável aos procedimentos conciliatórios:

O princípio da publicidade também encerra uma peculiaridade quanto aos meios consensuais de solução de conflitos pela

Administração Pública. Com efeito, tal princípio impede ou, quando muito, limita a confidencialidade muitas vezes essencial ao desenvolvimento da mediação. Dessa maneira, ainda que se admita a confidencialidade das sessões privadas (posto que realizadas apenas entre uma das partes e o mediador), não se pode admitir, contudo, a ideia de confidencialidade para as sessões conjuntas de mediação, pois para a atividade do Poder Público, a publicidade é a regra. Nesses casos, a confidencialidade será, portanto, excepcional e, por isso mesmo, deverá ser juridicamente justificada.

Voltando ao caso, as sessões se iniciaram com a explicação do problema e apresentação das propostas aos militares, de forma geral, seguida do saneamento de dúvidas específicas que surgiram entre os presentes. A seguir, os Bombeiros Militares que se interessassem pela realização dos acordos apresentavam a documentação pertinente (os documentos necessários foram apontados no próprio Boletim Geral que veiculou o chamamento dos militares) e assinavam respectivo o Termo de Acordo. Logo em seguida, o termo e a documentação eram digitalizados e submetidos ao Juizado Especial da Fazenda Pública para análise e homologação. Dos 383 acordos extrajudiciais ofertados, 266 foram celebrados, resultando em uma média de sucesso de 70%. Ressalta-se que o decréscimo de 30% resultou da abstinência de convocados, vez que a totalidade dos Bombeiros Militares que compareceu às sessões findou por firmar o acordo extrajudicial (média, então, de 100% dos presentes em relação aos acordos firmados). Obteve-se, assim, plena cooperação dos Bombeiros Militares que titularizavam as pretensões.

Em relação às demandas já judicializadas, obteve-se, com apoio dos Magistrados, a designação de audiências de conciliação em 101 processos, todos ajuizados por Praças Bombeiros Militares promovidos com efeitos retroativos. As audiências na Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, responsável por 90% de tais processos, foram designadas para ocorrer no dia 11/3/2020. Para possibilitar que mais de oitenta audiências fossem realizadas em apenas um dia, os feitos foram divididos de acordo com os Escritórios de Advocacia que representavam os Militares – contando, portanto, também com a cooperação dos colegas Advogados das partes -, de forma que em uma só assentada, tratavam-se todos os processos daquele mesmo Escritório. No dia 11/3/2020, obteve-se a conciliação em 41 processos.

Tem-se, assim, que em primeira leva, foram ofertados 383 acordos extrajudiciais, dos quais 266 foram aceitos, autuados e homologados, resultando

em uma economia para os cofres públicos de no mínimo R\$ 676.870,80, em valores históricos (isto é, desprezada a economia obtida com o não pagamento de juros e correção monetária). Foram ainda ofertados 101 acordos judiciais, sendo celebrados e homologados 41 destes, resultando em uma economia de no mínimo R\$ 368.074,05, também em valores históricos. Portanto, a primeira rodada de conciliações resultou na celebração de 424 acordos, traduzidos em uma economia mínima de R\$ 1.044.944,85 aos cofres públicos, apenas considerados os valores históricos⁵.

Com a cooperação de todos os atores do processo, os acordos celebrados foram rapidamente homologados e as sentenças transitaram em julgado. As RPVs foram expedidas de maneira uniforme, de modo que foi possível a expedição de Ofício único recomendando o pagamento, o que gerou pleno controle do montante despendido. No momento, tais processos já se encontram arquivados, mediante pagamento por parte do Estado e expedição, pela Vara, de Alvará de transferência de valores em favor dos Militares.

Diante do sucesso da primeira rodada de acordos, procedeu-se imediatamente aos preparativos para realização de uma segunda rodada ainda no mês de abril de 2020, direcionada aos Oficiais Bombeiros Militares promovidos com efeitos retroativos em 2017 e 2018. Todavia, um inesperado obstáculo se interpôs aos planos: a pandemia de COVID-19.

5. A COOPERAÇÃO NO “NOVO NORMAL”: SEGUNDA E TERCEIRA LEVA DE ACORDOS E XV SEMANA NACIONAL DE CONCILIAÇÃO

Apenas dois dias após a realização da primeira leva de audiências de conciliação judiciais, isto é, no dia 13/3/2020, foi confirmado o primeiro caso de COVID-19 no Estado do Amazonas. A situação agravou-se exponencialmente, levando à adoção, pelo Poder Público, de diversas medidas de contenção da propagação do vírus. O Judiciário veio a suspender o atendimento presencial e os prazos processuais, alocou seus servidores em teletrabalho e adiou a realização de sessões e audiências. O Executivo, por sua vez, decretou diversas restrições à circulação de mercadorias e pessoas, chegando ao lockdown. Não obstante, o Estado do Amazonas findou por ser um dos mais atingidos com a gravíssima crise sanitária ocasionada pelo novo coronavírus.

Dessa forma, todos os esforços e recursos tiveram que ser revertidos

5 Tais dados, bem como outros relativos à primeira leva de acordos, se encontram disponíveis no processo n. 2020.02.000357-PGE.

para o enfrentamento da crise de saúde pública atravessada, o que levou ao contingenciamento de gastos em outras áreas, inclusive os relativos ao orçamento reservado à celebração de acordos.

Foi somente em outubro de 2020 que se recebeu nova autorização para prosseguimento com os acordos. Todavia, a situação agora exigia adaptação às exigências do “novo normal”, em especial as relativas à observância do distanciamento social.

Os acordos, então, teriam que ser realizados: (i) sem a utilização da estrutura física do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas; (ii) sem a possibilidade de reuniões presenciais para apresentação das propostas; (iii) sem que as partes pudessem fisicamente comparecer para firmar os acordos.

Na tentativa de superação de tais obstáculos, optou-se, num primeiro momento, pelo oferecimento de propostas extrajudiciais, adotando-se condutas visando à minimização do contato físico. Ao invés de haver sessões presenciais visando à apresentação das propostas, elaborou-se um material para publicação no Boletim da Corporação. Os militares contemplados na proposta já recebiam, junto com a publicação, informações acerca do valor do acordo e de sua forma de pagamento (RPV ou precatório). Foram também disponibilizadas instruções e modelos de documentos, a fim de que o militar convocado que demonstrasse interesse na realização do acordo pudesse preencher as fichas e enviar a documentação necessária ao Setor de Recursos Humanos de sua Corporação. O militar interessado deveria se fazer representar, por intermédio de procuração específica e restrita aos fins da celebração de acordo, devidamente assinada, conferindo poderes a um outro militar, escolhido pelos interessados, que representaria a totalidade dos celebrantes⁶. Após o recebimento de toda a documentação, o representante comparecia à sede da Procuradoria Geral do Estado para apresentação da documentação e assinatura dos acordos dos representados. A documentação era digitalizada e devolvida no mesmo dia, após o protocolo do acordo para homologação judicial.

Nesses termos, foi proposta uma segunda leva de acordos em outubro de 2020, tendo como público-alvo os Oficiais Bombeiros Militares contemplados por promoções retroativas nos anos de 2017 e 2018. Para tanto, procedeu-se à análise de 135 promoções, assim detalhadas:

- Subtenente a 2º Tenente: 62 promoções, divididas em 21 decretos;
- 2º Tenente a 1º Tenente: 24 promoções, divididas em 9 decretos;

6 Tanto os Bombeiros quanto os Policiais Militares que celebraram acordos por tal meio optaram por conferir os poderes ao titular da Chefia de Recursos Humanos respectiva, que recebia procuração limitada e exclusiva para tais fins.

- 1º Tenente a Capitão: 16 promoções, divididas em 8 decretos;
- Capitão a Major: 15 promoções, divididas em 11 decretos;
- Major a Tenente-Coronel: 11 promoções, divididas em 6 decretos;
- Tenente-Coronel a Coronel: 7 promoções, divididas em 3 decretos.

A análise de tais promoções resultou no oferecimento de 49 acordos extrajudiciais, na forma descrita acima. Os militares que se interessaram pelas propostas enviaram a documentação ao setor de Recursos Humanos do Corpo de Bombeiros Militar e, nos dias 26 e 27 de outubro de 2020, o representante escolhido compareceu à sede da Procuradoria, onde foram firmados os acordos. Devidamente digitalizados, os termos e documentos foram protocolados em juízo para homologação, respondendo a Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública, novamente, por cerca de 90% dos feitos homologados. A cooperação do Judiciário se deu com o tratamento uniforme dos processos, possibilitando o acompanhamento das sentenças e subseqüentes RPVs expedidas, bem como a elaboração de Ofício único orientando o pagamento, com controle total dos gastos públicos. Dos 49 acordos extrajudiciais ofertados, 38 foram aceitos, autuados e homologados, resultando em uma economia de no mínimo R\$ 236.243,07, em valores históricos (desprezada a economia obtida com os juros e correções)⁷. Os feitos já se encontram pagos e definitivamente baixados.

Diante do sucesso do modelo adaptado ao “novo normal”, partiu-se para a oferta de uma terceira leva de acordos, desta feita tendo como público-alvo os Policiais Militares. Tal Corporação possui efetivo muito superior ao do Corpo de Bombeiros Militar e, conseqüentemente, também dispõe de decretos mais complexos, maior número de demandas judicializadas e maior número de promovidos⁸.

Para início dos trabalhos junto aos Policiais Militares estaduais, selecionou-se um decreto do ano de 2018 que havia promovido, com efeitos retroativos, mais de 1.500 Soldados à graduação de Cabo. Analisadas cada uma de tais promoções, foram apuradas 135 ainda não judicializadas. Assim, foram ofertados tais acordos, mediante publicação no Boletim Geral da Corporação, adotando-se todas as medidas listadas acima.

7 Tais dados, bem como outros relativos à segunda leva de acordos, se encontram disponíveis no processo n. 2020.02.001783-PGE.

8 Verbi gratia, enquanto a totalidade das promoções analisadas do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Amazonas, concedidas com efeitos retroativos nos anos de 2017 e 2018, chegava ao montante de 892, um só decreto promocional da Polícia Militar, dentre as centenas existentes, promovia, somente em relação a uma graduação, mais de mil e quinhentos policiais. Não se contam, ainda, as promoções concedidas nos anos subseqüentes, em ambas as Corporações. Há ainda muito caminho a percorrer.

Dessa forma, nos dias 24 e 25 de novembro de 2020, a representante dos Policiais Militares que desejaram celebrar acordo compareceu à PGE/AM, munida dos documentos necessários e das procurações, e os acordos foram firmados. Os documentos e termos foram digitalizados e protocolados em juízo para homologação. Novamente, mediante cooperação entre os atores do processo, os feitos receberam tratamento uniforme no Juizado Especial da Fazenda Pública (perante a qual tramitou a totalidade dos acordos dessa leva), foram sentenciados, tiveram suas RPVs expedidas e pagas por intermédio de ofício único, já tiveram os alvarás expedidos e se encontram, no momento, definitivamente baixados. Dos 135 acordos ofertados, 94 foram aceitos e autuados, resultando em uma economia não inferior a R\$ 619.178,00, em valores históricos (desprezada a economia obtida com os juros e correções)⁹.

A XV Semana Nacional de Conciliação, por sua vez, apresentou uma via de celebração de acordos judiciais em meio à pandemia. Receberam-se, como é de praxe, ofícios das diversas Varas da Fazenda Pública, a fim de que fossem listados processos que poderiam ser submetidos às sessões de conciliação. Optou-se pelo destaque e submissão às sessões de conciliação dos processos que obedecessem aos seguintes critérios cumulativos: (i) promoções concedidas a Policiais Militares; (ii) derivadas do Mandado de Segurança Coletivo n. 4001983-56.2015.8.04.0000; (iii) referentes às graduações de Soldado a Cabo e de Cabo a 3º Sargento; (iv) que estivessem ajuizadas, mas ainda não sentenciadas. Os critérios ensejaram a análise de mais de três mil promoções, sendo destacados 203 processos para oferecimento de acordos.

Em cooperação com as diversas Varas da Fazenda Pública (novamente, respondendo a do Juizado por cerca de 90% dos processos), as audiências foram pautadas para se realizarem entre os dias 30 de novembro e 4 de dezembro de 2020. As Varas criavam “salas de audiência virtuais” por sistemas eletrônicos (em especial pelos aplicativos *Whatsapp* e *Google Meet*), gerando uma experiência interessantíssima, vez que a troca de mensagens virtuais possibilitava o “comparecimento” em duas ou mais audiências em Varas diversas ao mesmo tempo. Durante a XV Semana Nacional de Conciliação, foram aceitos e homologados 70 acordos, resultando em uma economia mínima de R\$ 1.456.059,07 aos cofres públicos. A maioria de tais acordos já se encontra paga e os processos, definitivamente baixados e arquivados¹⁰.

9 Tais dados, bem como outros relativos à terceira leva de acordos, se encontram disponíveis no processo n. 2021.02.000124-PGE.

10 Tais dados, bem como outros relativos aos acordos firmados na XV Semana Nacional de Conciliação, se encontram disponíveis no processo n. 2021.02.000123-PGE.

Somando-se as economias obtidas com as levas de acordos propostos no Núcleo de Demandas Repetitivas da PPM-PGE/AM em 2020, vê-se que os acordos celebrados resultam em decréscimo do valor histórico da dívida em no mínimo R\$ 3.356.424,99 (três milhões, trezentos e cinquenta e seis mil, quatrocentos e vinte e quatro reais e noventa e nove centavos). É dizer: a Fazenda Pública economizou uma média de quase oitocentos e quarenta mil reais, em valores históricos (desprezada a economia obtida com juros, correção monetária e demais encargos), cada vez que se propôs a negociar com os Militares por intermédio do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas.

Vê-se, portanto, que é possível e desejável a adoção de um sistema cooperativo e integrado de resolução de conflitos mesmo diante das dificuldades impostas pelo “novo normal”.

6. PROPOSTA PARA OS NOVOS RUMOS DA ATUAÇÃO CONCILIATÓRIA DA FAZENDA PÚBLICA AMAZONENSE: CRIAÇÃO DE CÂMARAS DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO

A Fazenda Pública há anos se destaca como o maior litigante habitual do Brasil, seja como demandante ou como demandado, conforme dados do Relatório do Conselho Nacional de Justiça intitulado “100 Maiores Litigantes”.

A situação não é diversa no Estado do Amazonas, máxime em se considerando demandas como as submetidas ao NDR/PPM-PGE/AM, envolvendo diferenças remuneratórias devidas a servidores militares, vez que o setor apresenta altíssima litigiosidade enraizada como cultura.

Prova disso é o fato de que todo o trabalho exposto no estudo de caso acima foi realizado *pari passu* com o recebimento do maior número de processos judiciais e intimações de todos os setores da Procuradoria Geral do Estado no ano de 2020, tendo sido recebidas no NDR/PPM-PGE/AM 6.443 intimações apenas no referido ano, segundo dados constantes do sistema SAJ-Procuradorias.

O Núcleo, em verdade, já há muito ultrapassou o limite da sobrecarga de trabalho, dada a cultura de litigância disseminada entre os militares, que gera um aumento exponencial de demandas a cada dia que passa, prejudicando a capacidade de resposta. Para fins de comparação, até a primeira semana de agosto do ano de 2021, foram recebidas mais de dez mil novas intimações somente no NDR/PPM-PGE/AM, segundo dados também constantes do sistema SAJ-Procuradorias. É dizer: em menos de oito meses do ano de 2021, já se receberam mais intimações do que em todo o ano de 2020, chegando-se quase ao dobro do número.

Enfrenta-se, portanto, alta litigiosidade em relação a conflitos envolvendo militares estaduais, gerando perdas para todas as partes envolvidas. No dizer de VIANA e VIANA (2016, p. 30): “*Em rigor, a judicialização excessiva e desnecessária aparta-se do interesse público primário (inclusive no que diz respeito à proteção econômica do patrimônio público e do erário)*”.

O aumento no número de demandas ajuizadas não significa aumento da pacificação dos conflitos. Pelo contrário: a massificação de processos implica em congestionamento das varas, gerando maior morosidade na solução da lide, prejudicando a parte credora e onerando os cofres públicos com juros e demais verbas incidentes, gastando na espera da solução definitiva o tempo útil e os recursos humanos de todos os envolvidos, distanciando os atores do processo da finalidade da jurisdição – a pacificação social (SILVA e OLIVEIRA, 2019, p. 80).

Como forma de possibilitar a continuidade dos trabalhos conciliatórios desenvolvidos, sugere-se que, a partir da experiência do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da PGE/AM em 2020, sejam criadas Câmaras de Conciliação e Mediação no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, promovendo divisão e especialização das competências, gerando melhor atendimento aos administrados e perpetuando a economia gerada aos cofres públicos.

A solução ora defendida traria concretude a todo o Capítulo II da Lei n. 13.140/2015, bem como ao disposto no art. 174 do Código de Processo Civil, que estabelece:

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.

Veja-se a expressão utilizada pelo diploma: *criarão*. A imposição da criação das Câmaras não é arrefecida pela expressão “poderão criar”, adotada no art. 32, *caput*, da Lei de Mediação, mas deve ser interpretada como um

poder-dever, de forma que os entes podem dispor do momento e forma da criação das Câmaras, mas essas devem, seguramente, ser implementadas.

Não se olvide que a criação de Câmaras de Conciliação e Mediação poderá proporcionar forma rápida de resolução de diversos conflitos, e não apenas daqueles submetidos ao NDR-PPM. O rol previsto tanto no art. 174 do CPC quanto no art. 32 da Lei de Mediação comporta interpretação *numerus apertus*, possibilitando que se resolvam nas Câmaras questões análogas às exemplificadas, devendo a norma que as criar estabelecer os limites, os valores, os critérios, os procedimentos, as competências e as matérias que podem ser submetidas à resolução da Câmara. Evita-se, assim, desperdício de atividade processual, uma das finalidades do processo cooperativo (MITIDIERO, 2017).

Especificamente quanto às diferenças remuneratórias devidas a militares estaduais em virtude de promoções concedidas com efeitos retroativos, de se ver que o tema comporta, inclusive, a transação por adesão a que alude o art. 35 da Lei n. 13.140/2015.

A continuidade da experiência vivida no Núcleo de Demandas Repetitivas da PPM-PGE/AM, portanto, passa necessariamente, pela criação das Câmaras de Conciliação e Mediação, evitando a propositura de novas demandas e encerrando as já existentes, conforme preciosa lição doutrinária:

Diante do referido artigo 32, constata-se que as câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos 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. (RODRIGUES, 2016, p. 388)

Inquestionável a necessidade de adoção de métodos efetivos para a solução dos conflitos em apreço, sendo as Câmaras de Conciliação e Mediação o próximo passo da atuação conciliatória da Fazenda Pública Amazonense.

7. CONCLUSÃO

A experiência do Núcleo de Demandas Repetitivas da Procuradoria do Pessoal Militar da PGE/AM se mostrou bastante satisfatória, tendo-se alcançado franca economia aos cofres públicos com a utilização de um processo civil cooperativo e de meios integrados de solução de conflitos.

Comprova-se, portanto, que uma atuação conciliatória da Fazenda Pública pode mostrar-se condizente com a defesa do erário e com os princípios aplicáveis à administração, em especial os da legalidade, da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

A continuação de tal experiência passa, necessariamente, pela criação de Câmaras de Conciliação e Mediação no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas, competentes para trazer à realidade os objetivos de um novo processo civil, voltado à cooperação, à justiça multiportas, à defesa do interesse público, à valorização do consenso, à busca de soluções justas e efetivas em tempo razoável e, enfim, à pacificação social.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. *Decreto n. 40.878, de 27 de junho de 2019*. Dispõe sobre a criação de Grupo de Trabalho – GT, no âmbito da Casa Civil, com a finalidade de quantificar o valor devido aos Policiais e Bombeiros Militares em função das promoções retroativas levadas a efeito pelos governos anteriores. Diário Oficial do Estado, edição de 27 de junho de 2019, p. 5-6.

_____. *Lei n. 4.738, de 27 de dezembro de 2018*. DISPÕE sobre a conciliação, transação e desistência nas causas que envolvam o Estado do Amazonas, regulamenta o artigo 8.º da Lei Federal n. 12.153, de 22 de dezembro de 2009, e dá outras providências. Diário Oficial do Estado, edição de 27 de dezembro de 2018, p. 8-9.

_____. *Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 12/9/2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12/9/2021.

_____. *Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015*. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em 12/9/2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/compilado-18553820210820611ffaaaa2655.pdf>>. Acesso em 13/9/2021.

_____. *100 Maiores Litigantes*. 2012. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em 12/9/2021.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FACCI, L.P. *A Utilização de Meios Consensuais de Resolução de Conflitos pela Administração Pública e Novo Código de Processo Civil*. In DIDIER JR, F. (coord.). *Repercussões do Novo CPC: Advocacia Pública*, v. 3. Bahia: JusPodivm, 2015.

MEGNA, Bruno Lopes. *A Administração Pública e os meios consensuais de solução de conflitos ou “enfrentando o Leviatã nos novos mares da consensualidade”*. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, SP. Brasil, 1971 – (semestral), jul. a dez. de 2015, p. 1-29.

MITIDIERO, Daniel. *Princípio da colaboração*. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/206/edicao-1/principio-da-colaboracao>. Acesso em 13/9/2021>.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo*. Salvador: JusPodivm, 2016.

RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SILVA, Artenira da Silva e; OLIVEIRA, Allen Kardec Feitosa. *Fazenda Pública em Juízo: uma breve análise do processo de assimilação da consensualidade envolvendo a Administração Pública*. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI. *Formas Consensuais de Solução de Conflitos*. Anais. 2019: Belém, Pará, Brasil, p. 77-94.

TEODORO, Rita de Kassia de França. *A Fazenda Pública e os meios consensuais de solução de conflitos*. Disponível em: <<https://www.unaerp.br/revista-cientifica-integrada/edicoes-anteriores/volume-3-edicao-4/2966-rci-a-fazenda-publica-e-os-meios-consensuais-de-solucao-de-conflitos-06-2018/file>>. Acesso em 12/9/2021.

VIANA, Emílio de Medeiros; VIANA, Iasna Chaves. *Conciliação, Mediação e a Fazenda Pública: Mudança de Paradigma e Entraves por Superar*. In *Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflito*, e-ISSN: 2525-9679, Curitiba, v. 2 , n. 2, Jul/Dez. 2016, p. 21 – 40.

ICMS – Substituição tributária e jurisprudência: uma análise da aplicabilidade da sistemática à luz das decisões judiciais

Eric Rafael Canto dos Santos¹

RESUMO

A substituição tributária tem sido matéria recorrente nos tribunais com destaque para o Supremo Tribunal Federal. A par disso, mostra-se salutar perquirir como a jurisprudência formada molda, influencia e direciona a aplicabilidade da substituição tributária, em vista das recentes mudanças no quadro jurisprudencial sobre o tema. Assentada tal premissa, o presente trabalho tem por objetivo analisar a jurisprudência da Suprema Corte delineando os contornos do pensamento e dos argumentos lógico-jurídicos que influíram na aplicação da substituição tributária no ICMS ao longo do tempo e seus reflexos na vida do contribuinte. Partindo de um estudo bibliográfico e jurisprudencial, foi possível traçar a linha cronológica da evolução da substituição tributária, desde a sua criação até sua elevação ao status de matéria constitucional e sua regulamentação legislativa, ao passo que se vislumbrou a evolução jurisprudencial, com ênfase para o tema da restituição do imposto recolhido a maior ante o conflito entre a base de cálculo presumida e base de cálculo real. O estudo demonstrou de forma lídima a mudança jurisprudencial de um caráter pró-fisco para a favor do contribuinte e da constitucionalidade. Concluiu-

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Paulista (UNIP), Advogado.

-se, por conseguinte, que a ação do Poder Judiciário foi fulcral no aprimoramento do tema, garantindo uma melhor justiça fiscal.

Palavras-chave: Imposto. ICMS. Substituição tributária. jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

No complexo sistema tributário brasileiro, o Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transportes interestadual, intermunicipal e de comunicações (ICMS) ganha destaque, especialmente, pelo seu caráter plurifásico e de não cumulatividade (art. 155, § 2º, I, da Constituição Federal) o que *de per si* já demanda um demasiado esforço, tanto contábil quanto fiscal, para o seu recolhimento.

Não podemos olvidar a importância que os tributos têm na vida da sociedade, principalmente os indiretos como o ICMS, onde ocorre a repercussão tributária, ou seja, encargo financeiro do tributo é repassado ao consumidor final, que acaba por suportar toda a carga tributária (CARNEIRO, 2018).

Nessa senda, a sistemática da substituição tributária foi criada como meio de evitar a evasão fiscal (sonegação), antecipando o fato gerador das operações subsequentes, que passa a ser presumido, e, por consequência, antecipando o recolhimento do ICMS, o que desde o início tem causado inúmeras discussões, desde a sua constitucionalidade até a extensão de sua aplicabilidade.

Partindo desse referencial, o presente trabalho busca a partir de um estudo bibliográfico e jurisprudencial, analisar como as decisões judiciais, no caso do Supremo Tribunal Federal (STF), influenciaram na aplicabilidade da substituição tributária no recolhimento do ICMS, moldando e remodelando o sistema, e como isso refletiu na vida do contribuinte.

Inicialmente, discorre-se sobre o contexto histórico da substituição tributária, sua criação e posterior revogação, sua recriação seguida de sua inserção no texto constitucional e sua regulamentação através da Lei Complementar nº 87/96.

Em seguida, expõe-se acerca da discussão em torno da constitucionalidade da substituição tributária, analisando tanto a doutrina, antiga e atual, quanto julgados a respeito do tema, que embora pacificado nos tribunais, ainda suscita discussão entre doutrinadores.

Adiante, traz-se à baila o tema da restituição do ICMS recolhido, por substituição tributária, em excesso, momento que ao analisar o resulta-

do do julgamento da ADI 1.851/AL, acórdão e votos dos ministros, foi possível traçar o pensamento lógico-jurídico que prevaleceu e modelou a aplicação do tema.

Por fim, é analisado o resultado do julgamento do RE 593.849/MG, no qual o STF revendo seu precedente, modificou o seu entendimento sobre a restituição do ICMS recolhido a maior, decisão essa que causou não apenas mudança na jurisprudência, mas também importantes reflexos sociais.

2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A adoção da substituição tributária para frente ou progressiva é anterior a Constituição Federal de 1988, atualmente vigente, posto que foi instituída no Brasil através do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172 de 25/10/1966), o qual ao disciplinar o, então, imposto sobre circulação de mercadoria (ICM) em seu art. 58, assim dispunha:

Art. 58. Contribuinte do imposto é o comerciante, industrial ou produtor que promova a saída da mercadoria.

(...)

§ 2º A lei pode atribuir a condição de responsável:

I - ao comerciante ou industrial, quanto ao imposto devido por produtor pela saída de mercadoria a eles destinada;

II - ao industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido por comerciante varejista, mediante acréscimo, ao preço da mercadoria a ele remetida, de percentagem não excedente de 30% (trinta por cento) que a lei estadual fixar;

Passados pouco mais de dois anos adveio o Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que no seu artigo 13, revogou, dentre outros, o artigo 58 do Código Tributário Nacional, ficando vigente, porém, o artigo 128, que trata da responsabilidade tributária e também embasava a aplicação da substituição tributária, conforme o seguinte texto:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte

ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Nesse contexto, em 1975 o Supremo Tribunal Federal foi questionado sobre a possibilidade de aplicação da substituição tributária apenas com base no art. 128 do Código Tributário Nacional, o que a Suprema Corte entendeu incabível, consoante se depreende da ementa do Recurso Extraordinário 77.462, de Relatoria do Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno, DJ 11/04/1975:

ICM. Atribuição a terceiro da condição de responsável pelo crédito tributário. O art. 128 do CTN, ainda vigente, só a permite se houver vinculação do terceiro ao fato gerador, pelo que já não é possível, em consequência da revogação do art. 58, § 2º, II do mesmo Código, pelo Decreto-lei nº 406/68, atribuir ao industrial ou comerciante atacadista, a responsabilidade pelo tributo devido pelo comerciante varejista. Re-exame e retificação do entendimento do Supremo Tribunal no julgamento da representação nº 848, do Ceará. Recurso extraordinário não conhecido.

Em 07 de dezembro de 1983 é editada a Lei Complementar nº 44 que altera o Decreto-Lei nº 406 reintroduzindo a sistemática da substituição tributária progressiva ao acrescentar os seguintes dispositivos:

Art.2º.....

§ 9º - Quando for atribuída a condição de responsável ao industrial, ao comerciante atacadista ou ao produtor, relativamente ao imposto devido pelo comerciante varejista, a base de cálculo do imposto será:

a) (...);

b) o valor da operação promovida pelo responsável, acrescido da margem de lucro atribuída ao revendedor, no caso de mercadorias com preço de venda, máximo ou único, marcado pelo fabricante ou fixado pela autoridade competente.

Art.6º.....

§ 3º - A lei estadual poderá atribuir a condição de responsável:

- a) ao industrial, comerciante ou outra categoria de contribuinte, quanto ao imposto devido na operação ou operações anteriores promovidas com a mercadoria ou seus insumos;
- b) ao produtor, industrial ou comerciante atacadista, quanto ao imposto devido pelo comerciante varejista;
- c) ao produtor ou industrial, quanto ao imposto devido pelo comerciante atacadista e pelo comerciante varejista;
- d) aos transportadores, depositários e demais encarregados da guarda ou comercialização de mercadorias.

Com a promulgação da nova Constituição da República em 05 de outubro de 1988, o imposto sobre circulação de mercadorias (ICM) foi transformado em imposto sobre circulação de mercadorias e a prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação (ICMS), sendo reservado a lei complementar dispor sobre substituição tributária, conforme o art. 155, § 2º, XII, “b”:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

(...)

§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

(...)

XII - cabe à lei complementar:

- a) definir seus contribuintes;
- b) dispor sobre substituição tributária;

Ainda no decorrer do ano de 1988, e com base no artigo 34, § 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi firmado o Convênio ICM 66/1988, que disciplinou a sistemática da substituição tributária progressiva no §3º de seu art. 2º, *in verbis*: “Os Estados poderão exigir o pagamento antecipado do imposto, com a fixação, se for o caso, do valor da operação ou da prestação subsequente, a ser efetuada pelo próprio contribuinte”

Com o advento da Emenda Constitucional 3/93, a substituição tributária progressiva foi então inserida no texto constitucional ao acrescentar o § 7º no artigo 150 da Constituição da República, nos exatos termos:

Art. 150. (...)

(...)

§ 7º A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido.

Somente em 13 de setembro de 1996 foi dado cumprimento ao art. 155, § 2º, XII, da Constituição Federal, com a edição da Lei Complementar nº 87/1996, chamada Lei Kandir, que dispõe sobre o ICMS e, conseqüentemente, sobre a substituição tributária progressiva.

Logo em seguida foi firmado o Convênio ICMS 13/97 que objetivava harmonizar o procedimento referente a aplicação do § 7º, artigo 150, da Constituição Federal e do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, de 13.09.96, a saber, a restituição do ICMS recolhido sob a sistemática da substituição tributária, o que motivou uma série de discussões no âmbito do Poder Judiciário e que serão discorridos neste trabalho.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Diante de sua complexidade, a substituição tributária progressiva tem gerado discussões não apenas no Poder Judiciário, mas também na extensa doutrina sobre o tema. Dentre as discussões chama a atenção, a que trata da possível inconstitucionalidade da modalidade de recolhimento do tributo.

Para Roque Antônio Carrazza, a substituição tributária progressiva é inconstitucional principalmente por tributar fato gerador futuro, ferindo assim direitos e garantias constitucionais do contribuinte:

Na substituição tributária “para frente” parte-se do pressuposto de que o fato impositivo (fato gerador “in concreto”) ocorrerá no futuro e que, portanto, se justifica a cobrança antecipada do tributo (ainda mais quando há fundados receios de que o realizador daquele fato futuro praticará evasão fiscal).

Para acautelar interesses fazendários, tributa-se, na substituição tributária “para frente”, fato que ainda não aconteceu (e que, portanto, ainda não existe e, em tese, poderá nunca vir a existir).

Ora, a Constituição veda a tributação baseada em fatos de provável ocorrência. Para que o mecanismo da substituição tributária venha adequadamente utilizado é preciso que se estribe em fatos concretamente ocorridos; nunca em fatos futuros, de ocorrência incerta. Esta é uma barreira constitucional inafastável, pois integra o conjunto de direitos e garantias que a Lei Maior confere ao contribuinte. É ela que – sistematicamente interpreta – não admite que haja a chamada substituição tributária “para frente”. (CARRAZZA, 1998, p. 291).

Ao discorrer sobre o tema, Cláudio Carneiro (2018, p. 348) segue o mesmo entendimento, pois entende que não há antecipação de pagamento, mas sim antecipação de fato gerador:

Em que pese a decisão do STF, antes mesmo da inclusão do § 7º ao art. 150 da Constituição, entendemos que ainda assim tal previsão é inconstitucional, pois viola o princípio da segurança jurídica, o princípio da anterioridade tributária, bem como o princípio da capacidade contributiva, pois essa deve ser observada no momento da ocorrência do fato gerador, e não antecipadamente. E, sobretudo, porque o fato gerador ainda não ocorreu; há então, uma antecipação do fato gerador, e não uma simples antecipação do pagamento, o que representa um efeito confiscatório. (CARNEIRO, 2018, p. 348).

Já para Hugo de Brito Machado, a inconstitucionalidade se configura na transferência aos Estados da competência de instituir a substituição tributária:

A pretexto de evitar a sonegação os Estados instituíram o regime de substituição tributária, ou, mais exatamente, de substituição com antecipação do tributo, que foi sendo gradualmente estendido a vários produtos e hoje alcança praticamente todos. Esse procedimento estaria autorizado pelo art. 150, § 7º, da Constituição Federal e pela Lei Complementar n. 87,

de 1996, que, em desobediência ao art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “b”, da Constituição Federal, transferiu para o legislador estadual essa atribuição. (MACHADO, 2010, p. 401).

Ao tratar do tema, Geraldo Ataliba disserta acerca da linha que liga a substituição tributária, ou sujeição passiva indireta, à constituição, discorrendo com apuro sobre as exigências e cuidados:

O importante é, a este propósito, sublinhar bem que a determinação do sujeito passivo da obrigação tributária depende da hipótese de incidência, que é prefixada – no Brasil – pela Constituição. Com Cleber Giardino, escrevemos:

“Na verdade, a substituição é, entre nós, figura de difícil delimitação. É um instituto excepcional que exige da parte do legislador ordinário extremos cuidados, para não incidir em inconstitucionalidades, pela violação de princípios ou desobediência a preceitos expressos ou implícitos, constantes do texto constitucional, que se opõem, como desdobramentos ou corolários das características do sistema constitucional tributário”. (ATALIBA, 2018, p. 89-90).

E, continua o eminente autor:

Seria supremo arbítrio exigir tributo de alguém, simplesmente pela circunstância de que é mais fácil colhê-lo do que ao destinatário da carga tributária, como induzido pela Constituição. Esse raciocínio nos leva à conclusão de que há exigência constitucional implícita, no sentido de que um imposto somente pode ser cobrado daquela pessoa cuja capacidade contributiva seja revelada pelo acontecimento do fato imponible ou, nos casos de tributos vinculados, somente daquela pessoa a que a atuação estatal se refira de alguma maneira.

Do contrário, o “fato tributável”, referido constitucionalmente como “necessário” e “suficiente” para a exigência do tributo, se converterá em mero “pressuposto” de tributação. Pois é no que se resumiria se, acontecido, estiver facultado ao Poder Público cobrar tributo de quem (a lei) quiser e do modo como (a lei) quiser. A perspectiva do “esvaziamento” – da verdadeira “inutilidade da discriminação constitucional de competências

tributárias – diante da compreensão deste conteúdo, postula obrigatória coordenação dos raciocínios correntes sobre essa matéria. (ATALIBA, 2018, p. 90-91).

Em sentido contrário, Marco Aurélio Greco aduz que a sistemática da substituição tributária é constitucional e que não viola o princípio da capacidade contributiva:

Não há ofensa à capacidade contributiva na cobrança antecipada do ICMS porque o valor arbitrado é fixado mediante levantamentos específicos em relação a cada produto que vier a ser submetido ao regime de antecipação. Outrossim, o ICMS vai onerar, em última análise o consumidor final da mercadoria (GRECO, 2005, p. 83-84)

No âmbito do Poder Judiciário, a discussão sobre a constitucionalidade da substituição tributária chegou ao Supremo Tribunal Federal através do Recurso Extraordinário nº 213.396/SP, de relatoria do ministro Ilmar Galvão, que questionava se a substituição tributária poderia ser aplicada antes da Emenda Constitucional 3/93, a qual inseriu no texto constitucional a previsão da sistemática arrecadatória.

O Tribunal julgou no sentido de declarar a constitucionalidade e que a substituição tributária poderia ser cobrada, tendo em vista, que a norma que a instituíra havia sido recepcionada pela Constituição Federal de 1988, consoante a ementa seguinte:

TRIBUTÁRIO. ICMS. ESTADO DE SÃO PAULO. COMÉRCIO DE VEÍCULOS NOVOS. ART. 155, § 2º, XII, B, DA CF/88. CONVÊNIOS ICM Nº 66/88 (ART. 25) E ICMS Nº 107/89. ART. 8º, INC. XIII E § 4º, DA LEI PAULISTA Nº 6.374/89.

O regime de substituição tributária, referente ao ICM, já se achava previsto no Decreto-Lei nº 406/68 (art. 128 do CTN e art. 6º, §§ 3º e 4º, do mencionado decreto-lei), normas recebidas pela Carta de 1988, não se podendo falar, nesse ponto, em omissão legislativa capaz de autorizar o exercício, pelos Estados, por meio do Convênio ICM nº 66/88, da competência prevista no art. 34, § 8º, do ADCT/88.

Essa circunstância, entretanto, não inviabiliza o instituto que,

relativamente a veículos novos, foi instituído pela Lei paulista nº 6.374/89 (dispositivos indicados) e pelo Convênio ICMS nº 107/89, destinado não a suprir omissão legislativa, mas a atender à exigência prevista no art. 6º, § 4º, do referido Decreto-Lei nº 406/68, em face da diversidade de estados aos quais o referido regime foi estendido, no que concerne aos mencionados bens.

A responsabilidade, como substituto, no caso, foi imposta, por lei, como medida de política fiscal, autorizada pela Constituição, não havendo que se falar em exigência tributária despida de fato gerador. Acórdão que se afastou desse entendimento. Recurso conhecido e provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.396. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 de agosto de 1999. DJ 01/12/2000).

Ao fundamentar seu voto, o ministro Ilmar Galvão, relator, discorre pontualmente sobre todos os critérios que mostram a constitucionalidade da substituição tributária:

Por meio dele, a obrigação tributária é transferida àquele contribuinte que melhores condições oferece para o seu cumprimento, isto é, para o contribuinte de fato o que houver pago, como parcela do preço.

Não há falar-se, portanto, em violação do princípio da capacidade contributiva, visto que, nos impostos indiretos, como o ICMS, como é por demais sabido, conquanto o contribuinte de direito seja aquele obrigado, por lei, a recolher o tributo, é o adquirente ou consumidor final o contribuinte de fato. Esse é que vai ser atingido pelo ônus do imposto, haja, ou não, substituição tributária. A capacidade contributiva do consumidor é que é considerada.

Por igual se mostra descabida a alegação de ofensa ao princípio da não-cumulatividade, se no preço do produto passado do industrial para o varejista não se embute mais do que se embutiria na hipótese de tratar-se de operações regulares, seja, o tributo devido pela saída do bem do estabelecimento industrial, mais a parcela incidente sobre o valor acrescido até a sua entrega ao consumidor final. (BRASIL. Supremo

Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.396. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 de agosto de 1999. DJ 01/12/2000)

E segue o douto relator:

De outra parte, cumpridos se acham, na substituição tributária, os princípios da legalidade e da tipicidade, conforme acima restou demonstrado, instituído que foi o regime, no Estado de São Paulo, por lei, com observância das normas ditadas pela Constituição e pela lei complementar que a regulamentou, com exaustão de todos os aspectos legitimadores da exação, com especificidade tão-somente quanto ao fato gerador e à respectiva base de cálculo, que serão adiante apreciados.

Quanto ao confisco, não é difícil demonstrar a impossibilidade de sua ocorrência, tendo em vista o reembolso, pelo substituto, do imposto pago, quando do recebimento do preço das mãos do substituído; reembolsando-se esse, de sua vez, ao receber o preço final das mãos do consumidor. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.396. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 de agosto de 1999. DJ 01/12/2000)

Mesmo vencido no julgamento, é interessante trazer a lume um trecho do voto do ministro Carlos Velloso, que ao defender a inconstitucionalidade da substituição tributária anterior a Emenda Constitucional 3/93 assim asseverou:

A inconstitucionalidade de tal modalidade de imposição tributária parece-me flagrante.

E o primeiro fundamento sobre o qual assento esta afirmativa é este: foi preciso uma emenda constitucional, a EC nº 3, de 19, acrescentasse o § 7º ao art. 150, da C.F., autorizando a substituição tributária “para frente”. Noutras palavras, foi preciso que uma emenda constitucional, a EC 3/93, expressamente dispusesse a respeito, autorizando a responsabilidade tributária para o futuro. Então, é forçoso concluir que, enquanto a disposição constitucional não existia, não seria possível ao

legislador ordinário instituir a substituição “para frente”. Faço de novo a ressalva: mesmo a disposição introduzida pela EC 3/93 é tida como ilegítima sob o ponto de vista constitucional. Vamos deixar essa discussão, entretanto, para época própria, vale dizer, quando ela surgir. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.396. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 de agosto de 1999. DJ 01/12/2000)

O ministro Marco Aurélio Mello, ao proferir seu voto, também pela inconstitucionalidade, fez menção a doutrinadores que defendem sua tese, reportando a tributação de fato gerador inexistente:

Sr. Presidente, conforme ressaltado pelo professor Ives Gandra, “a substituição tributária em relação a fato gerador inexistente (irreal, fantasioso, “spielberguiano”, próprio da Disneylândiana casa dos terrores) gera, por haver cobrança de tributos sem fato econômico a sustentá-la, o efeito de confisco e fere o princípio da legalidade, ambos cláusulas pétreas (...)”, sendo que, para Aires Barreto, tal espécie de responsabilidade, transportada para o campo penal, provocaria o surgimento de condenação antecipada de um criminoso, hoje, pelo crime que poderá praticar amanhã. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 213.396. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 02 de agosto de 1999. DJ 01/12/2000).

Não obstante os votos contrários, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, conheceu e deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 213.396, reconhecendo a constitucionalidade da substituição tributária progressiva ou “para frente” mesmo antes da Emenda Constitucional 3/93, sendo esse entendimento jurisprudencial mantido até hoje, como se pode verificar na ementa do acórdão abaixo, julgado em 04 de outubro de 2018:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ICMS. REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE ANTES E DEPOIS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 3/1993.

1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o regime de substituição tributária é aplicável tanto no pe-

ríodo anterior à Emenda Constitucional nº 3/1993 quanto no período posterior a ela.

2. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC/1973. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 220.037. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília, 04 de outubro de 2018. DJe 07/11/2018).

4. A CONTROVÉRSIA DA RESTITUIÇÃO E A ADI 1.851/AL

Superada a discussão acerca da constitucionalidade da substituição tributária progressiva as atenções se voltam para a controvérsia sobre a possibilidade de restituição (reembolso) do ICMS recolhido em excesso sob o sistema da substituição tributária progressiva quando a base de cálculo real for menor que a base de cálculo presumida.

A controvérsia se inicia a partir da interpretação do § 7º, do art. 150 da Constituição Federal no trecho que assegura “a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”, em conjunto com o art. 10, da Lei Complementar nº 87/1996, que assim dispõe:

Art. 10. É assegurado ao contribuinte substituído o direito à restituição do valor do imposto pago por força da substituição tributária, correspondente ao fato gerador presumido que não se realizar.

§ 1º Formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de noventa dias, o contribuinte substituído poderá se creditar, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido, devidamente atualizado segundo os mesmos critérios aplicáveis ao tributo.

Partindo desse pressuposto e, visando restringir tanto a interpretação quanto os efeitos da legislação, foi celebrado, pelo Conselho Nacional de Política Fazendária em 21 de março de 1997, o Convênio ICMS 13/97 cujo objetivo seria harmonizar o procedimento referente a aplicação do § 7º, do artigo 150, da Constituição Federal e do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, nos seguintes termos:

Cláusula primeira A restituição do ICMS, quando cobrado sob a modalidade da substituição tributária, se efetivará quando não ocorrer operação ou prestação subsequentes à cobrança do mencionado imposto, ou forem as mesmas não tributadas ou não alcançadas pela substituição tributária.

Cláusula segunda Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar 87, de 13 de setembro de 1996.

A doutrina, por sua vez, rechaçou os termos do Convênio ICMS 13/97 desde a sua celebração por entender que a base de cálculo (presumida) para aplicação da substituição tributária não é definitiva, conforme ensina Kiyoshi Harada:

Se na revenda for alcançado um preço menor do que o valor de tabela do fabricante, o qual serviu de base para a tributação antecipada, por óbvio impõe-se a restituição da diferença. O que é definitivo é a substituição tributária, isto é, o contribuinte substituído é o sujeito passivo da obrigação tributária desde a origem por expressa determinação de lei. Isso nada tem a ver com a restituição da diferença verificada no final da operação subsequente. O que não é definitivo é a base de cálculo presumida. (HARADA, 2019, p. 149)

No mesmo sentido verificamos a lição de Geraldo Ataliba:

Em último lugar, requer a Constituição que a lei estabeleça mecanismos expeditos, ágeis, prontos e eficazes de ressarcimento do substituto, sob pena de comprometimento da validade da substituição.

Isto por força de três exigências constitucionais. A primeira, o princípio da igualdade de todos perante a lei, em cujas dobras se contém o princípio da capacidade contributiva. Se o fato imponível é imputável ao substituído, dele é a manifestação de capacidade contributiva revelada pela sua ocorrência, como sublinha Amílcar Falcão.

A segunda, o princípio constitucional que proíbe o confisco. Se não houver ressarcimento do substituto, pelo substituído, de modo ágil, eficaz, imediato e expedito, o substituto estará pagando o tributo cujo destinatário é outrem. Estará arcando com carga tributária correspondente a uma capacidade econômica (revelada pelo fato imponível) que não se revelou, e que portanto, somente a outrem (e não a ele) poderia ser imputada. A terceira – estes argumentos se harmonizam no contexto constitucional – porque a Constituição sempre designa implicitamente quem é o sujeito passivo do tributo. A designação é implícita, porém nem por isso é menos categórica. Ao fazê-lo, o texto constitucional já estabelece que a capacidade contributiva a ser atingida pelo tributo é a do sujeito “vinculado” ao fato imponível (como explicita o art. 128 do CTN). Não teria sentido a Constituição fazer menção a uma determinada figura, e consentir desprezar as necessárias consequências jurídicas do reconhecimento da existência, em concreto dessa figura. (ATALIBA, 2018, p. 93)

Diante de sua importância e dos graves reflexos causados aos contribuintes, o tema, mais precisamente os termos do Convênio ICMS 13/97, foi alçado à Suprema Corte para análise de sua constitucionalidade, cuja decisão se deu na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.851 de relatoria do Ministro Ilmar Galvão com a seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CLÁUSULA SEGUNDA DO CONVÊNIO 13/97 E §§ 6.º E 7.º DO ART. 498 DO DEC. N.º 35.245/91 (REDAÇÃO DO ART. 1.º DO DEC. N.º 37.406/98), DO ESTADO DE ALAGOAS. ALEGADA OFENSA AO § 7.º DO ART. 150 DA CF (REDAÇÃO DA EC 3/93) E AO DIREITO DE PETIÇÃO E DE ACESSO AO JUDICIÁRIO.

Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor inferior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC 24/75, art. 2.º, INC. 2.º).

Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar.

A EC n.º 03/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7.º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A circunstância de ser presumido o fato gerador não constitui óbice à exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estimativa que a aproxima o mais possível da realidade.

A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução, a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.

Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

Ao julgar o tema, o Tribunal, por maioria, entendeu constitucional o Convênio ICMS 13/97 e assentou que a presunção do valor da base de cálculo é *juris et jure*, ou seja, é definitivo, somente cabendo restituição do valor de ICMS recolhido caso o fato gerador não ocorra.

Em seu voto, o relator, Ministro Ilmar Galvão, inicia discorrendo sobre a constitucionalidade da sistemática de substituição tributária e da base de cálculo presumida:

A Constituição de 1988, em sua redação original, limitou-se a reservar a lei complementar, de modo específico, a disciplina da substituição tributária do ICMS (art. 155, § 2º, XII, b), sem especificar as duas modalidades (progressiva e regressiva), com o que, a rigor, recepcionou, no ponto, o DL nº 406/68.

(...)

A matéria acabou contemplada na EC nº 3/93, que introduziu, no art. 150 da CF/88, o § 7º (...)

O dispositivo, indubitavelmente, não criou a substituição tributária progressiva, visto que já integrava o sistema tributário, havendo inovado, entretanto, primeiramente ao instituir o fato gerador presumido e, depois, ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não se tiver ele realizado. Ao autorizar a atribuição a outrem da condição de responsável pelo pagamento do tributo cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, na verdade, antecipou, o novo dispositivo, o momento do surgimento da obrigação e, conseqüentemente, da verificação do fato gerador que, por isso mesmo, definiu como presumido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

Continuando seu voto, o relator faz uma verdadeira análise teleológica da sistemática da substituição tributária justificando sua aplicação na facilidade fiscalizatória e arrecadatória proporcionada ao fisco, sem considerar os eventuais abusos praticados:

A substituição progressiva, ou para frente, que alguns acham ser instituição recente, posto prevista em nossa legislação pelo menos desde 1968 – repita-se – contrariamente à regressiva, tem por contribuintes substituídos, por sua vez, uma infinidade de revendedores de produtos, circunstância que dificultaria e oneraria, de maneira acentuada, a fiscalização. Sua prática impede a sonegação sem prejudicar a garantia do crédito tributário, visto que o tributo pelas operações subsequentes, até

a transferência da mercadoria ao consumidor final, é recolhido sobre o valor agregado.

Nessa espécie, em vez de diferimento, o que ocorre é antecipação do fato gerador e, conseqüentemente, do tributo, que é calculado sobre uma base de cálculo estimada. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

Ao concluir seu voto, o ministro Ilmar Galvão além de definir que o fato gerador e a base de cálculo embora presumidos são definitivos, limitando a restituição do ICMS apenas no caso de não ocorrência do fato gerador posterior, asseverou que caso não se adotasse esse entendimento se estaria inviabilizando a sistemática:

O fato gerador do ICMS e respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos não se revestem de caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não que se falar em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do fisco, quer de parte do contribuinte substituído, se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.

(...)

Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

Em sentido contrário e abrindo divergência, o Ministro Carlos Veloso argumenta que se a base de cálculo do ICMS tem sua dimensão material no valor da operação, entendido o valor real, não restituir o imposto recolhido por substituição tributária em excesso é inconstitucional, por afrontar o art. 150, § 7º da Constituição:

Ora, sr. Presidente, é de sabença elementar que a base de cálculo do fato gerador é a sua dimensão material, a sua expressão valorativa, como ensinou Geraldo Ataliba.

O que constitui o fato gerador do I.C.M.S.? Operações relativas à circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação (C.F., art. 155, II). A base de cálculo, para fins de substituição tributária, será, em relação às operações ou prestações subsequentes, obtida pelo somatório de parcelas, tal como posto no art. 8º, inciso II, letras a, b e c, da Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996.

(...)

É dizer, Sr. Presidente, o valor da operação ou da prestação de serviço é o dado básico, fundamental da base de cálculo, que constitui o aspecto material do fato gerador, ou do fato imponível, a sua expressão valorativa. Sem essa expressão valorativa, sem essa dimensão material, não há fato gerador, não há fato imponível. Noutras palavras, o fato gerador se realiza na sua dimensão material, na sua expressão valorativa.

E continua:

Ninguém ensina nada a ninguém nesta Casa, mas é bom que se rememorem certos princípios. Recomendamos os estudiosos de hermenêutica constitucional que os direitos e garantias inscritos na Constituição devem ser interpretados de modo a emprestar-se a esses direitos e garantias a máxima eficácia. De resto, aliás, a máxima eficácia é recomendada para todas as normas constitucionais, principalmente para as materialmente constitucionais e aqui temos uma norma materialmente constitucional.

Conforme vimos, na substituição tributária “para frente”, é assegurada a restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido. Ora, se o fato gerador tem, na base de cálculo, a sua expressão valorativa, ou a sua dimensão material, força é convir que o fato gerador se realiza nos termos nos termos dessa sua dimensão material, nem amis, nem menos.
(...)

Esta cláusula, Sr. Presidente, é ofensiva à garantia inscrita no § 7º do art. 150 da Constituição Federal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

Por fim, embora vencido, é importante destacar a análise do Ministro Carlos Veloso sobre a aplicabilidade da substituição tributária sem o direito a restituição e o conseqüente enriquecimento ilícito da Administração Pública:

Vejam, Srs. Ministros, a que ponto pode-se chegar, se não for declarada a inconstitucionalidade da cláusula 2ª do Convênio ICMS 13/97, que nega o direito à restituição do excesso de ICMS recolhido: o fisco poderá fixar, na pauta de valores, para o fim de ser recolhido o ICMS, valor superior ao de mercado, valor superior ao preço pelo qual o bem será vendido. Não obtido, depois, o preço da pauta de valores, terá o poder público se locupletado ilicitamente, terá havido enriquecimento ilícito, o que a teoria geral do direito repele, o que o senso comum dos homens não admite. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 08 de agosto de 2002. DJ 22/11/2002)

5. A MUDANÇA JURISPRUDENCIAL E O RE 593.849/MG

A partir do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851, visto seu efeito vinculante, foi definido que a presunção do fato gerador do ICMS recolhido por substituição tributária é definitiva e, portanto, não caberia a restituição do valor recolhido em excesso, salvo se o fato gerador não se realizar. Todavia, tanto os contribuintes quanto parte dos

doutrinadores continuaram a defender a inconstitucionalidade da matéria, como Hugo de Brito Machado:

O ICMS antecipado, que deveria ser calculado sobre o preço praticado nas vendas subsequentes, é calculado sobre um valor arbitrariamente atribuído pelas autoridades fazendárias. Colocou-se, então, a questão de saber se o valor pago antecipadamente seria definitivo, ou se como simples antecipação ficaria sujeito a ajuste em face da realização das operações subsequentes, com a restituição do excedente ou a cobrança da diferença paga a menor.

Admitir que o valor antecipado é definitivo implica restabelecer a antiga pauta fiscal, há muito repelida pelo Supremo Tribunal Federal. Mesmo assim a Corte Maior o acolheu em julgamento do dia 8 de maio deste ano, no qual afirmou a constitucionalidade de lei estadual que o afirma. Prevaleceu o argumento do Min. Ilmar Galvão, relator do caso, a dizer que a finalidade da substituição tributária, por meio da presunção de valores, é justamente tornar viável o sistema de arrecadação do ICMS, porque haveria enorme dificuldade se fosse necessário considerar o valor real de cada operação realizada por inúmeros contribuintes. (MACHADO, 2010, p. 401)

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal ainda enfrentaria o tema por diversas vezes e por variados instrumentos, sendo um deles o Recurso Extraordinário nº 593.849/MG, quando em decisão histórica o Tribunal modificou seu entendimento e fixou tese de repercussão geral na direção de que é devida a restituição do imposto pago a maior caso a base de cálculo efetiva seja menor que a presumida, conforme ementa seguinte:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851.

1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: **“É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”**.
2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições.
3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS.
4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta.
5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado.
6. Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.
7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado.
8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 de outubro de 2016)

A complexidade da discussão e relevância da matéria são expostos no introito do voto do relator, assim como o conflito entre a defesa do interesse do fisco e a defesa dos direitos constitucionais dos contribuintes, *in verbis*:

Inicialmente, cumpre esclarecer o objeto do presente julgamento, uma vez que a matéria relativa ao direito à restituição de eventual diferença entre a base presumida recolhida e a historicamente realizada é tema que ocupa as sessões desta Corte há diversas décadas, visto o grau de relevância da questão, seja para a higidez financeira dos Estados-membros, seja para a concretização do Estatuto Constitucional dos Contribuintes. Está em mesa impasse a ser enfrentado e solvido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 de outubro de 2016)

Eis a grande mudança propiciada pelo julgamento em análise, pois não se alterou apenas a interpretação da lei em controle de constitucionalidade, mas, principalmente, foi sedimentado e garantido o direito do contribuinte diante da arbitrariedade do Estado.

A decisão é um marco no fortalecimento do Estado Democrático de Direito, posto que garante que o Estado não cobrará além do determinado em lei e nem se enriquecerá ilicitamente às custas do contribuinte.

Nessa linha temos o trecho do voto do Ministro Marco Aurélio Mello:

Estabeleço algumas premissas – princípios – básicas.

Primeira: não cabe cogitar de tributo devido em definitivo sem que estejam presentes os elementos tributários definidos, emprestando-se a eles envergadura maior, porque remetida a disciplina à lei complementar, no artigo 146 da Constituição Federal.

Segunda premissa: não há tributo sem que se possa cogitar, de início, de vantagem para o cidadão enquadrado como contribuinte. No caso do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços, essa vantagem está no negócio jurídico tal como formalizado, inclusive com preço, na circulação da mercadoria.

Mas há, para mim, outra premissa, princípio, inafastável: a Carta da República não encerra o enriquecimento ilícito, quer por parte do contribuinte, quer, muito menos, por parte do Estado.

E continua:

Então, no que encerra o § 7º do artigo 150 referido, tem-se um tributo fechado, definitivo? A resposta é negativa, Presidente. Tem-se técnica, simples técnica de arrecadação, que visa, até certo ponto, coibir a sonegação fiscal. Não se trata aqui de tributo completo na definição constitucional porque, a preceder esse recolhimento pelo substituto, não há ainda presente o fato gerador a definir os parâmetros do débito tributário. Procede-se, segundo o texto, por estimativa. Não se pode cogitar, nesse estágio de substituição para frente, progressiva, de tributo definitivamente constituído.

Além de a estimativa não ser definitiva – e não é pela própria natureza vernacular do vocábulo –, existe algo a implicar a previsão de acontecimento futuro, que é o fato gerador.

Quem estabelece os parâmetros para esse recolhimento antecipado? O Estado, o sujeito ativo da relação tributária. Qual é a tendência do Estado? Fixar a menor o valor a ser recolhido antes da ocorrência do fato gerador? Não! Principalmente na quadra vivenciada no Brasil, em que os estados estão quebrados ante, até mesmo, o inchaço da máquina administrativa. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 de outubro de 2016)

Em sentido contrário e postulando em favor do fisco, o Ministro Gilmar Mendes repisa o, malfadado, argumento de esvaziamento da sistemática da substituição tributária caso seja provido o recurso:

Eu temo - e aí voltando ao argumento da praticidade - que, ao abriremos para essa verificação, estejamos perdendo de vista que estamos falando, não de milhares, mas de milhões de relações que se realizam diuturnamente e que cumprem esse determinado modelo, claro, dentro de uma dada racionalidade. Se voltarmos a espiolhar isso um a um, vamos, de fato, abrir a caixa de Pandora desse sistema e, talvez, torná-lo inútil. Na questão da interpretação desse dispositivo, a mim, me parece que o elemento-chave é este: será que, depois de ter de fazer a avaliação de cada operação, vai fazer sentido ainda a substi-

tuição tributária? (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 de outubro de 2016)

Por derradeiro, e sintetizando a mudança trazida pelo julgado, temos o trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski abaixo:

Não se argumente, portanto, que a restituição imediata e preferencial do tributo somente é possível na hipótese de incoerência integral do fato gerador, visto que, se o texto constitucional garantiu ao contribuinte um plus, não se admite, como querem alguns, uma interpretação restritiva para afastar o direito de reembolso, caso se verifique um minus, quer dizer, se ocorrer a realização apenas parcial daquele pressuposto.

A interpretação que desautoriza a devolução nesses termos, ademais, também nega vigência ao princípio que veda o enriquecimento sem causa e àquele que garante a repetição do indébito, os quais constituem balizas fundamentais do Direito.

De fato, conforme adverte Marco Aurélio Greco, a autorização constitucional para antecipar a cobrança do devido não implica “uma autorização para cobrar mais do que resultaria da aplicação direta da alíquota sobre a base de cálculo existente ao ensejo da ocorrência do fato legalmente previsto (fato gerador). Antecipa-se o imposto devido; não se antecipa para arrecadar mais do que o devido”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.849. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 19 de outubro de 2016)

Após o julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.849/MG e com o novo precedente firmado, as demais ações, sobre o mesmo tema, pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal seguiram o mesmo entendimento, como é o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.675/PE, com a ementa a seguir:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRIBU-TÁRIO. COMPATIBILIDADE DO INC. II DO ART. 19 DA LEI 11.408/1996 DO ESTADO DE PERNAMBUCO COM O § 7º DO ART. 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, QUE AUTORIZA A RESTITUIÇÃO DE QUANTIA COBRADA A MAIOR NAS HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBU-

TÁRIA PARA FRENTE EM QUE A OPERAÇÃO FINAL RESULTOU EM VALORES INFERIORES ÀQUELES UTILIZADOS PARA EFEITO DE INCIDÊNCIA DO ICMS. ADI JULGADA IMPROCEDENTE.

I – Com base no § 7º do art. 150 da Constituição Federal, é constitucional exigir-se a restituição de quantia cobrada a maior, nas hipóteses de substituição tributária para frente em que a operação final resultou em valores inferiores àqueles utilizados para efeito de incidência do ICMS.

II – Constitucionalidade do inc. II do art. 19 da Lei 11.408/1996 do Estado de Pernambuco.

III - Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.675. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 19 de outubro de 2016)

6. CONCLUSÃO

A tributação, por ser tema sensível e que envolve inúmeros interesses, em especial econômicos, sempre será tema recorrente nos tribunais, em vista também de ser matéria extensamente disposta na Constituição Federal.

Desenvolvido o tema proposto, pode-se observar as significativas contribuições e influências que as decisões do Supremo Tribunal Federal deram ao tema da substituição tributária.

Nesse quadro, é cristalina a mudança no posicionamento da Suprema Corte, pois ao enfrentar pela primeira vez o tema da restituição do ICMS recolhido em excesso, sob o argumento de evitar a sonegação, julgou a favor do fisco, entendendo que o fato gerador presumido é definitivo e, portanto, não cabia qualquer restituição, salvo se o fato gerador real não ocorresse.

Não podemos esquecer que a substituição tributária causa grande impacto nas finanças das empresas (contribuintes de direito), haja vista, que recolhem o tributo sem ter sequer vendido o produto, isto é, a antecipação de pagamento do tributo tem efeito de descapitalizar o contribuinte, o que exige um maior apuro no planejamento tributário.

Assim, a relevância do julgamento do RE 593.849/MG está justamente na decisão em favor do contribuinte, ou seja, o STF, ao rever seu precedente, fortaleceu a luta dos contribuintes ante os abusos do fisco, baseado no texto constitucional que dispõe também sobre direitos e garantias do contribuinte.

Na decisão, o Supremo Tribunal Federal corrigiu um erro histórico, consubstanciado no impedido de restituição do imposto recolhido a maior, que possibilitava o enriquecimento ilícito da administração pública em detrimento do contribuinte.

Desta feita, conclui-se que a jurisprudência, ou melhor, o Poder Judiciário através de suas decisões, foi primordial no aprimoramento e na aplicabilidade da substituição tributária, permitindo, a partir de sua posição “garantista”, um avanço na concretização da justiça fiscal.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Portal da legislação, Brasília, 25 de outubro 1966. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968*. Estabelece normas gerais de direito financeiro, aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, 31 de dezembro 1968. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0406.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei Complementar nº 44, de 7 de dezembro de 1983*. Altera o Decreto-lei nº 406, de 31 de dezembro de 1968, que estabelece normas gerais de Direito tributário, e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, 7 de dezembro 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp44.htm. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. *Lei Complementar nº 87, de 13 de setembro de 1996*. Dispõe so-

bre o imposto dos Estados e do Distrito Federal sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, e dá outras providências. (LEI KANDIR). Obra coletiva de autoria da editra Saraiva. 24. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Nacional de Política Fazendária. *Convênio ICM 66/88*. Fixa normas para regular provisoriamente o ICMS e dá outras providências. Portal da legislação, Brasília, 14 de dezembro 1988. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1988/CV066_88. Acesso em 27 mai. 2021.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Nacional de Política Fazendária. *Convênio ICMS 13/97*. Harmoniza procedimento referente a aplicação do § 7º, artigo 150, da Constituição Federal e do artigo 10 da Lei Complementar 87/96, de 13.09.96.. Portal da legislação, Florianópolis, 21 de março de 1997. Disponível em: https://www.confaz.fazenda.gov.br/legislacao/convenios/1997/cv013_97. Acesso em 27 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.851/AL – Alagoas*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 08 de agosto de 2002. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266781>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.675/PE – Pernambuco*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=-TP&docID=13120658>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 77.462/MG – Minas Gerais*. Relator: Ministro Bilac Pinto. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 27 de fevereiro de 1975. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=172923>. Acesso em: 27 mai. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 213.396/SP – São Paulo*. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 2 de agosto de 1999. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=244778>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 220. 037/SP – São Paulo*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 5 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=74860511>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593.849/MG – Minas Gerais*. Relator: Ministro Edson Fachin. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos. Brasília, 19 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12692057>>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CARLOS, Américo Brás. *Impostos teoria geral*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CARNEIRO, Cláudio. *Impostos federais, estaduais e municipais*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRECO, Marco Aurélio. *Substituição Tributária – Antecipação do Fato Gerador*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HARADA, Kiyoshi. *ICMS: Doutrina e Prática*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito tributário*. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

O princípio da legalidade tributária e a taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica: uma crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 838.284

Ernando Simião Da Silva Filho¹

RESUMO

No presente trabalho, parte-se da hipótese de que, no ordenamento jurídico pátrio, não há exceções ao Princípio da Legalidade Tributária além daqueles elencados na Constituição Federal de 1988. Faz-se uma breve digressão histórica do referido princípio, no mundo e na história constitucional brasileira, utilizando-se do método de pesquisa bibliográfica.

Tem-se por finalidade demonstrar a inconstitucionalidade da taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica – ART, instituída pela Lei n. 6.496/1977, o que implica a sustentação de que o Supremo Tribunal Federal errou e transbordou suas funções ao julgar constitucional o referido tributo no âmbito do RE n. 838.284.

Palavras chaves: Direito Constitucional. Direito Tributário. Princípio da Legalidade Tributária. Anotação de Responsabilidade Técnica. Inconstitucionalidade.

¹ Bacharel em Direito pela UFPE. Especialista em Direito Administrativo pela UNIDERP. Mestre em Direito do Estado pela USP. Ex-Procurador do Estado de Rondônia. Procurador do Estado do Amazonas e Advogado.

1. INTRODUÇÃO

Partindo-se da hipótese de que, no ordenamento jurídico pátrio, não há exceções ao Princípio da Legalidade Tributária além daqueles elencados na Constituição Federal de 1988, é necessária uma breve digressão histórica do referido princípio, no mundo e na história constitucional brasileira, utilizando-se do método de pesquisa bibliográfica.

Restringindo-se mais ao tema, faz-se uma explanação acerca da regra matriz de incidência tributária da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), o instrumento através do qual o profissional de engenharia e arquitetura registra as atividades técnicas solicitadas através de contratos para o qual foi contratado. Instituída pela Lei n. 6.496/1977, possui natureza jurídica de taxa de polícia, pois é devida em função do exercício pelos Conselhos de Engenharia e Arquitetura de fiscalização das respectivas profissões, verdadeiras autarquias federais, conforme entendimento antigo do Supremo Tribunal Federal².

Discute-se, então, o caminho trilhado no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n. 838.284, no qual restou consignada a possibilidade de que em algumas taxas de fiscalização elementos quantitativos da regra matriz podem ser fixados por ato infralegal. Analisa-se se o STF exorbitou de sua função em tal julgamento, criando nova hipótese de exceção ao Princípio da Legalidade Tributária insculpido na Constituição Federal além daqueles ali listados.

2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA

O Princípio da Legalidade Tributária, historicamente, está de forma intrínseca associado ao Estado de Direito. Comumente, cita-se o disposto na *Magna Charta Libertatum* de 1215, *no taxation without representation*, imposta pela nobreza da época ao Rei da Inglaterra João Sem Terra, como o natalício da submissão da instituição de tributos à reserva de lei aprovada pelos cidadãos. Todavia, há diversos registros históricos de dispositivos jurídicos, bem anteriores a *Magna Charta*, que refletem o aludido princípio, não tendo sido o caso inglês o pioneiro.

A ideia de que os tributos devem ser instituídos através de assembleias representativas, ou seja, deve ser um sacrifício instituído voluntária e legitimamente pelos contribuintes, autotributação³, vem desde o Século VII.

2 Mandado de Segurança n. 22.643, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.12.1998.

3 XAVIER, Alberto. **Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 6-7.

Luís Eduardo Schoueri registra que o Editto de Paris de 614, um tratado entre reis inimigos no Reino dos Francos, já denotava a proibição de um tributo instituído sem a concordância dos súditos:

Houve uma grande assembleia que resultou no referido Editto, segundo o qual “em qualquer lugar onde um novo tributo tenha sido dolosamente introduzido e incitado o povo à resistência, o assunto será investigado e o tributo bondosamente abolido”, ali se identificando a proibição contra um tributo inaudito (“exactio inaudita”).⁴

Na realidade, houve toda uma evolução de costumes, ao longo de séculos, para que se culminasse na *Magna Charta*:

Noticia-se um imposto sobre patrimônio mobiliário, o *saladin tithe*, cobrado por Henrique II, em 1188, para enfrentar as despesas da cruzada contra Saladino. Este tributo foi aprovado pelo Conselho Nacional do rei, mas o procedimento de cobrança foi aprovado pelo *jury of neighbours*. O mesmo procedimento foi adotado em 1198, na cobrança do *carucage*. Vê-se, daí, uma ligação entre *taxation* e *representation*, que nunca mais se abandonou. Quando João II tentou abandonar a prática, sofreu resistência, que culminou com a *Magna Carta* de 1215.⁵

No direito pátrio, o Princípio da Legalidade Tributária é albergado pelas constituições desde a época do Império. Já a Constituição de 1824⁶ determinava:

Art. 36. É privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa.

I. Sobre Impostos.

(...)

4 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 1ª ed. 2011, p. 269.

5 Idem, p. 270.

6 BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

A legalidade tributária teve guarida expressa em todas as constituições brasileiras, salvo a de 1937⁷. Na Constituição de 1988⁸, o Princípio é espousado com a seguinte redação:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

O Princípio da Legalidade Tributária ou da Reserva Legal, enquanto norma constitucional direcionada ao Poder Público, é uma espécie de limitação ao poder de tributar. Como reflexo no campo tributário do disposto no art. 5º, inciso II, da Constituição de 1988⁹, o constituinte originário, em norma considerada cláusula pétrea, por ser direito individual fundamental, determina que a lei, em sentido estrito, é a única fonte jurídica de instituição de deveres impositivos tributários aos cidadãos:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

A Carta Maior impõe lei para exigir ou aumentar tributo. Portanto, qualquer alteração na norma impositiva que implique pagamento novo, ou a maior, de obrigação tributária, deve ser veiculada através de lei. Sendo assim, tem-se como corolário que o Princípio da Reserva Legal Tributária impõe a instituição da Regra Matriz de Incidência Tributária, em todos os seus elementos, por intermédio apenas de lei *stricto sensu*, sendo vedada a utilização, para tal fim, de atos normativos infralegais.

7 Rodrigues, Gutenberg Lima; Rodrigues, Maria Ignez Brown. **Os princípios da legalidade e da anualidade dos tributos nas Constituições brasileiras**. Revista de informação legislativa, v. 9, n. 34, p. 117-154, abr./jun. 1972. P. 124. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180505>>. Acesso em. 15 abr. 2019.

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

9 (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Elementos assessórios da norma impositiva, que não impliquem exigência nova ou aumento real no valor a ser pago, *contrario sensu*, não necessitam de lei para regulamentação. Por exemplo, fixação de prazo para pagamento ou mera atualização monetária da base de cálculo. Conforme Alberto Xavier, o referido Princípio

(...) exige que os elementos integrantes do tipo sejam de tal modo precisos e determinados na sua formulação legal que o órgão de aplicação do direito não possa introduzir critérios subjetivos de apreciação na sua aplicação correta. Por outras palavras: exige a utilização de conceitos determinados, entendendo-se por estes (e tendo em vista a indeterminação imamente a todo o conceito) aqueles que não afetam a segurança jurídica dos cidadãos, isto é, a sua capacidade de previsão objetiva dos seus direitos e deveres tributários.¹⁰

No mesmo sentido, o escólio de Leandro Paulsen:

Como se vê, a legalidade tributária exige que os tributos sejam instituídos não apenas com base em lei ou por autorização legal, mas pela própria lei. Só à lei é permitido dispor sobre os aspectos da norma tributária impositiva: material, espacial e temporal, pessoal e quantitativo. A legalidade implica, pois reserva absoluta de lei, também designada de legalidade estrita.¹¹

Esse é o esboço do Princípio da Legalidade Tributária, o qual estabelece que todos os elementos da regra matriz de incidência tributária de um tributo, quais sejam, os aspectos espacial, temporal, material, pessoal e quantitativo, devem estar definidos em lei *stricto sensu*.

10 XAVIER, Alberto. **Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva**. São Paulo: Dialética, 2001, p. 19.

11 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 8ª ed. 2017, p. 130.

3. REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA (RMIT) DA TAXA DE ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA (ART)

A Taxa de Registro da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) é um tributo, da espécie taxa, cobrado em função do exercício do Poder de Polícia por parte dos conselhos de fiscalização das profissões, os quais têm natureza de autarquias, como dito. Assim entendem, pacificamente, os tribunais superiores pátrios:

TRIBUTÁRIO. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA. EXAÇÃO COBRADA PELO CONFEA E CREAS EM VIRTUDE DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NATUREZA JURÍDICA. TAXA DE POLÍCIA. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(STJ. REsp N. 742.217/GO)

ADMINISTRATIVO. CONSELHO REGIONAL DE ENGENHARIA, ARQUITETURA E AGRONOMIA - CREA. ANOTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE TÉCNICA - ART. TAXA EXIGÍVEL NOS CONTRATOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA. INEXIGIBILIDADE DA EMPRESA FORNECEDORA DE MATERIAIS PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL.

1. É cediço que “Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras, ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à ‘Anotação de Responsabilidade Técnica’ (ART)” (art. 1º da Lei n.º 6.469/77).

2. A Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, instituída pela Lei n.º 6.496/77, pela sua ratio, exclui pessoas físicas e empresas inabilitadas ao exercício das atividades de Engenharia, para as quais se exige o conhecimento e domínio da técnica. Prestigia-se, assim, a livre iniciativa e o bom exercício profissional sobretudo em favor da coletividade, uma vez que a ART, de acordo com o art. 2º, da mesma lei, tem por objetivo individualizar o profissional, tornando efetivas as prerrogativas inerentes ao CREA quando da fiscalização do exercício da profissão.

3. O pagamento de referida taxa pressupõe a existência de contrato de prestação de serviços pelo qual o engenheiro se responsabiliza pela obra. Precedentes.
 4. A Anotação de Responsabilidade Técnica é pressuposto da execução de serviços de engenharia e não do fornecimento de matéria-prima para a construção civil.
 5. Recurso especial provido.
- (STJ. REsp 478812/PR)

Segundo Paulo de Barros Carvalho¹², a norma instituidora de tributo, chamada de Regra Matriz de Incidência Tributária, deve conter cinco elementos básicos, sem os quais não é possível a incidência e conseqüente exação: i) critério material ii) critério espacial iii) critério temporal iv) critério pessoal e v) critério quantitativo. Na sua integridade constitutiva, seguindo a lógica deôntica do dever-ser, os elementos **i**, **ii** e **iii** representam a hipótese e os **iv** e **v**, o conseqüente da norma.

A hipótese, ou fato gerador abstrato, somente se transforma em fato jurídico (fato gerador concreto) quando os elementos **i**, **ii** e **iii** ocorrem no mundo fenomênico. A partir de então, o tributo é exigível do sujeito passivo apontado pela norma (critério pessoal), no valor legalmente estabelecido (critério quantitativo).

Inconteste a necessidade de lei, em sentido estrito, para a fixação de todos os elementos da Regra-Matriz de Incidência Tributária (RMIT) de qualquer taxa, veja-se o caso da Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica (ART). O texto normativo instituidor do tributo é a Lei n. 6.496/1977, complementado pela Lei n. 12.514/2011, art. 11. Relativamente aos elementos da RMIT da ART, os critérios espaciais, temporais e materiais podem ser inferidos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 6.496/1977¹³.

Acerca dos demais elementos da Regra Matriz de Incidência Tributária da ART, base de cálculo e alíquota, ou seja, o critério quantitativo, a lei instituidora¹⁴ dispõe:

12 Carvalho, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 22ª ed. 2010, p. 294-296.

13 **Art 1º** - Todo contrato, escrito ou verbal, para a execução de obras ou prestação de quaisquer serviços profissionais referentes à Engenharia, à Arquitetura e à Agronomia fica sujeito à "Anotação de Responsabilidade Técnica" (ART).
Art 2º - A ART define para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia, arquitetura e agronomia.
§ 1º - A ART será efetuada pelo profissional ou pela empresa no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), de acordo com Resolução própria do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA). (...)

14 BRASIL. LEI N. 6.496, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1977. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6496.htm. Acesso em. 15 abr. 2019.

Art 2º - A ART define para os efeitos legais os responsáveis técnicos pelo empreendimento de engenharia, arquitetura e agronomia.

§ 1º - A ART será efetuada pelo profissional ou pela empresa no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA), de acordo com Resolução própria do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CONFEA).

§ 2º - O CONFEA fixará os critérios e os valores das taxas da ART ad referendum do Ministro do Trabalho.

A especificação do critério quantitativo do tributo é complementada pela Lei n. 12.514/11¹⁵:

Art. 11. O valor da Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, prevista na Lei no 6.496, de 7 de dezembro de 1977, não poderá ultrapassar R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais).

Parágrafo único. O valor referido no caput será atualizado, anualmente, de acordo com a variação integral do Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, calculado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, ou índice oficial que venha a substituí-lo.

Conforme se percebe da leitura perfunctória dos dispositivos, não obstante a lei fixe um valor máximo a ser cobrado, a definição do montante da taxa será estabelecida por resolução dos Conselhos Federais de Engenharia e Arquitetura, em flagrante infringência ao Princípio da Legalidade Tributária. Apesar desta leitura, o Supremo Tribunal Federal entendeu, no Recurso Extraordinário n. 838.284, com repercussão geral, que *não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal*¹⁶.

15 BRASIL. LEI Nº 12.514, DE 28 DE OUTUBRO DE 2011. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6496.htm. Acesso em. 15 abr. 2019.

16 Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “**Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal**, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos”. O Ministro Marco Aurélio, vencido no mérito, não participou da formulação da tese. Em seguida, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, indeferiu o pedido de modulação. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello,

Quanto ao critério pessoal, o §1º, do art. 2º, determina que o profissional ou empresa sejam os sujeitos passivos. Entrementes, o problema surge quando da pesquisa acerca do aspecto quantitativo da RMIT da ART (alíquota e base de cálculo). Dispõe o §2º do art. 2º da referida lei:

§ 2º - O CONFEA fixará os critérios e os valores das taxas da ART ad referendum do Ministro do Trabalho.

Ou seja, não é possível deduzir da lei a alíquota, nem a base de cálculo do tributo, podendo-se concluir tão somente que o valor máximo a ser cobrado é de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) por anotação. O valor exato é definido pelo Conselho Federal de Engenharia e Agricultura, autarquia federal de fiscalização de profissões, através de resolução.

O Conselho Federal de Engenharia, e Agronomia (CONFEA) editou, então, a Resolução n. 1.067/2015¹⁷, dispondo sobre elementos da RMIT da ART e fixando o critério quantitativo da taxa. Na mesma toada, o CONFEA foi além da determinação legal ao possibilitar a presença das pessoas jurídicas de direito público no polo passivo da obrigação tributária:

Art. 1º Fixar os critérios para cobrança de registro da Anotação de Responsabilidade Técnica – ART referente a execução de obra, prestação de quaisquer serviços profissionais ou desempenho de cargo ou função referentes à Engenharia e Agronomia no Crea da circunscrição onde a atividade será realizada.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo também se aplica ao vínculo de profissional, tanto a **pessoa jurídica de direito público** quanto de direito privado, para o desempenho de cargo ou função técnica que envolva atividades para as quais sejam necessários habilitação legal e conhecimentos técnicos nas profissões abrangidas pelo Sistema Confea/Crea.
(sem grifos no original)

Eis o desenho normativo da Regra Matriz de Incidência Tributária da ART.

e, nesta assentada, o Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 19.10.2016. (STF - DJe nº 229/2016, 26 out. 2016, p. 11).

17 CONFEA. RESOLUÇÃO Nº 1.067, DE 25 DE SETEMBRO DE 2015. Disponível em <<http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=57697>>. Acesso em. 15 abr. 2019.

4. TAXA DE ART, PRINCÍPIO DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA E A DECISÃO DO STF NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 838.284.

O Princípio da Legalidade é de suma importância para a defesa dos direitos fundamentais do contribuinte. Todos os elementos do tributo devem ser descritos detalhadamente em lei em sentido estrito. Seu fundamento encontra-se em texto expresso da Carta Magna:

Art. 5º (...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

Como já demonstrado acima, o Princípio da Legalidade Tributária implica a necessidade de disposição literal, em lei stricto sensu, de todos os aspectos da regra matriz de um tributo. Quando o constituinte quis excepcionar o princípio, por razões de ordem prática e extrafiscal, o fez de forma expressa.

Por exemplo, o art. 153, §1º, da Constituição Federal, permite ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos sobre: importação de produtos estrangeiros (II); exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados (IE); produtos industrializados (IPI); e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários (IOF).

O mesmo ocorre com relação à contribuição de intervenção no Domínio Econômico relativa às atividades de importação ou comercialização de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível, já que o art. 177, § 4o, I, “b”, do texto constitucional prevê que sua alíquota pode ser reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo.

De igual forma é o tratamento em relação ao ICMS sobre combustíveis e lubrificantes. Nesse caso, a Constituição Federal excepciona o caráter plu-

rifásico do imposto, exigindo que ele incida “uma única vez, qualquer que seja a sua finalidade (art. 155, § 2o, XII, “h”), devendo sua alíquota, então, ser definida mediante deliberação dos Estados e Distrito Federal mediante convênio (art. 155, § 4o, IV). Conforme Luís Eduardo Schoueri,

Não há mitigação tácita ao Princípio da Legalidade em matéria tributária. Quando o constituinte assim desejou, ele expressamente previu a possibilidade de o Executivo, nos limites da lei, alterar as alíquotas.

Por outro lado, a mitigação dá-se apenas com referência à alíquota; todos os demais aspectos da hipótese tributária devem estar fixados pela lei, não podendo ser modificados pelo Poder Executivo.¹⁸

Como se deduz da leitura dos dispositivos constitucionais, as taxas não fazem parte do rol de exceções ao Princípio da Legalidade Tributária, que, logicamente, somente pode ser mitigado pela própria Constituição. Poder-se-ia alegar, inclusive, que, por ser a referida norma cláusula pétrea, nem através de emenda constitucional seria possível adicionar mais alguma exceção à legalidade. Entrementes, tal hipótese foge ao escopo do presente trabalho.

Assim, sendo a Legalidade Tributária uma limitação constitucional ao poder de tributar, é papel da lei complementar operacionalizar sua regulamentação, conforme determina a Constituição de 1988¹⁹.

O Código Tributário Nacional, Lei n. 5.172/1966²⁰, ordinária na origem, mas com status atual de lei complementar, uma vez que fora recepcionada pelo constituinte de 1988, regulamenta com bastante percuciência o tema, verbis:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

- I - a instituição de tributos, ou a sua extinção;
- II - a majoração de tributos, ou sua redução, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;
- III - a definição do fato gerador da obrigação tributária prin-

18 SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. cit., p. 294.

19 Art. 146. Cabe à lei complementar:
(...)

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

20 BRASIL. **LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

cipal, ressalvado o disposto no inciso I do § 3º do artigo 52, e do seu sujeito passivo;

IV - a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65;

V - a cominação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

§ 1º Equipara-se à majoração do tributo a modificação da sua base de cálculo, que importe em torná-lo mais oneroso.

§ 2º Não constitui majoração de tributo, para os fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

(sem grifos no original)

Ou seja, o Código Tributário Nacional, lei regulamentadora das limitações ao poder de tributar, determina que apenas a lei em sentido estrito pode estabelecer a fixação de alíquota do tributo e da sua base de cálculo, ressalvado o disposto nos artigos 21, 26, 39, 57 e 65. Os art. 21 e 26 tratam das alíquotas e bases de cálculo do Imposto de Importação e do Imposto de Exportação. O art. 39 permite a limitação da alíquota do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis por resolução do Senado. O art. 57 foi revogado e o art. 65 permite Poder Executivo, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguro, e sobre Operações Relativas a Títulos e Valores Mobiliários (IOF).

Destarte, não há qualquer permissão, constitucional ou legal, para fixação de base de cálculo ou alíquota de qualquer tributo fora das hipóteses constitucionais já ventiladas. Veja-se, nesse sentido, o que diz a doutrina:

A legalidade tributária constitui garantia fundamental do contribuinte, sendo, portanto, cláusula pétreia, conforme destacado em nota introdutória às limitações ao poder de tributar. As atenuações à legalidade (autorizações para que o Executivo altere alíquotas) são apenas as expressas no art. 153, § 1º, da CF. A referência, em tal dispositivo, ao II, IE, IPI e IOF é taxativa, não admitindo ampliação sequer por

Emenda Constitucional.²¹

Reserva legal absoluta. A legalidade estrita em matéria tributária constitui garantia fundamental prevista no art. 150, I, da CF, que é autoaplicável. O art. 97 do CTN visa a regulamentar a legalidade, tendo a virtude de esclarecer o seu alcance. Nessa medida, foi recepcionado.²²

Ou seja, Leandro Paulsen corrobora o que é defendido até aqui, a assertiva de que as únicas exceções ao Princípio da Legalidade Tributária são aqueles expressamente elencados no texto constitucional, não cabendo sequer a inserção de nova hipótese através de emenda constitucional.

No plano da concretização das exceções supra referidas, ressalte-se a necessidade de lei *stricto sensu*. Nesse sentido o escólio de Paulo de Barros Carvalho:

Em outras palavras, qualquer das pessoas políticas de direito constitucional interno somente poderá instituir tributos, isto é, descrever a regra-matriz de incidência, ou aumentar os existentes, majorando a base de cálculo ou a alíquota, mediante a expedição de lei.

O veículo introdutor da regra tributária no ordenamento há de ser sempre a lei (sentido lato), porém o princípio da estrita legalidade diz mais do que isso, estabelecendo a necessidade de que a lei adventícia traga no seu bojo os elementos descritores do fato jurídico e os dados prescritores da relação obrigacional. Esse plus caracteriza a tipicidade tributária, que alguns autores tomam como postulado imprescindível ao subsistema de que nos ocupamos, mas que pode, perfeitamente, ser tido como uma decorrência imediata do princípio da estrita legalidade.²³

No mesmo diapasão, Aliomar Baleeiro:

Somente a lei, formalmente compreendida, vale dizer, como ato oriundo do Poder Legislativo, é ato normativo próprio à

21 Paulsen, Leandro. **Direito Tributário – Constituição e Código Tributário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 14ª ed. 2012, p. 153.

22 Idem, p. 840.

23 Carvalho, Paulo de Barros. Op. Cit. P. 98.

criação dos fatos jurígenos, deveres e sanções tributárias. A anterioridade e a irretroatividade, o afastamento da analogia e dos costumes, no que concerne à instituição dos tributos e sua quantificação, reforçam, com extrema energia, a segurança jurídica.”²⁴

(...)

Certo é que a Constituição exige lei para criação ou majoração do tributo. E aos princípios inerentes ao regime adotado na Constituição Federal repugna que a lei, para tal fim, seja substituída por um ato do Executivo.²⁵

Portanto, como um dos elementos fundamentais da Taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica não está fixado em lei *stricto sensu*, mas em resolução de autarquia, em clara delegação de competência tributária ilegítima, tem-se que a exação do tributo em tela é INCONSTITUCIONAL, ainda que a Lei n. 12.514/2011 limite a alíquota máxima.

A ART é inexigível *ab initio*, o que implica a necessidade de repetição dos valores pagos e a negativa de pagamento *pro futuro*.

Quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, em repercussão geral, que “*Não viola a legalidade tributária a lei que, prescrevendo o teto, possibilita o ato normativo infralegal fixar o valor de taxa em proporção razoável com os custos da atuação estatal, valor esse que não pode ser atualizado por ato do próprio conselho de fiscalização em percentual superior aos índices de correção monetária legalmente previstos*”, a Corte agiu como verdadeiro legislador constituinte. Ressalte-se que a suprema Corte foi de encontro ao próprio entendimento histórico, de acordo com o qual os critérios das taxas deveriam ser estabelecidos através de lei *stricto sensu, exempli gratia*:

CUSTAS E EMOLUMENTOS. NATUREZA JURÍDICA. NECESSIDADE DE LEI PARA SUA INSTITUIÇÃO OU AUMENTO. ESTA CORTE JÁ FIRMOU O ENTENDIMENTO SOB A VIGENCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69, DE QUE AS CUSTAS E OS EMOLUMENTOS TÊM A NATUREZA DE TAXAS, RAZÃO POR QUE SÓ PODEM SER FIXADAS EM LEI, DADO O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RESERVA LEGAL PARA A INSTITUIÇÃO OU AUMENTO DE TRIBUTO. PORTANTO, AS

24 Baleeiro, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. Rio de Janeiro: Forense. 7ª ed. 2006, p. 73.

25 Idem, p. 78.

NORMAS DOS ARTIGOS 702, I, 'G', E 789, PARAGRAFO 2., DA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO NÃO FORAM RECEBIDAS PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 1/69, O QUE IMPLICA DIZER QUE ESTAO ELAS REVOGADAS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.

(RE 116208, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, DJ 08-06-1990)

Não obstante o valor máximo do aspecto quantitativo da ART seja de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), pela primeira vez a base de cálculo de um tributo não foi fixada em lei. A Resolução n. 1.067/2015 do CONFEA é que determina a base de cálculo da taxa, tendo como parâmetro o valor do contrato, e, a partir daí, atribui os valores a serem pagos.

O Supremo Tribunal Federal, no caso em tela, em decisão claramente política, pois estava em jogo a sobrevivência financeira dos conselhos profissionais, legislou e criou mais uma hipótese mitigadora do Princípio da Legalidade Tributária, conferindo às aludidas autarquias a autorização para determinar a base de cálculo e alíquota da taxa de registro da Anotação de Responsabilidade Técnica.

5. CONCLUSÃO

Conforme tudo o que foi visto, restou demonstrado que não há espaço, mesmo através de uma técnica interpretativa mais aberta, para conceber-se nova hipótese de mitigação do Princípio da Legalidade Tributária que permita a fixação, mesmo com limite, do aspecto quantitativo da RMIT da taxa da ART. Outrossim, sequer a interpretação analógica ou extensiva é permitida para restringir direitos, conforme a melhor doutrina:

É certo que, em face da legalidade absoluta que deve ser observada para a instituição e a majoração de tributos (art. 150, I, da CF), a analogia não pode ser aplicada para estender a exigência de tributo a situação não prevista expressamente na lei, conforme vedação inequívoca constante do §1º do art. 108 do CTN.²⁶

26 PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva. 8ª ed. 2017, p. 185.

Ao contrário do sistema português²⁷, no qual a reserva legal aplica-se tão somente aos impostos, no brasileiro a legalidade estrita é imposta a todas as espécies tributárias, permitidas apenas as exceções albergadas pelo próprio texto constitucional, regulamentadas pelo Código Tributário Nacional.

No julgamento do Recurso Extraordinário n. 838.284, o Supremo Tribunal Federal, infelizmente, arvorou-se em verdadeiro constituinte originário, pois reconheceu que no caso da taxa de Anotação de Responsabilidade Técnica, instituída pela Lei n. 6496/77, é legítimo que o Conselho Federal de Engenharia e Agronomia fixe a base de cálculo e alíquota do tributo, ainda que limitados ao valor máximo da Lei n. 12.514/11, criando nova hipótese de exceção à reserva legal tributária. Esse é um clássico exemplo de como o ativismo judicial, tão em voga nestes tempos de neoconstitucionalismo, pode ser utilizado por juízes não eleitos (dificuldade contramajoritária) para restringir direitos.

Conclui-se concordando com Oscar Vilhena Vieira, em artigo que trata dos excessos interpretativos do Supremo Tribunal Federal, o qual se tornou o centro das decisões estatais no Brasil de hoje:

Sob esta perspectiva, seria adequado afirmar que, se, por um lado, a liberdade com que o Supremo vem resolvendo sobre matérias tão relevantes demonstra a grande fortaleza que esta instituição adquiriu nas duas últimas décadas, contribuindo para o fortalecimento do Estado de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas. Em um sistema em que os “poderes políticos parecem ter perdido a cerimônia com a Constituição”, nada pode parecer mais positivo do que o seu legítimo guardião exercer a sua função precípua de preservá-la. Porém, ainda que isso possa a ser visto como desejável, sabemos todos que esta é uma tarefa cheia de percalços. Não há consenso entre os juristas sobre como melhor interpretar a Constituição, nem tampouco em como solucionar as inúmeras colisões entre seus princípios. O que não significa que a tarefa não deva ser feita da forma mais racional e controlável possível, como nos sugere Hesse. Há, no entanto, dificuldades que transcendem os problemas estrita-

27 MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. **Princípio da Legalidade Tributária**. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). **Princípio da Legalidade. Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 286-287.

mente hermenêuticos derivados da aplicação de uma Constituição. Estas dificuldades referem-se à própria dimensão da autoridade que se entende adequada a ser exercida por um tribunal dentro de um regime que se pretenda democrático.²⁸

A admoestação é importante porque a doutrina vem sendo caudatária das decisões judiciais com certo conformismo sem uma análise crítica que imponha, ao julgador, responsabilidade em suas decisões.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar*. Rio de Janeiro: Forense. 7ª ed. 2006.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva. 22ª ed. 2010.

PAULSEN, Leandro. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva. 8ª ed. 2017.

_____. *Direito Tributário – Constituição e Código Tributário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 14ª ed. 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva. 1ª ed. 2011.

XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

_____. *Tipicidade da tributação, simulação e norma antielisiva*. São Paulo: Dialética, 2001.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. *Princípio da Legalidade Tributária*. In: BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coord.). *Princípio da Legalidade. Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

RODRIGUES, Gutenberg Lima; RODRIGUES, Maria Ignez Brown. *Os princípios da legalidade e da anualidade dos tributos nas Constituições brasileiras*. Revista de informação legislativa, v. 9, n. 34, p. 117-154, abr./jun.

28 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista Direito GV, jul./dez. 2008, p. 457.

1972. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/180505>>. Acesso em. 15 abr. 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV, jul./dez. 2008, p. 441-464. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v4n2/a05v4n2.pdf>>. Acesso em. 15 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

BRASIL. *LEI Nº 5.172, DE 25 DE OUTUBRO DE 1966*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

BRASIL. *LEIN. 6.496, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1977*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6496.htm>. Acesso em. abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

BRASIL. *LEINº 12.514, DE 28 DE OUTUBRO DE 2011*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6496.htm>. Acesso em. 15 abr. 2019.

CONFEA. *RESOLUÇÃO Nº 1.067, DE 25 DE SETEMBRO DE 2015*. Disponível em <<http://normativos.confea.org.br/ementas/visualiza.asp?idEmenta=57697>>. Acesso em. 15 abr. 2019.

A tutela penal da pessoa indígena: apontamentos acerca da responsabilização penal à luz da Constituição Federal de 1988

Fabio Cardoso Batista¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto de análise o tratamento judicial e doutrinário da tutela penal da pessoa indígena. A pesquisa centrou-se na responsabilização penal do indígena à luz da Constituição Federal de 1988. Trata-se de um trabalho instigante e desafiador, tendo em vista a limitação da literatura jurídica que versa sobre a temática, a interdisciplinaridade do objeto de estudo e das controvérsias oriundas da doutrina e dos julgados sobre a matéria. O texto é resultado de uma pesquisa bibliográfica, a partir de uma revisão da literatura que trata do tema, e de reflexões empíricas acerca da relação do Direito Penal, Povos Indígenas e a Carta da República de 1988. Tais reflexões nascem da inquietude acadêmica em que o objeto de estudo é tratado e de algumas experiências como advogado indígena atuando na seara penal patrocinando causas que envolveram indígenas e que estão entrelaçadas no estudo bibliográfico ora apresentado. Os resultados iniciais demonstram que, para a responsabilização penal da pessoa indígena, o Poder Judiciário tem utilizado os critérios de: 1) índios integrados, 2) índios em vias de integração e 3) índios isolados, previstos na Lei nº 6.001/1973, popularmente

¹ Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, Advogado, Assessor Jurídico da Secretaria de Estado de Justiça Direitos Humanos e Cidadania (setembro 2021).

conhecida como Estatuto do Índio, instaurando descompasso com os postulados e ditames da Constituição Federal de 1988. A pesquisa aponta para necessidade da utilização da Carta Magna de 1988 como núcleo fulcral para a responsabilização penal da pessoa indígena, levando em consideração a diversidade e valores étnicos, culturais, linguísticos existente em solo brasileiro, como forma mais adequada para apreciar e julgar as contendas envolvendo indígenas.

Palavras-chave: Tutela Penal. Pessoa Indígena. Constituição Federal de 1988.

1. INTRODUÇÃO

É justamente em face dessa lacuna jurídica que se constitui a primeira justificativa do presente trabalho, qual seja, a importância de se ampliar os estudos relativos à responsabilização da pessoa indígena à luz da Constituição Federal de 1988, especialmente no ente da federação que concentra a maior população indígena do Brasil, o Estado do Amazonas, de acordo com o censo demográfico do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)², o referido ente abriga uma diversidade étnica, cultural e linguística imensurável espalhadas nos 62 (sessenta e dois) municípios do Amazonas.

Assim, amplificar a discussão e a análise do tratamento jurídico acerca da responsabilização penal da pessoa indígena à luz da Constituição Federal de 1988 no Estado da federação que reúne a maior sociodiversidade étnica do país justificam a concepção do texto em epígrafe.

Nessa linha intelectual, o trabalho se apresenta como uma contribuição teórica na seara penal, especialmente no tocante a discussão e análise do tratamento judicial e doutrinário acerca da responsabilização penal do indígena, bem como aponta proposições com intento de dirimir eventuais controvérsias no tocante a matéria.

O objetivo central desta investigação é analisar a pertinência constitucional dos fundamentos jurídicos que o judiciário e a doutrina utilizam para responsabilização penal da pessoa indígena. Em concomitância com o objetivo geral, apresentam-se os seguintes objetivos específicos: a) analisar criticamente a sistemática predominante adotada pelos tribunais e dou-

2 O Censo do IBGE em 2010 contabilizou cerca de 896.917 indígenas em todo Brasil, desse total 343.836 estão na Região Norte, sendo que o Estado do Amazonas é o que concentra a maior população com aproximadamente 183.514 indígenas. Disponível em: <www.gov.br/funai/pt-br/atuacao/povos-indigenas/o-brasil-indigena-ibge>

trina para imputação penal indígena, e se tais critérios estão em consonância com os preceitos constitucionais; b) oferecer subsídios teóricos, tendo como referência a Carta Magna de 1988, na perspectiva de uma releitura crítica acerca da temática.

O itinerário metodológico percorrido encontra amparo nas lições de Minayo (2009, p. 14), a qual entende que metodologia é “o caminho do pensamento e a prática exercida na abordagem da realidade.”

No caso vertente, o trabalho privilegiou a proposta teórico-metodológica da pesquisa bibliográfica, que se constitui de produções escritas ou documentadas já tornada pública relativas ao objeto de estudo ora apresentado. Lakatos (2019, p. 200) entende que:

[...] pesquisa bibliográfica não é mera repetição do que já foi dito ou escrito sobre certo assunto, visto que propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou abordagem, chegando a conclusões inovadoras.

Cumprido consignar que, além da abordagem bibliográfica, o artigo parte de reflexões empíricas acerca da relação do Direito Penal, Povos Indígenas e Constituição Federal de 1988. Tais reflexões nascem de algumas experiências como advogado indígena no campo do direito penal e que estão entrelaçadas no estudo em referência.

Assim, a pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento de referências teóricas aliada as reflexões empíricas ancoradas em casos práticos consubstanciam as balizas para repensar a responsabilização penal da pessoa indígena a luz da Constituição Federal de 1988.

O eixo central de sustentação do presente texto é a Constituição Federal de 1988, uma vez que a sua promulgação representou o marco do catálogo de direitos fundamentais dos povos indígenas, bem como rompeu o ideário integracionista e assimilacionista que por séculos perseguiu as sociedades indígenas.

Este artigo é dividido em três tópicos. No primeiro, o trabalho tece algumas considerações acerca da Lei nº 6.001/73, popularmente conhecida como Estatuto do Índio, notadamente sobre o conceito de “índio”, a classificação utilizada pela lei, além de outros apontamentos. No segundo momento, o artigo contextualiza e enfatiza a importância da Constituição Federal de 1988 no que tange aos direitos fundamentais dos povos indígenas. E no terceiro momento, realiza uma exposição da responsabilidade penal

sob a ótica da doutrina e dos tribunais brasileiros, bem como apresenta a Carta Constitucional de 1988 como baliza fundamental para a tutela penal da pessoa indígena, levando em consideração toda a diversidade étnica e cultural dos povos indígenas espalhados nos quatro cantos do país.

2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ESTATUTO DO ÍNDIO

Na tentativa de compreender a responsabilização penal indígena, faz-se necessário tecer algumas considerações referentes ao Estatuto do Índio. Tais considerações objetivam expor as principais teses, polêmicas que permeiam a lei e o reflexo dessas teses no ordenamento jurídico brasileiro, muito particularmente sobre tutela penal da pessoa indígena.

Cumprir registrar que a Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973, intitulada “Estatuto do Índio”, foi a primeira legislação que o Estado dedicou a regulamentar a situação jurídica dos povos indígenas em solo brasileiro. Trata-se da principal legislação indigenista em vigor em nosso país, a qual dispõe sobre a assistência estatal, o instituto da tutela, os registros civis, as condições de trabalho, as terras indígenas, os bens e rendas do patrimônio indígena, a educação, a cultura, a saúde e traça apontamentos gerais de normas penais em relação aos indígenas.

O art. 1º do Estatuto estabelece que “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional³”

O dispositivo em questão é cristalino quanto a sua razão de ser, qual seja, fixar o regramento jurídico dos indígenas e de suas comunidades. Noutra vértice, o propósito da Lei nos revela certo paradoxo, nos seguintes termos: afinal de contas, o comando normativo é preservar a cultura indígena? Ou integrá-los, progressiva e harmoniosamente a sociedade envolvente?

A par do momento político e econômico que passava o Brasil, seguramente o dispositivo em comento pendia para integração indígena à comunhão nacional, conforme argumenta Araújo (2006, p. 32):

[...]

Em outras palavras, o objetivo do Estatuto era fazer com que os índios paulatinamente deixassem de ser índios. Tratava-

3 Coletânea da Legislação Indigenista brasileira (2008, p. 45).

-se, portanto, de uma lei cujos destinatários eram como “sujeitos em trânsito”, portadores, por isso mesmo, de direitos temporários, compatíveis com a sua condição e que durariam apenas e enquanto perdurasse essa mesma condição. (Grifou-se)

Em uma análise mais apurada do contexto histórico da edição da Lei, bem como da interpretação sistemática da norma em epígrafe, é possível inferir que o Estatuto traz em seu bojo o ideário assimilacionista, integracionista do indígena a sociedade envolvente. A Lei oscila entre os objetivos: a) respeitar e preservar os valores culturais, usos, costumes e tradições; b) integrar os indígenas a comunhão nacional, sendo este último à finalidade principal.

Atualmente, uma das polêmicas suscitada pelo Estatuto do Índio diz respeito à classificação dos índios em três categorias distintas, sendo o nível/grau de interação com a sociedade não indígena a condicionante para definir em qual das três categorias o indígena está inserido.

Considera-se da maior importância trazer à baila essa discussão, visto que nos dias de hoje, parte dos Tribunais tem se utilizado dessa classificação para apreciar e julgar litígios criminais envolvendo indígenas. Nessa linha de consideração, o art. 4º, e seus incisos seguintes da Lei, assim dispõe:

Art. 4º Os índios são considerados:

I - Isolados - Quando vivem em grupos desconhecidos ou de que se possuem poucos e vagos informes através de contatos eventuais com elementos da comunhão nacional;

II - Em vias de integração - Quando, em contato intermitente ou permanente com grupos estranhos, conservam menor ou maior parte das condições de sua vida nativa, mas aceitam algumas práticas e modos de existência comuns aos demais setores da comunhão nacional, da qual vão necessitando cada vez mais para o próprio sustento;

III - Integrados - Quando incorporados à comunhão nacional e reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis, ainda que conservem usos, costumes e tradições característicos da sua cultura. (grifo meu)

(COLETÂNEA DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA, 2008, p. 46).

A referida classificação reflete a percepção do legislador sobre as sociedades indígenas, pautada numa perspectiva integracionista. Nessa marcha,

Villares (2013, p. 64) entende que “classificar os índios em relação ao seu grau de integração com a sociedade é uma questão superada pela antropologia atual, ainda que alguns argumentem que possa ter alguma utilidade jurídica.”

Outro ponto controvertido sobre o Estatuto se refere ao instituto da tutela. Nesse aspecto, o diploma legal incorporou a linha de entendimento do Código Civil de 1916, ao considerar os índios relativamente incapazes dos atos da vida civil.

A tutela indígena é disciplina no Título II, Capítulo II, da Lei nº 6.001/73 denominada “Da Assistência ou Tutela”, nos moldes do art. 7º, senão vejamos:

Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei.

§ 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se, no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória.

§ 2º **Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas.** (grifou-se)

(COLETÂNEA DA LEGISLAÇÃO INDIGENISTA BRASILEIRA, 2008, p. 47).

A Lei é clara ao estabelecer a incapacidade civil do indígena, de maneira que qualquer ato que o mesmo pratique sem a assistência do órgão federal competente, neste caso a FUNAI, e que possa prejudicá-lo será nulo de plano.

Villares (2013, p. 74) sustenta que o Estatuto do Índio veio regulamentar o instituto da tutela prevista no Código Civil de 1916 “Sem dúvida alguma, o regime tutelar de que fala a emenda ao antigo Código Civil foi regulamentado pela Lei nº 6.001, de 19.12.1973, o Estatuto do Índio.”

Cumpra observar as características da tutela instituída pela Lei nº 6.001/1973, a saber: 1) o Estatuto expressamente afirma que estão sujeitos ao regime tutelar somente os indígenas não integrados a sociedade envolvente, isto é, os ditos índios isolados; 2) a Lei prevê a tutela coletiva quando referencia “as comunidades indígenas”, de modo que aplicabilidade do instituto da tutela nos moldes do Estatuto pode ser individualizada como também coletiva (comunidade ou comunidades indígenas); 3) aos indígenas integrados não caberia o regime tutelar. Em assim sendo, a lei em re-

ferência já admitia a presença indígena fora das aldeias/comunidades em plena interação com a sociedade não indígena.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS DOS POVOS INDÍGENAS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 representou um marco do mais alto relevo no cenário dos direitos dos povos indígenas. É a primeira vez que uma Constituição Federal assegura explicitamente direitos fundamentais destinadas as sociedades indígenas, bem como: a) rompeu com a tradição jurídica conservadora assimilacionista e integracionista; b) inaugurou uma nova era de direitos até então negados e omitidos nas constituições e legislações anteriores; c) reconheceu os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam; d) garantiu o direito de ser indígena, só para citar alguns.

Souza Filho (2012, p. 106) aduz que “A Constituição de 1988 abriu, sem dúvida, um novo capítulo na história das relações entre o Estado e os povos indígenas, o conteúdo desta relação foi revisto.”

A Carta da República dedicou um capítulo específico, intitulado “Dos Índios”, entalhado no Capítulo VIII, Título VIII “Da Ordem Social”. Os artigos 231 e 232 constituem o esteio central dos principais direitos indígenas em matéria constitucional. O caput do art. 231 da Constituição Cidadã assim dispõe:

Art. 231 - CF/88

São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo a União demarcá-la, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

(CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 2007, p. 146).

O diploma constitucional ao declarar que reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, de plano reconhece um direito elementar: o direito do indígena ser indígena.

A Constituição inaugurou e consagrou o direito à diferença, pautada na pluralidade e multiculturalidade étnica, reconhecimento de povos culturalmente distintos da sociedade envolvente, ao mesmo tempo em que incum-

be o Estado, o dever de garantir que esses povos continuem a existir como povos que são. Silva (2001, p. 855) ensina que:

O art. 231 reconhece a organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, com o reconhece a existência de minorias nacionais e institui normas de proteção de sua singularidade étnica, especialmente de suas línguas, costumes e usos.

Villares (2013, p. 43) aponta outro aspecto importante do art. 231 da Constituição Federal, ao considerar que os direitos insculpidos no mencionado artigo devem ser apreciados como direitos fundamentais, mesmo não estando expressamente inscritos no Título II da Constituição. Para ele, o intuito do artigo em questão é dignificar o indígena como ele é:

Os direitos dos índios de terem respeitadas sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, previstos no art. 231, **devem ser considerados como direitos fundamentais**, mesmo que não previsto no Título II da Constituição de 1988. **São direitos fundamentais porque a sua finalidade é dignificar o índio como ele é, respeitar sua humanidade, garantir sua liberdade real e sua igualdade de direitos frente ao restante da sociedade brasileira.** (Grifo meu)

No que refere as terras indígenas, é bem verdade que o Estatuto do Índio estipula as balizas conceituais e legais sobre a matéria, contudo o mandamento constitucional de 1988 também trouxe sua contribuição, de tal sorte que as terras indígenas são pautadas no direito originário, na continuidade histórica e sobrevivência física e cultural dos povos indígenas. Para José Afonso da Silva (2011, p. 858) “A questão terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural.”

Interessante notar que a Constituição de 1988 ao declarar que reconhece os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, explicitamente recepciona o instituto do indigenato. Tal instituto, previsto nos idos do período colonial, encontra ressonância na Carta Magna de 1988. Em assim sendo, o direito dos indígenas sobre as terras é primário, congê-

nito, dispensável, portanto, de legitimação por título de posse, conforme assevera Silva (2001, p. 860):

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o *indigenato*, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680 [...] (Grifo meu)

Num olhar sistemático e ampliado, constata-se que a Constituição Federal de 1988 garantiu um catálogo de direitos fundamentais aos povos indígenas, notadamente: a) atribuição aos juízes federais a competência para processar e julgar disputa sobre direitos indígenas (art. 109, XI); b) atribuição ao Ministério Público para defender os direitos e interesses das populações indígenas (art. 129, V); c) assegurou as comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem, isto é, inaugurou o direito a uma educação escolar indígena de forma diferenciada e bilíngue, aliando os conhecimentos técnicos científicos e aos conhecimentos tradicionais (art. 210, § 2º); d) garantiu o pleno exercício dos direitos culturais (art. 215, § 1º).

Não restam dúvidas de que a Carta Constitucional de 1988 representou verdadeiro marco histórico, inovou no ordenamento jurídico brasileiro, muito particularmente no que se refere aos direitos das civilizações indígenas, sendo considerada o bastião de garantia de direitos e deveres dessas sociedades.

4. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Inicialmente, registre-se que o Código Penal brasileiro não tratou expressamente sobre a responsabilização penal da pessoa indígena. Souza Filho (2012, p. 111), tendo por base as lições de Nelson Hungria, aponta à razão de ser da omissão do Código em referência, senão vejamos:

[...] dir-se-á que tendo sido declarados, em dispositivo à parte, irrestritamente irresponsável os menos de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao desenvolvimento mental incompleto; mas, **explica-se: a Comissão revisora entendeu**

que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentios. (grifo meu)

É possível inferir que a tutela penal da pessoa indígena não foi minimamente disciplinada pelo Código Penal pelo fato de seus idealizadores ignorarem a presença indígena no Brasil. Assim asseverou Souza Filho (2012, p. 111):

Esta vergonha do Direito Penal brasileiro de 1940 tem a mesma cor e fundamento da vergonha da lei em relação aos escravos no século XIX, o temor de mostrar ao mundo a realidade nacional, suas mazelas, injustiças e ‘defeitos’.

Diante dessa lacuna normativa, o Judiciário brasileiro tem pautado e enfrentado a responsabilização penal indígena utilizando-se da Lei nº 6.001/1973, Estatuto do Índio, na apreciação e julgamento das controvérsias envolvendo indígenas.

É bem verdade que o Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73⁴, em seus artigos 56 e 57 trata de normas penais em relação ao indígena:

Art. 56. No caso de condenação de índio por infração penal, a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.

Parágrafo único. As penas de reclusão e de detenção serão cumpridas, se possível, em regime especial de semiliberdade, no local de funcionamento do órgão federal de assistência aos índios mais próximos da habitação do condenado.

Art. 57. Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revisitam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte.

Ponto controvertido no dispositivo em questão, diz respeito à aplicação da pena tendo por base a integração do indígena, conforme dispõe a parte

4 SILVA, Luiz Fernando Villares e. (Org.). Coletânea da Legislação Indigenista brasileira (2008, p. 52).

final do artigo “[...] **a pena deverá ser atenuada e na sua aplicação o Juiz atenderá também ao grau de integração do silvícola.**” (Grifo meu).

Ora, com a promulgação da Carta Cidadã de 1988, não há mais que se falar em “integração” ou “silvícola”, pois tais terminologias remontam períodos históricos que desconsideravam a identidade e os valores multiculturais dos grupos étnicos, visto que o paradigma constitucional garante e reconhece o direito do indígena ser indígena.

Tendo em vista que o Código Penal não tratou especificamente sobre a responsabilidade penal indígena, coube à jurisprudência e a doutrina ocupar-se da matéria.

Em termos gerais, a tendência da doutrina acerca da temática é no sentido de aplicar o instituto da inimputabilidade como solução para a responsabilização penal da pessoa indígena. Nessa linha de consideração, Villares (2013, p. 298) argumenta:

[...] ao se depararem com casos envolvendo índios como réus em processos criminais, muitas **decisões judiciais e obras doutrinárias procuram na inimputabilidade do deficiente mental a saída para a não-responsabilidade criminal.** A inimputabilidade do índio em relação ao Direito Penal é fruto do histórico tratamento como criança e da ausência de possibilidades para que no caso concreto exista a possibilidade da não-responsabilidade. (Grifo nosso)

A nosso ver, o entendimento de considerar o indígena inimputável por doença mental sob o pretexto de não responsabilizá-lo penalmente nos parece descabido, sobretudo quando se leva em conta o ordenamento constitucional que garante o direito à diferença. Barreto (2003, p. 41) afirma que “A qualificação de índio como ‘inimputável’, na pressuposição de que seu desenvolvimento mental é incompleto, a nosso sentir tem forte odor de discriminação.”

É cediço que a inimputabilidade se verifica pelo critério exclusivamente normativo no tocante aos menores de 18 anos de idade, bem como pelo critério biopsicológico, isto é, a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado geram incompreensão da ilicitude, ou a inviabilidade de condução de acordo com tal compreensão, o que implica o afastamento da responsabilidade penal. “Em que se pese esse posicionamento já cristalizado do direito nacional, considerar o índio como deficiente mental é profundamente equivocado.” (VILLARES, 2013, p. 299)

Paschoal (2012, p. 83), trilhou o mesmo caminho intelectual, ao sustentar a tese jurídica de que a inimputabilidade não encontra amparo no regime democrático brasileiro:

Com todo respeito a esse posicionamento, não obstante a intenção seja das melhores (proteger o índio do braço mais forte do Estado, qual seja, o Direito Penal), **a meu ver, trata-se de visão desconforme com o basilar princípio de qualquer Estado Democrático de Direito: o da livre determinação dos povos, ou do respeito às diferenças.** (Grifou-se)

Souza Filho (2012), expõe uma concepção na tentativa de melhor compreender a utilização do instituto da inimputabilidade como forma de solução de responsabilização penal da pessoa indígena, a saber:

No seio da Comissão foi proposto que se falasse de modo genérico, em perturbação mental; mas a proposta foi rejeitada, argumentando-se em favor da fórmula vencedora, que esta era mais compreensiva, pois, com a referência especial ao “desenvolvimento incompleto ou retardado”, e devendo-se entender como tal a própria falta de aquisições éticas (pois o termo mental é relativo a todas faculdades psíquicas, congênicas ou adquiridas, desde a memória à consciência, desde à inteligência à vontade, desde o raciocínio ao senso moral), **dispensava a alusão expressa aos surdos-mudos e aos silvícolas inadaptados.** (Grifo meu)

Resta evidente que parte da doutrina e da jurisprudência tem aplicado o instituto da inimputabilidade penal ao indígena combinado com o Estatuto do Índio, notadamente o art. 4º e seus incisos. Em outros termos, o indígena é considerado inimputável quando não integrado à sociedade envolvente, ou seja, quando se tratar de pessoa indígena isolado, nos termos do art. 4º, I, do Estatuto do Índio.

Registre-se que a inimputabilidade penal, ora contextualizada, e utilizada por parte do segmento doutrinário e jurisprudencial, não encontra ressonância com os preceitos constitucionais de 1988, visto que os critérios adotados pelo Estatuto de Índio (isolado, em vias de integração e integrados), não podem servir de parâmetro para definir a responsabilidade penal da pessoa indígena.

A responsabilidade penal do indígena é possível, desde que leve em consideração a diversidade étnica, linguística, cultural e demais valores inerentes aos grupos étnicos espalhados Brasil afora, conforme preceitua a Carta Constitucional de 1988, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Povos Indígenas e Tribais, a Declaração das Nações Indígenas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Apenas a título ilustrativo, trago alguns julgados que versam sobre a temática, especialmente sobre a utilização dos critérios de índio isolado, em vias de integração e integrado previstos na Lei nº 6.001/73, senão vejamos:

HABEAS CORPUS. ESTUPRO. MENORES INDÍGENAS. AUSÊNCIA DE LAUDO ANTROPOLÓGICO E SOCIAL. DÚVIDAS QUANTO AO NÍVEL DE INTEGRAÇÃO. NULIDADE⁵.

Somente é dispensável o laudo de exame antropológico e social para aferir a imputabilidade dos indígenas quando há nos autos provas inequívocas de sua integração à sociedade. **No caso, há indícios de que os menores indígenas, ora pacientes, não estão totalmente integrados à sociedade**, sendo indispensável a realização dos exames periciais. É necessária a realização do estudo psicossocial para se aferir qual a medida sócio-educativa mais adequada para cada um dos pacientes.⁷ Ordem concedida para anular a decisão que determinou a internação dos menores sem a realização do exame antropológico e psicossocial. (Grifo nosso)

APELAÇÃO CRIMINAL⁶. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO COM FUNDAMENTO NA LEI FEDERAL N. 6.001/73 E NO ART. 10 DA CONVENÇÃO 169 DA OIT. IMPOSSIBILIDADE. **EXISTÊNCIA DE PROVAS DE QUE O INDÍGENA ESTÁ PLENAMENTE INTEGRADO À SOCIEDADE.**

[...]

5 Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 40.884/PR, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 07/04/2005. Disponível em: www.stj.gov.br.

6 Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/838739691/apelacao-apl-11371865-pr-1137186-5-acordao>.

(TJPR – 1ª Câmara Criminal – AC – Guaíra – Rel. Desembargador Marcelo Pacheco, Data do Julgamento: 20/03/2014) (Grifou-se)

Na mesma esteira já se manifestou o Supremo Tribunal Federal (STF) acerca do critério integracionista previsto no Estatuto do Índio. Para aquela Corte, o indígena poderá ser enquadrado no art. 26 do Código Penal, a depender do grau de integração na sociedade, conforme julgamento do Habeas Corpus nº 79530/PA:

EMENTA:⁷ ÍNDIO INTEGRADO À COMUNHÃO NACIONAL. CONDENAÇÃO PELO CRIME DO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. DECISÃO QUE ESTARIA EIVADA DE NULIDADES. DENEGAÇÃO DE HABEAS CORPUS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RENOVAÇÃO DO PEDIDO PERANTE ESTA CORTE, À GUIA DE RECURSO. Nulidades inexistentes. Não configurando os crimes praticados por índio, ou contra índio, “disputa sobre direitos indígenas” (art. 109, inc. XI, da CF) e nem, tampouco, “infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (inc. IV ib.), é da competência da Justiça Estadual o seu processamento e julgamento. É de natureza civil, e não criminal (cf. arts. 7º e 8º da Lei nº 6.001/73 e art. 6º, parágrafo único, do CC), a tutela que a Carta Federal, no caput do art. 231, cometeu à União, ao reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, não podendo ser ela confundida com o dever que tem o Estado de proteger a vida e a integridade física dos índios, dever não restrito a estes, estendendo-se, ao revés, a todas as demais pessoas. Descabimento, portanto, da assistência pela FUNAI, no caso. **Sujeição do índio às normas do art. 26 e parágrafo único, do CP, que regulam a responsabilidade penal, em geral, inexistindo razão para exames psicológico ou antropológico, se presentes, nos autos, elementos suficientes para**

7 STF – HC: 79530 PA, Relator: ILMAR GALVÃO, data de julgamento: 16/12/1999, Primeira Turma, data de publicação: DJ 25-02-2000 PP-00053 EMENT VOL-01980-03 PP-00568 RTJ VOL-00172-02. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738303/habeas-corporus-hc-79530-pa>.

afastar qualquer dúvida sobre sua imputabilidade, a qual, de resto, nem chegou a ser alegada pela defesa no curso do processo. **Tratando-se, por outro lado, de “índio alfabetizado, eleitor e integrado à civilização, falando fluentemente a língua portuguesa”, como verificado pelo Juiz, não se fazia mister a presença de intérprete no processo.** Cerceamento de defesa inexistente, posto haver o paciente sido defendido por advogado por ele mesmo indicado, no interrogatório, o qual apresentou defesa prévia, antes de ser por ele destituído, havendo sido substituído, sucessivamente, por Defensor Público e por Defensor Dativo, que ofereceu alegações finais e contra-razões ao recurso de apelação, devendo-se a movimentação, portanto, ao próprio paciente, que, não obstante integrado à comunhão nacional, insistiu em ser defendido por servidores da FUNAI. Ausência de versões colidentes, capazes de impedir a defesa, por um só advogado, de ambos os acusados, o paciente e sua mulher. Diligências indeferidas, na fase do art. 499 do CPP, por despacho contra o qual não se insurgiu a defesa nas demais oportunidades em que se pronunciou no processo. Impossibilidade de exame, neste momento, pelo STF, sem supressão de um grau de jurisdição, das demais questões argüidas na impetração, visto não haverem sido objeto de apreciação pelo acórdão recorrido do STJ. Habeas corpus apenas parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido. (Grifo meu)

Mesmo com a nova ordem constitucional estabelecida pela Constituição Cidadã, a jurisprudência brasileira ainda persiste na tese da culpabilidade indígena com base no instituto da inimputabilidade, sob o fundamento do critério integracionista (índio isolado, em vias de integração e integrado) contido na Lei nº 6.001/73, em clara dissonância com os postulados da Carta Magna de 1988.

Cabe advertir que os indígenas não têm desenvolvimento mental incompleto ou retardado, muito pelo contrário, os mesmos desenvolvem no campo das artes: pinturas únicas, técnicas de artesanatos diversos, músicas, danças. No campo da medicina, a chamada medicina tradicional, desenvolveu técnicas milenares quanto ao manuseio e conhecimento de plantas medicinais utilizadas para tratar e curar enfermidades. A dinâmica adotada por parte da doutrina e jurisprudência em relação à responsabilização penal in-

dígena sob o manto da inimizabilidade não encontra amparo com os postulados constitucionais. “Pertencer a uma cultura diferente não significa ser inimputável. Ter costumes, crenças, hábitos próprios não implica desenvolvimento mental incompleto ou retardado.” (PASCHOAL, 2012, p. 83)

5. A TUTELA PENAL DA PESSOA INDÍGENA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 é considerada a gênese, marco elementar e fundamental no tange aos direitos das sociedades indígenas. Reconhece a pluralidade étnica e a multiculturalidade dos povos indígenas.

Como observado alhures, parte do Judiciário brasileiro tem adotado a responsabilização penal do indígena com fundamento na inimimizabilidade (desenvolvimento mental incompleto) partindo da premissa de índio integrado, em vias de integração e isolado, estabelecida no Estatuto do Índio. Registre-se que tal entendimento guarda resquício do modelo da política indigenista integracionista, em manifesto descompasso com o novo ordenamento jurídico brasileiro instaurado pela Carta Constitucional de 1988.

É possível inferir que essa fórmula adotada por parte dos tribunais e da doutrina ofende, viola o direito à alteridade, autodeterminação dos povos, a pluralidade étnica e a dignidade da pessoa humana expressos na Carta da República de 1988.

Nessa esteira, resta latente a necessidade de reformulação dos critérios do Direito Penal para imputar penalmente o indígena. Os critérios para imputar o indígena não devem ficar restritos a classificação do Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/73, a saber: índio isolado, em vias de integração e do índio integrado.

Há necessidade do reconhecimento da diversidade étnica, linguística e cultural, devidamente incorporadas e garantidas na estrutura do ordenamento constitucional, na aplicação do direito penal a pessoa indígena, de forma a refletir o marco conceitual e o paradigma constitucional.

É justamente nessa linha de entendimento, que se revela a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁸, a qual estabelece procedimentos ao tratamento das pessoas indígenas acusadas, réis, condenadas ou privadas de liberdade.

A resolução em referência é fruto de vários encontros entre o Poder Judiciário, Poder e Executivo e a sociedade civil organizada com objetivo de discutir e apresentar proposta para que a pessoa indígena, diante da possibi-

8 Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf.

lidade de responder criminalmente por determinada conduta ilícita, seja assegurada e respeitada a sua condição de indígena, portador de culturas, valores, cosmovisões, em consonância com os preceitos da Constituição Cidadã.

Diante da lacuna de lei penal que respeite a diversidade étnica, a resolução em tela, representa um importante passo para assegurar o direito à diferença, o direito de falar sua língua materna perante o Judiciário, a dignidade da pessoa indígena, o direito de usufruir o tratamento penal em consonância com os ditames constitucionais.

Nessa esteira, e com relativa experiência como advogado indígena, trago exemplo prático de uma ação penal em que envolve jovem indígena, da etnia Mura do município de Autazes, Estado do Amazonas, apontado pela suposta prática ilícita de tráfico de drogas.

Em audiência de instrução e julgamento⁹, um dos requerimentos pleiteados pela defesa ao juízo do caso, fora justamente que a Fundação Nacional do Índio – FUNAI pudesse fazer parte da ação, haja vista que o acusado é indígena, bem como fosse respeitado os valores culturais do jovem envolvido no presente caso, em atenção a Resolução emanada do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, oportunidade em que o pedido foi prontamente acolhido.

A título de informação, o processo judicial criminal ainda está em curso, aguardando as diligências devidas para posterior desfecho da ação.

O exemplo é oportuno e importante, para ilustrar que o Judiciário comece a compreender que os povos indígenas possuem valores e tradições protegidos constitucionalmente e que tais valores devem ser respeitados, tanto em processos administrativos como judiciais, notadamente no campo penal.

Há quem defenda a tese dos sistemas normativos indígenas para estabelecer linhas gerais de convivência entre o Estado e as sociedades indígenas. Villares (2013) entende que os sistemas normativos indígenas foram reconhecidos pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 231. “O reconhecimento das normas e dos sistemas normativos indígenas é ditado pelo *caput* do art. 231 da Constituição Federal de 1988.” (VILLARES, 2013, p. 17)

O fundamento para tal defesa dos sistemas normativos indígenas está assentado na ideia do pluralismo jurídico.

Em todos os campos do Direito os sistemas jurídicos indígenas devem ser compreendidos. As regras de identidade, pa-

9 Entende-se por audiência de instrução e julgamento uma sessão designada por autoridade judicial a fim de que nela sejam ouvidas as partes, testemunhas, realização dos atos finais de instrução e pronunciamiento da sentença. (Silva, 2014).

rentesco, sucessão, patrimônio, conflitos, condutas inadequadas, entre muitas outras de cada povo indígena, devem ser respeitadas nas suas especificidades e peculiaridades.

(VILLARES, 2013, p. 20)

Acrescenta-se na ótica dos sistemas normativos indígenas, aludido por Villares (2013), à dignidade da pessoa humana, porque não dizer a dignidade indígena e o respeito ao direito a diferença, como pilares norteadores os julgados envolvendo povos indígenas e Estado brasileiro.

Portanto, entendemos que a responsabilização penal do indígena é possível, afinal é cidadão brasileiro, dotado de direitos e obrigações, contudo deve ser pautada nos postulados da Constituição Federal de 1988, sendo as principais: a dignidade da pessoa humana, o direito à diferença, o reconhecimento da pluralidade, multiculturalidade, só para citar alguns, bem como levar em consideração toda a diversidade dos grupos étnicos espalhados em solo brasileiro.

A Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), é seguramente importante instrumento para incorporar conceitos e mudanças na aplicabilidade do Direito Penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho pretendeu analisar criticamente a sistemática adotada no tratamento jurídico penal indígena tendo por fundamento a Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal 1988 representou marco da maior importância no cenário dos direitos dos povos indígenas, instaurando o respeito e o reconhecimento da pluralidade étnica, o direito à diferença, só para citar alguns.

Por outro lado, é perceptível verificar decisões judiciais e entendimentos doutrinários que trazem consigo o viés integracionista para responsabilizar a pessoa indígena, uma vez que ainda se utiliza do instituto da inimputabilidade, sob o argumento do desenvolvimento mental incompleto tendo por parâmetro os critérios de índios integrados ou não à sociedade envolvente. Registre-se que os indígenas são sujeitos de direitos, e dessa forma devem ser respeitados como tais, sendo resguardada a integralidade física, moral e psíquica.

Resta evidente a necessidade da reformulação dos critérios de imputabilidade penal do indígena, e essa reformulação deve ter como pilar indispen-

sável os postulados e ideais da Constituição Federal de 1988, muito particularmente a dignidade da pessoa humana, direito à diferença, pluralidade e multiculturalidade das sociedades indígenas.

Partimos da ideia que é possível a responsabilização penal da pessoa indígena, entretanto tal responsabilização deve respeitar todas as garantias culturais, costumes, tradicionais e linguísticas que a Constituição Federal de 1988 assegura aos grupos étnicos espalhados nos quatro cantos do país, bem como deve levar em consideração as normas internacionais incorporadas no ordenamento jurídico, como por exemplo, a Convenção nº 169 da OIT, a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

A relação entre o Estado, por meio do Direito Penal e os povos indígenas requer a adoção de mudanças conceituais e paradigmáticas já instituídas pela Constituição Federal. Entendemos que nesse sentido caminha a Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visto que incorpora concepções e aspirações extraídas do texto constitucional para serem aplicadas no âmbito da tutela penal em matéria indígena. Instrumento importante que evidencia avanço acerca da temática.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*. Brasília: MEC; LACED/Museu Nacional, 2006.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. 1ª Ed. (2003), 6ª impr./ Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº. 1/92 a 53/2006 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº. 1 a 6/94. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2007.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 287, de 25 de junho de 2019*. Brasília, 2019. Disponível <https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_287_25062019_08072019182402.pdf>. Acesso em 22 de agosto de 2021.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio. *O Brasil Indígena (IBGE)*. Brasília, 2013, Atualizado: 18/11/2020. Disponível em <www.gov.br/funai/pt-br/atualizacao/povos-indigenas/o-brasil-indigena-ibge> Acesso em 23/08/2021.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma)*. *Habeas corpus nº 40.884/PR*, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, julgado em 07/04/2005. Disponível em: <www.stj.gov.br>. Acesso em 05/09/2021.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal (1ª Turma)*. *Habeas corpus nº 79530/PA*, 1ª Turma, Rel. Ilmar Galvão, julgado em 16/12/1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/738303/habeas-corpus-hc-79530-pa>> Acesso em 24/09/2021.

DESLANDES, Suely Ferreira. *Pesquisa social: teoria, método e criatividade*. Suely Ferreira Deslandes, Romeu Gomes; Maria Cecília de Souza Minayo (organizadora). 28 ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Direito penal e povos indígenas*. Luiz Fernando Villares (Coord.). 1ª Ed. (ano 2010), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

LAKATOS, Eva Maria. *Fundamentos de metodologia científica*. Marina de Andrade Marconi, Eva Maria Lakatos. 8ª Ed. – [3. Reimpr.] – São Paulo: Atlas, 2019.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico / atualizadores*: Nagib Slaibi Filho e Pereira Vasques Gomes – 31 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luiz Fernando Villares e. (Org.). *Coletânea da Legislação Indigenista brasileira*. Brasília: CGDTI/FUNAI, 2008.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. 1ª Ed. (1998), 8ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

VILLARES, Luiz Fernando. *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá, 2009. 2ª impressão (Ano de 2013).

Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado por omissão

Gabriela dos Santos Barros¹

RESUMO

O escopo do presente artigo é a análise detalhada da responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão, pautando-se nas diversas fontes do Direito, notadamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e na doutrina, que desempenham papéis de maior destaque na matéria, diante da ausência de solução normativa específica para os casos de omissão estatal, concluindo-se no sentido da tendência jurisprudencial de adoção da Teoria da Culpa Anônima do Serviço nas hipóteses de omissão genérica e da Teoria do Risco Administrativo nas situações de omissão específica, em consonância com a lição doutrinária de Sergio Cavalieri Filho.

Palavras-chave: responsabilidade civil extracontratual do Estado; omissão estatal; Teoria do Risco Administrativo; Teoria da Culpa Anônima.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo jurídico foi elaborado com o **objetivo** de analisar pormenorizadamente a responsabilidade civil extracontratual do Estado por

¹ Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (em andamento), Pós-graduanda em Direito Administrativo pela Universidade Candido Mendes/Curso Forum (em andamento), Graduada em Direito pela Universidade Federal do Piauí e Procuradora do Estado do Tocantins.

omissão, sob a perspectiva das diversas fontes do Direito, em especial da jurisprudência e da doutrina.

A **escolha desse tema de Direito Público**, mais precisamente de Direito Administrativo, deu-se em razão da sua pertinência temática com a linha da Revista da Procuradoria Geral do Estado do Amazonas e diante da necessidade do seu pleno domínio pelos Procuradores dos Estados e do Distrito Federal para a sua eficiente atuação nos processos judiciais e administrativos que versem sobre esse assunto atinente ao Estado, em consonância com o artigo 132 da Constituição Federal, do qual se extraem como funções institucionais das Procuradorias Gerais do Estado e do Distrito Federal a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

No tocante à **metodologia**, e mais especificamente à **abordagem**, este artigo jurídico se consubstancia em **pesquisa de caráter qualitativo**, uma vez que se baseia na interpretação dos dados, trabalhando no universo dos significados. No que tange às **técnicas de pesquisa**, utilizou-se de **documentação indireta, mediante pesquisa documental** (pesquisa de fontes primárias, notadamente leis e decisões judiciais) e **bibliográfica** (pesquisa de fontes secundárias, em especial livros jurídicos). Já quanto aos **métodos científicos**, impende ressaltar que, no presente trabalho, é adotado tanto o **método dedutivo**, partindo-se da explanação geral da matéria para o tema particular, quanto o **indutivo**, uma vez que são apresentados e analisados relevantes precedentes judiciais específicos para se chegar à tendência jurisprudencial.

Assim, inicialmente é feita uma breve explanação dos conceitos básicos pertinentes à responsabilidade civil do Estado. Após, são apresentadas as variadas correntes doutrinárias acerca da responsabilidade civil por omissão estatal e, posteriormente, precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a partir dos quais se infere a tendência jurisprudencial de adoção da Teoria da Culpa Anônima do Serviço nas situações de omissão genérica e da Teoria do Risco Administrativo nas hipóteses de omissão específica, na linha da doutrina de Sergio Cavalieri Filho.

No que tange às **formalidades**, vale registrar que este artigo foi desenvolvido de acordo com as regras de formatação estabelecidas no Edital de Chamamento Público para publicação na Edição Especial nº 41/2021 da Revista da PGE/AM, observadas, ainda, no que não contraria as regras do referido Edital, as normas atualmente vigentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas, em especial a ABNT NBR 6022 – 2ª edição – 16.05.2018 – “Informação e documentação - Artigo em publicação periódica técnica e/ou científica - Apresentação”, a ABNT NBR 10520 – “Informação e documentação – Citações em documentos – Apresentação” e a ABNT NBR 6023 – 2ª edição – 14.11.2018 – “Informação e documentação - Referências - Elaboração”.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO

O renomado doutrinador **Rafael Carvalho Rezende Oliveira**, na sua obra “Curso de Direito Administrativo”, conceitua responsabilidade civil do Estado como “o dever de reparação dos danos causados pela conduta estatal, comissiva ou omissiva” (OLIVEIRA, 2020, p. 753).

Mais à frente, **Rafael Oliveira (2020)** registra que o **art. 37, § 6º, da CRFB**, “in verbis”, **versa sobre responsabilidade civil extracontratual das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos**:

Art. 37 (...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (BRASIL, 1988)

Para tanto, **Rafael Oliveira (2020)** se baseia na referência da norma a danos acarretados a “terceiros”, isto é, pessoas sem vínculo específico com o causador do dano, não se aplicando, portanto, nos casos de danos causados a quem possua vínculo jurídico especial com a Administração Pública, seja contratual ou institucional, apresentando como precedente judicial nesse sentido o **RE 255.731/SP, 1ª Turma do STF**, DJ 26.11.1999, p. 135, Informativo 170 (não aplicação do art. 37, § 6º, da CRFB em caso de furto de automóvel em estacionamento fechado mantido por Município), ressaltando, todavia, que há precedentes do STF em sentido contrário, a exemplo do **RE 591.874/MS**, DJe-237 18.12.2009, Informativos 557 e 563, no qual o **Pleno do STF** aplicou esse dispositivo constitucional para consagrar a responsabilidade civil objetiva das concessionárias de serviços públicos pelos danos causados aos usuários do serviço público de transporte.

A propósito, além do art. 37, § 6º, da CRFB, a responsabilidade civil estatal também se encontra positivada no **artigo 43 do CC/02**, abaixo transcrito, fazendo-se mister destacar, em consonância com lição de **Fernanda Marinela (2017)**, que a responsabilidade em tela também se fundamenta nos **princípios da isonomia, da repartição dos encargos sociais e da legalidade**, considerando que **a responsabilidade civil estatal pode se dar em razão de ato estatal ilícito ou lícito**:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo. (BRASIL, 2002)

De acordo com o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência, com base na Teoria do Risco Administrativo (regra) e na Teoria do Risco Integral (exceção), para se configurar a responsabilidade civil estatal objetiva, é necessária a presença dos seguintes pressupostos: conduta imputada ao Estado; dano (prejuízo de ordem material, moral e/ou estético); nexos causal entre a conduta estatal e o dano.

No que tange ao nexos causal, impende observar que o **artigo 403 do CC/02** estabelece o seguinte: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes **por efeito dela direto e imediato**, sem prejuízo do disposto na lei processual” (BRASIL, 2002, grifos inseridos). **Desse artigo civilista se extrai que o legislador adotou a teoria da causalidade direta e imediata (ou teoria da interrupção do nexos causal)**, de acordo com a qual, somente o evento que direta e imediatamente acarrete o dano é considerado como causa necessária do prejuízo, não havendo, portanto, equivalência dos antecedentes do resultado.

Já para restar caracterizada a responsabilidade civil estatal subjetiva, segundo a Teoria da Culpa Anônima (Culpa do Serviço), é necessária, além dos pressupostos já citados, a existência da culpa anônima do serviço (falta do serviço), que se verifica, independentemente da individualização da culpa, quando o serviço não funcionou, funcionou mal ou com atraso.

Retomando a responsabilidade civil estatal objetiva, impende esclarecer, em linhas gerais, as duas Teorias que a fundamentam, já citadas. **A Teoria do Risco Administrativo é a regra e, assim como a Teoria da Culpa Anônima do Serviço, admite as excludentes da responsabilidade civil estatal, quais sejam: fato exclusivo da vítima (dano acarretado exclusivamente por fato da própria vítima); fato de terceiro (dano causado por fato de terceiro sem vínculo jurídico com o Estado); caso fortuito ou força maior (dano acarretado por imprevisíveis eventos da natureza ou humanos).**

Tais excludentes rompem o nexos de causalidade e por isso afastam a responsabilidade civil estatal, valendo registrar que a doutrina e a jurisprudência têm distinguido o “fortuito externo” (risco alheio à atividade)

de desenvolvida) do **“fortuito interno”** (risco inerente à própria atividade exercida), entendendo que **apenas o “fortuito externo” tem o condão de romper o nexo causal** e, assim, afastar a responsabilidade civil estatal, uma vez que quem exerce atividade assume o risco a ela inerente. Nesse sentido: OLIVEIRA, 2020, p. 763; **Súmula 94 do TJRJ**: “Cuidando-se de fortuito interno, o fato de terceiro não exclui o dever do fornecedor de indenizar” (BRASIL, 2005).

Por outro lado, quando, a despeito da participação da vítima, do terceiro ou de evento natural ou humano na ocorrência do dano, resta comprovada a contribuição da ação ou omissão estatal na concretização do prejuízo, não há exclusão da responsabilidade civil estatal, e sim a sua **atenuação, sendo, então, devida a responsabilização do Estado na medida da sua contribuição para o dano**, como se extrai da inteligência do **artigo 945 do CC/02**: “Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano.” (BRASIL, 2002)

Já a Teoria do Risco Integral não admite excludente do nexo de causalidade. Segundo o entendimento que prevalece na doutrina e na jurisprudência, é exceção, aplicando-se notadamente no caso de dano ambiental, com fulcro no art. 225, § 3º, da CRFB e no art. 14, § 1º, da Lei 6.938, valendo citar nesse sentido a Tese 1 da Edição 119 da Jurisprudência do STJ em Teses, despontando como outras hipóteses de aplicação excepcional da Teoria do Risco Integral bastante citadas pela doutrina a responsabilidade por danos nucleares, com base no art. 21, XXIII, d, da CRFB, e a responsabilidade civil da União diante de terceiros no caso de atentado terrorista, ato de guerra ou eventos correlatos, no Brasil ou no exterior, contra aeronaves com matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, ressalvadas as empresas de táxi aéreo, com espeque no artigo 1º da Lei 10.744:

1) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973 - TEMA 681 e 707, letra a) (BRASIL, 2019)

3. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL DO ESTADO POR OMISSÃO

Helena Elias Pinto (2008) aponta que o direito positivo não apresenta solução normativa específica para a responsabilidade civil estatal por omissão, o que confere à jurisprudência papel de maior destaque quanto a esse tema, valendo acrescentar que por isso a doutrina também desponta com maior proeminência como fonte do Direito no tocante a essa matéria. A propósito, **existe acentuado dissenso doutrinário e jurisprudencial no que tange à responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão.**

Parte da doutrina, a exemplo de **Hely Lopes Meirelles (1997)**, defende que a responsabilidade em questão é objetiva em razão de o art. 37, § 6º, da CRFB não distinguir entre as condutas estatais comissivas e as omissivas.

Outra corrente doutrinária, a exemplo de **Celso Antônio Bandeira de Mello (2006)**, **Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009)** e **Diógenes Gasparini (2007)**, é no sentido da responsabilidade subjetiva, com presunção relativa de culpa do Estado, admitindo, portanto, prova em contrário a cargo do Estado. O fundamento dessa tese é que o Estado omissivo, apesar de não ser o causador do dano, incorre em conduta ilícita (com culpa), quando não cumpre o seu dever legal de obstar que o dano ocorra, considerando, ainda, que o art. 37, § 6º, da CRFB, por se referir aos danos causados a terceiros, objetivou limitar a sua aplicação às condutas comissivas, já que a omissão estatal não seria “causa”, e sim “condição” do dano.

De acordo com terceira tese doutrinária, a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão genérica (atinente ao descumprimento do dever genérico de ação) é subjetiva, com base na Teoria da Culpa Anônima do Serviço, enquanto que, nos casos de omissão específica (descumprimento de dever jurídico específico, notadamente nos casos de guarda de pessoas pelo Estado – relação de custódia em que o Estado figura como garantidor), o Estado responde objetivamente, com espeque na Teoria do Risco Administrativo. Nesse sentido é o entendimento de **Sergio Cavalieri Filho (2011; 2007)**.

Já **Rafael Oliveira (2020)** entende que é objetiva a responsabilidade civil estatal por omissão juridicamente relevante, isto é, omissão normativa, que pressupõe o descumprimento de um dever jurídico, não se confundindo com a omissão natural, a qual, por sua vez, não produz nenhum resultado. Isso porque o art. 37, § 6º, da CRFB e o artigo 43 do CC/02, que consagram a Teoria do Risco Administrativo, não distinguem entre ação e omissão do Estado, sendo que, mesmo que a inação estatal

não seja a causa do dano, contribui para a sua ocorrência. Todavia, **o autor ressalva que apenas a omissão específica pode ensejar a responsabilização estatal e contanto que sejam demonstradas a previsibilidade e a possibilidade de evitar o dano, em consonância com a Teoria da causalidade direta e imediata no tocante ao nexos causal**, positivada no artigo 403 do CC, como visto. **Entende que não cabe a responsabilização do Estado por omissão genérica**, sob pena de o Estado ser considerado segurador universal e de se adotar a Teoria do Risco Integral, que, como visto, é exceção no caso de conduta comissiva, sendo, portanto, um contrassenso adotá-la quanto à omissão.

Felipe Peixoto Braga Netto (2015) analisa diversos precedentes dos Tribunais Superiores, concluindo que **a tendência jurisprudencial é a aplicação em regra da responsabilidade civil estatal subjetiva por omissão, despontando na jurisprudência algumas exceções, notadamente os casos de dano a pessoas custodiadas pelo Estado, casos em que a responsabilidade civil estatal é considerada objetiva.**

A propósito, vale citar as **Teses 5, 6, 9, 10 e 11 da Edição 61 da Jurisprudência do STJ em Teses**, bem como as **Teses fixadas quanto aos Temas 362, 365, 366 e 592 de Repercussão Geral do STF**, respectivamente:

5) A responsabilidade civil do Estado por condutas omissivas é subjetiva, devendo ser comprovados a negligência na atuação estatal, o dano e o nexos de causalidade.

6) Há responsabilidade civil do Estado nas hipóteses em que a omissão de seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento de danos ambientais.

(...)

9) O Estado possui responsabilidade objetiva nos casos de morte de custodiado em unidade prisional.

10) O Estado responde objetivamente pelo suicídio de preso ocorrido no interior de estabelecimento prisional.

11) O Estado não responde civilmente por atos ilícitos praticados por foragidos do sistema penitenciário, salvo quando os danos decorrem direta ou imediatamente do ato de fuga. (BRASIL, 2016)

Tese 362 de Repercussão Geral: Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não

demonstrado o nexo causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada. (BRASIL, 2020)

Tese 365 de Repercussão Geral: Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. (BRASIL, 2017)

Tese 366 de Repercussão Geral: Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular. (BRASIL, 2020)

Tese 592 de Repercussão Geral: Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte de detento. (BRASIL, 2016)

Em acréscimo, seguem fascículos das ementas das decisões judiciais prolatadas pela **2ª Turma do STJ** no **REsp 1869046/SP**, no **REsp 1305259/SC** e no **REsp 1492710/MG**, respectivamente:

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO POR OMISSÃO: HIPÓTESE EXCEPCIONAL QUANDO CARACTERIZADO RISCO ANORMAL DA ATIVIDADE 3. A regra geral do ordenamento brasileiro é de responsabilidade civil objetiva por ato comissivo do Estado e de responsabilidade subjetiva por comportamento omissivo. Contudo, em situações excepcionais de risco anormal da atividade habitualmente desenvolvida, a responsabilização estatal na omissão também se faz independentemente de culpa. 4. Aplica-se igualmente ao Estado a prescrição do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, de responsabilidade civil objetiva por atividade naturalmente perigosa, irrelevante seja a

conduta comissiva ou omissiva. O vocábulo “atividade” deve ser interpretado de modo a incluir o comportamento em si e bens associados ou nele envolvidos. Tanto o Estado como os fornecedores privados devem cumprir com o dever de segurança, ínsito a qualquer produto ou serviço prestado. Entre as atividades de risco “por sua natureza” incluem-se as desenvolvidas em edifícios públicos, estatais ou não (p. ex., instituição prisional, manicômio, delegacia de polícia e fórum), com circulação de pessoas notoriamente investigadas ou condenadas por crimes, e aquelas outras em que o risco anormal se evidencia por contar o local com vigilância especial ou, ainda, com sistema de controle de entrada e de detecção de metal por meio de revista eletrônica ou pessoal. (BRASIL, 2020)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO 841.526/RS. REPERCUSSÃO GERAL. TEMA N.º 592. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. RESPONSABILIZAÇÃO CONDICIONADA À INOBSERVÂNCIA DO DEVER ESPECÍFICO DE PROTEÇÃO PREVISTO NO ART. 5º, XLIX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM DE CAUSA IMPEDITIVA DA ATUAÇÃO ESTATAL PROTETIVA DO DETENTO. SUICÍDIO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. RETRATAÇÃO. (...) 3. O acórdão da repercussão geral é claro ao afirmar que a responsabilização objetiva do Estado em caso de morte de detento somente ocorre quando houver inobservância do dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal. 4. O Tribunal de origem decidiu de forma fundamentada pela improcedência da pretensão recursal, uma vez que não se conseguiu comprovar que a morte do detento foi decorrente da omissão do Estado que não poderia montar vigilância a fim de impedir que ceifasse sua própria vida, atitude que só a ele competia. 5. Tendo o acórdão recorrido consignado expressamente que ficou comprovada causa impeditiva da atuação estatal protetiva do detento, rompeu-se o nexo de causalidade entre a suposta omissão do Poder Público e o resultado danoso. Com efeito, o Tribunal de origem assentou que ocorreu a comprovação de suicídio do detento, ficando escorreita a decisão

que afastou a responsabilidade civil do Estado de Santa Catarina. (BRASIL, 2018)

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. CADÁVER EM DECOMPOSIÇÃO NO RESERVATÓRIO. DANO MORAL. CONFIGURADO. OMISSÃO. NEGLIGÊNCIA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DANO MORAL IN RE IPSA.

1. Fica configurada a responsabilidade subjetiva por omissão da concessionária decorrente de falha do dever de efetiva vigilância do reservatório de água, quando nele foi encontrado um cadáver humano.

2. De outro lado, também, ficou caracterizada a falha na prestação do serviço, indenizável por dano moral, quando a COPASA não garantiu a qualidade da água distribuída à população.

3. Ainda, há que reconhecer a ocorrência in re ipsa, o qual dispensa comprovação do prejuízo extrapatrimonial, sendo suficiente a prova da ocorrência de ato ilegal, uma vez que o resultado danoso é presumido. (BRASIL, 2014)

Ademais, impende transcrever trechos da ementa do **paradigmático precedente firmado pela 2ª Turma do STJ no REsp 1071741/SP, consagrando a responsabilidade civil estatal objetiva por omissão no caso de dano ambiental:**

AMBIENTAL. UNIDADE DE CONSERVAÇÃO DE PROTEÇÃO INTEGRAL (LEI 9.985/00). OCUPAÇÃO E CONSTRUÇÃO ILEGAL POR PARTICULAR NO PARQUE ESTADUAL DE JACUPIRANGA. TURBAÇÃO E ESBULHO DE BEM PÚBLICO. DEVER-PODER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO. OMISSÃO. ART. 70, § 1º, DA LEI 9.605/1998. DESFORÇO IMEDIATO. ART. 1.210, § 1º, DO CÓDIGO CIVIL. ARTIGOS 2º, I E V, 3º, IV, 6º E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981 (LEI DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE). CONCEITO DE POLUIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DE NATUREZA SOLIDÁRIA, OBJETIVA, ILIMITADA E DE EXECUÇÃO SUBSIDIÁRIA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO.

(...)

4. Qualquer que seja a qualificação jurídica do degradador, público ou privado, no Direito brasileiro a responsabilidade civil pelo dano ambiental é de natureza objetiva, solidária e ilimitada, sendo regida pelos princípios do poluidor-pagador, da reparação in integrum, da prioridade da reparação in natura, e do favor debilis, este último a legitimar uma série de técnicas de facilitação do acesso à Justiça, entre as quais se inclui a inversão do ônus da prova em favor da vítima ambiental. Precedentes do STJ.

5. Ordinariamente, a responsabilidade civil do Estado, por omissão, é subjetiva ou por culpa, regime comum ou geral esse que, assentado no art. 37 da Constituição Federal, enfrenta duas exceções principais. Primeiro, quando a responsabilização objetiva do ente público decorrer de expressa previsão legal, em microsistema especial, como na proteção do meio ambiente (Lei 6.938/1981, art. 3º, IV, c/c o art. 14, § 1º). Segundo, quando as circunstâncias indicarem a presença de um standard ou dever de ação estatal mais rigoroso do que aquele que jorra, consoante a construção doutrinária e jurisprudencial, do texto constitucional.

(...)

13. A Administração é solidária, objetiva e ilimitadamente responsável, nos termos da Lei 6.938/1981, por danos urbanístico-ambientais decorrentes da omissão do seu dever de controlar e fiscalizar, na medida em que contribua, direta ou indiretamente, tanto para a degradação ambiental em si mesma, como para o seu agravamento, consolidação ou perpetuação, tudo sem prejuízo da adoção, contra o agente público relapso ou desidioso, de medidas disciplinares, penais, civis e no campo da improbidade administrativa.

14. No caso de omissão de dever de controle e fiscalização, a responsabilidade ambiental solidária da Administração é de execução subsidiária (ou com ordem de preferência).

(...)

17. Como consequência da solidariedade e por se tratar de litisconsórcio facultativo, cabe ao autor da Ação optar por incluir ou não o ente público na petição inicial. (BRASIL, 2010)

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, constata-se que a responsabilidade civil extracontratual do Estado por omissão é um tema bastante divergente na doutrina, uma vez que o legislador não apresentou uma solução específica para a matéria.

Diante disso, a jurisprudência assume protagonismo na solução da celeuma jurídica, despontando a tendência jurisprudencial de adoção da Teoria da Culpa Anônima do Serviço nas hipóteses de omissão genérica (responsabilidade civil subjetiva, independentemente da individualização da culpa, com admissão das excludentes do nexo causal, que afastam a responsabilidade civil estatal) e da Teoria do Risco Administrativo nas situações de omissão específica (responsabilidade civil objetiva, admitindo-se as excludentes do nexo de causalidade), na esteira da lição doutrinária de Sergio Cavalieri Filho.

Por fim, impende ressaltar que, em consonância com a jurisprudência e entendimento doutrinário, a imprevisibilidade e a inevitabilidade do dano sob a ótica da razoabilidade afastam a responsabilidade civil estatal nas relações de custódia em que o Estado figura como garantidor (omissão específica), uma vez que rompem o nexo causal, como se verifica, por exemplo, no caso de imprevisível suicídio de preso. Entendimento contrário resultaria no Estado como segurador universal e na adoção da Teoria do Risco Integral nas hipóteses de omissão específica, o que não se admite.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Congresso Nacional. *LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Edição 61 da Jurisprudência em Teses, de 06 de julho de 2016*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%EAncia%20em%20teses%2061%20-%20Responsabilidade%20Civil%20do%20Estado.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Edição 119 da Jurisprudência em Teses, de 22 de fevereiro de 2019*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20119%20-%20Responsabilidade%20Por%20Dano%20Ambiental.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1071741/SP*. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJe 16/12/2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1305259/SC*. Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/02/2018, DJe 21/02/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1492710/MG*. Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2014, DJe 19/12/2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1869046/SP*. Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2020, DJe 26/06/2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tese 362 de Repercussão Geral, de 08 de setembro de 2020*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=3838114&numeroProcesso=608880&classeProcesso=RE&numeroTema=362#>>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tese 365 de Repercussão Geral, de 16 de fevereiro de 2017*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365#>>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tese 366 de Repercussão Geral, de 11 de março de 2020*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=1515920&numeroProcesso=136861&classeProcesso=RE&numeroTema=366#>>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Tese 592 de Repercussão Geral, de 30 de março de 2016*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4645403&nu->

[meroProcesso=841526&classeProcesso=RE&numeroTema=592#>](#). Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Súmula 94*. Súmula da Jurisprudência Predominante nº 2005.146.00006, Julgamento em 10/10/2005, Votação: unânime, Relator: Desembargador Silvio Teixeira, Registro de Acórdão em 29/12/2005, fls. 011317/011323. Disponível em: <<http://portaltj.tjrj.jus.br/web/guest/sumulas-94>>. Acesso em: 04 ago. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 34. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *A Responsabilidade Civil Objetiva e Subjetiva do Estado*. In: R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, n. 55, p. 10-20, jul.-set. 2011.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DEMO, Pedro. *Metodologia científica em ciências sociais*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. *Manual da responsabilidade civil do Estado: à luz da jurisprudência do STF e do STJ e da teoria dos direitos fundamentais*. 3. ed. rev., ampl. e atual. Bahia: Juspodivm, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: MÉTODO, 2020.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PINTO, Helena Elias. *Responsabilidade civil do Estado por omissão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Estratégias de gestão pública ante a pandemia de covid-19: os institutos legais da requisição administrativa e contratação temporária de pessoal

Gláucia Maria de Araujo Ribeiro¹
Debora Bandeira Dias Koenow²
Magdalena Araújo Pereira Ferreira³

RESUMO

O presente artigo propõe-se a analisar os institutos próprios da gestão administrativa pátria referentes à contratação temporária e a requisição administrativa frente ao cenário de pandemia de COVID-19. Para tanto, promove o delineamento do conceito de requisição administrativa enquanto ato unilateral do Poder Público limitador da propriedade privada e de seus consectários, como o livre exercício da atividade econômica. Em seguida, traçam-se os limites do instituto da contratação temporária, exceção à regra constitucional da obrigatoriedade de submissão

- 1 Professora da Escola de Direito da UEA/AM. Doutora em Saúde Coletiva pela UERJ/RJ. Doutoranda em Direito pela UFMG/MG. Mestre em Direito Ambiental pela UEA/AM. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-0695-5257> E-mail: gribeiro@uea.edu.br.
- 2 Mestranda em Direito Ambiental (PPGDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Procuradora do Estado do Amazonas - PGE/AM. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6945-1964>.
- 3 Mestranda em Direito Ambiental (PPGDA) da Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Procuradora do Município de Manaus - PGM/MA. ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6302-7775>. Email: magdalenapereiraferreira@gmail.com.

a concurso público para o ingresso no serviço público. A excepcionalidade de tais institutos justifica sua utilização em situações emergenciais, na qual a pandemia de COVID-19 define-se como verdadeira emergência de saúde pública.

Palavras-Chave: Contratação temporária; COVID-19; Administração Pública; Emergência; Saúde Pública.

1. INTRODUÇÃO

A COVID-19, *Corona Virus Disease*, representa a doença causada pela disseminação do vírus coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2).

Considerada sua elevada transmissão e o alcance a todos os continentes, foi conferida em março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde a categoria de pandemia a tal doença, ou seja, reconhecido que a mesma atingiu níveis mundiais de contágio⁴. De modo a demonstrar a gravidade da pandemia, conforme informações da Organização Mundial da Saúde em 25 de maio de 2021, apenas no Brasil, já foram confirmados 16.083.258 casos de COVID-19, tendo ocorrido 449.068 mortes.⁵

A pandemia de COVID-19 trouxe reflexos de grande impacto sobre as diversas relações da sociedade, sejam de natureza privada ou pública.

Enquanto as mais variadas atividades sofriam redução ou completa paralisação, foram mantidas as atividades essenciais, com destaque para a prestação de serviços de saúde, atividade que teve sua demanda acrescida em níveis catastróficos.

Em questão de semanas, o Brasil, assim como todos os outros países do mundo, se depararam com um problema em comum; hospitais lotados, falta de equipamentos de proteção individual e, sobretudo, falta de profissionais da saúde e atividades auxiliares.

O Ministério da Saúde, através da Portaria n. 188 de 03 de fevereiro de 2020, declarou Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), estabelecendo o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública (COE-nCoV) como mecanismo nacional da gestão coordenada da resposta à emergência no âmbito nacional e suas competências.

4 Disponível em: <https://www.sbmfc.org.br/noticias/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-o-que-isso-significa/>. Acesso em 22 dez 2020.

5 Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>. Acesso em 25 mai 2021.

A Lei Federal n. 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, dispõe sobre o enfrentamento da ESPIN declarada na forma acima e medidas que poderão ser adotadas pelas autoridades, no âmbito de suas competências. Dentre as quais, prevê em seu art.3º, inciso VII, “a requisição de bens e serviços de pessoas naturais e jurídicas, hipótese em que será garantido o pagamento posterior de indenização justa”.

A requisição administrativa tem previsão no art. 5º, XXV da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CRFB/88) que pode ser utilizado como uma forma de intervenção na propriedade particular, no caso de iminente perigo público, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano.

Em relação à contratação de pessoas naturais, surge o questionamento quanto à possibilidade do gestor público empregar a contratação por tempo determinado, prevista no art. 37, inciso IX da Constituição Federal, para os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público. Cumpre destacar que assistência em emergências públicas é uma das situações elencadas pela Lei n. 8.745/93, que dispõe sobre a contratação temporária prevista no art. 37, IX da CRFB/88.

Assim, serão estudados os seus principais requisitos e características da requisição e da contratação temporária, e, ao final, analisadas as suas vantagens e desvantagens, em comparação aos dois institutos de Direito Administrativo, no contexto da pandemia de COVID-19.

Para o devido alcance dos objetivos do presente trabalho, aplicou-se a metodologia dedutiva, por meio de pesquisa de natureza documental, bibliográfica e integrativa, com o auxílio da internet, incluindo livros e revistas especializadas. Foram selecionadas obras, periódicos e legislação dentro do recorte temporal de 2004 a 2021, os quais foram analisados na revisão de literatura ao longo do artigo.

2. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA

A requisição administrativa é uma forma de intervenção estatal sobre a propriedade privada e tem previsão constitucional no art. 5º, inciso XXV que dispõe, no caso de iminente perigo público, que a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano, sendo a competência para legislar da União, conforme o art. 22, III da CFRB/88.

Há previsão, também, em diversas Leis, a saber: (i) Decreto-lei n. 4.812/1942; (ii) Decreto-Lei n. 5.405/1943; (iii) Lei delegada n.4/1962;

(iv) Lei n.4.375/1964; (v) Lei n. 4.737/1965; (vi) Lei n. 6.439/1977; (vii) Lei 7.565/1986; (viii) Lei n. 7.783/1989 (Lei de greve); (ix) Lei n. 8.080/1990 (Lei do SUS); (x) Lei n.10.406/2020, Código Civil e; (xi) Lei n. 13.797/2020, editada em plena pandemia decorrente de coronavírus (CARTILHA/OAB/AMAZONAS/2020).

Para Meirelles (2012, p. 704), a requisição é a utilização coativa de bens ou serviços particulares pelo Poder Público por ato de execução imediata e direta da autoridade requisitante e indenização ulterior, para atendimento de necessidades coletivas urgentes transitórias.

Muito embora a supremacia do interesse público seja o seu principal fundamento, não é qualquer situação de emergência que autoriza a requisição administrativa.

Conforme Carvalho Filho (2019, p.1.008), o administrador público não é livre para requisitar bens e serviços. Para que possa fazê-lo, é necessário que esteja presente situação de perigo público iminente, vale dizer, aquele perigo que não somente coloque em risco a coletividade, como também que esteja prestes a se consumir ou a expandir-se de forma irremediável se alguma medida não for adotada.

A indenização, nem sempre devida, será *a posteriori*, conforme determina a CRFB/88, uma vez que situação de urgência não é compatível com a demora de um processo administrativo em que se possa definir de forma antecipada o valor da indenização correspondente.

O instituto da requisição é autoexecutório, não depende de qualquer apreciação judicial prévia (Alexandrino e Paulo, 2018, p. 1.154). No mais, tem por característica ser ato unilateral, pelo que não permite ao particular negociar os seus contornos ou opor-se a tal interferência estatal.

A transitoriedade é outra característica a se destacar da requisição administrativa, sendo certo que, encerrada a situação de perigo público iminente, ocorrerá a sua extinção.

A Lei federal n. 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, dispõe no § 7º, I e III do art. 3º que a requisição pode ser adotada pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais da saúde, como uma das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do COVID-19.

A requisição tal qual prevista na Lei n. 13.979/2020, foi submetida, no dia 2 de setembro de 2020, a julgamento, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.362, ajuizada pela Confederação Nacional de Saúde, em que Supremo Tribunal Federal confirmou, por unanimidade,

que a medida regulamentada pela lei federal em questão está de acordo com a CRFB/88, e decidiu que as requisições administrativas de bens e de serviços realizadas por estados, municípios e pelo Distrito Federal para o combate ao coronavírus não dependem de análise nem de autorização do Ministério da Saúde, mas devem se fundamentar em evidências científicas e ser devidamente motivadas.

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.979/2020, QUE DISPÕE SOBRE MEDIDAS PARA O ENFRENTAMENTO DA EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DECORRENTE DA COVID-19. COMPETÊNCIA COMUM DOS ENTES FEDERADOS PARA CUIDAR DA SAÚDE. ARTS. 23, II, E 196 DA CF. FEDERALISMO COOPERATIVO. REQUISICÃO ADMINISTRATIVA VOLTADA PARA O CONFRONTO DA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO PRELIMINAR DO MINISTÉRIO DA SAÚDE. INDISPENSIBILIDADE, TODAVIA, DO PRÉVIO SOPESAMENTO DE EVIDÊNCIAS CIENTÍFICAS E ANÁLISES SOBRE INFORMAÇÕES ESTRATÉGICAS. MEDIDA QUE, ADEMAIS, DEVE OBSERVAR OS CRITÉRIOS DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FIXAÇÃO DE NOVOS REQUISITOS PARA A REQUISICÃO PELO JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE EM FACE DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.

(STF - ADI: 6362 DF 0089429-88.2020.1.00.0000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/09/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/12/2020)

Como visto, não obstante o disposto na lei federal, a pandemia e os impactos provocados nos serviços públicos, são devidamente enquadrados na situação de perigo público iminente previsto na CRFB/88 e, portanto, a requisição se faz medida apta a ser adotada pelo administrador público.

Todavia, a requisição não é a única alternativa prevista em lei, para o enfrentamento das demandas ocasionadas pela pandemia e nesse, aspecto, deve ser utilizada com a máxima cautela. Cite-se, como exemplo, a dispensa de licitação, hipótese igualmente prevista no art. 4o da Lei n. 13.979/2020, para fins de relativização da obrigatoriedade de procedimento licitatório prévio à contratação.

As escolhas do Poder Público, acerca do enfrentamento da crise, devem partir da premissa da dignidade da pessoa humana, da necessidade de construir um mundo mais solidário, de modo que as medidas de combate à pandemia devem ser as menos invasivas possíveis no que tange aos direitos fundamentais. Daí a necessidade de se utilizar a requisição administrativa apenas em último caso, quando nenhuma medida menos gravosa possa ser encontrada. O instituto precisa ser interpretado como uma medida de exceção, que não pode ser convertida em regra, sob pena de violação de direitos fundamentais. (Gomes e Gomes, 2020).

Gonçalves (2020) assevera que, a falta de planejamento e a ineficiência na gestão não validam o sacrifício de direitos fundamentais. A discricionariedade não pode significar arbitrariedade, nem tampouco liberdade absoluta, e a unilateralidade e autoexecutoriedade dos atos administrativos não caracterizam “cheque em branco” para o autoritarismo estatal diante do direito de propriedade, que é a regra constitucional.

A requisição administrativa não recai apenas sobre o direito de propriedade, mas também sobre os serviços pessoais, os quais, de acordo com a Cartilha da OAB/AMAZONAS (2020), mais se aproximam de um serviço civil obrigatório do que uma pena de trabalho forçado (o que é vedado pela CRFB/88). Aqui há verdadeiro limitador de consectário do direito à propriedade, constante no livre exercício da atividade econômica.

Assim, dentro do contexto da pandemia de COVID-19, cabe fazer uma comparação da requisição administrativa com o instituto da contratação temporária, cujas principais características serão apresentadas a seguir.

3. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA

A investidura em cargo ou emprego público tem como regra essencial a prévia aprovação em concurso público, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo, prevista no artigo 37, inciso II da CRFB/88,⁶ ressalvadas as hipóteses de investidura em cargos em comissão, de livre nomeação e exoneração, na forma prevista em lei.

É certo que o ingresso no serviço público mediante a prévia aprovação em concurso é a forma de se garantir que os princípios norteadores da Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade

6 Art. 37, II, CRFB/88 - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;

e eficiência) insculpidos no *caput* do artigo 37 da CRFB/88 sejam efetivamente observados.

Contudo, o texto constitucional apresenta outra exceção à forma de contratação de servidores, além da nomeação em cargos em comissão, prevista no art.37, IX da CFRB/88, qual seja, contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, que doravante será denominada de contratação temporária.

A contratação temporária, quando respeitada em sua essência, é uma ferramenta indispensável para atender as demandas instituídas ao Poder Público que não possam prescindir de uma atuação mais rápida, eficaz e pontual, uma vez que o concurso público, com todas as normas e regras que lhes são inerentes colocariam em risco a própria atuação estatal.

Como assevera Mello (2012, p. 290):

A razão do dispositivo constitucional em apreço, obviamente, é contemplar situações nas quais ou a própria atividade a ser desempenhada, requerida por razões muitíssimo importantes, é temporária, eventual (não se justificando a criação de cargo ou emprego, pelo que não haveria cogitar do concurso público), ou a atividade não é temporária, mas o excepcional interesse público demanda que se faça imediato suprimento temporário de uma necessidade (neste sentido, necessidade temporária), por não haver tempo hábil para realizar concurso, sem que suas delongas deixem insuprido o interesse incommum que se tem de acobertar.

Sobre a contratação temporária, o Supremo Tribunal Federal (STF) já manifestou o seguinte entendimento:

EMENTA. CONSTITUCIONAL ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEFENSOR PÚBLICO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA C.F. Art. 37, II e IX, Lei 6.094, de 2000, do Estado do Espírito Santo, inconstitucionalidade. I – A regra é a admissão de servidor público mediante concurso público: CF, art. 37, II. As duas exceções à regra são para os cargos em comissão referidos no inciso II do art. 37 e a contratação de pessoal por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público. CF, art. 37, IX.

Nessa hipótese, deverão ser atingidas as seguintes condições: a) previsão em lei dos cargos; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público; d) interesse público excepcional. (STF. ADI 2229. Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2004. DJ 25/06/2004)

Deste posicionamento, extrai-se que os principais requisitos da contratação temporária, previstos no mencionado inciso IX da CRFB/88 são: a) previsão em lei dos casos de contratação temporária; b) tempo determinado; c) necessidade temporária de interesse público e d) excepcional interesse público, os quais serão abordados a seguir:

3.1. Previsão em lei dos casos da contratação temporária

O primeiro requisito constitucionalmente exigido é que os casos de contratação temporária sejam estabelecidos em lei, conferindo-se a cada ente (federal, estadual ou municipal) a competência para determinar em quais as situações a contratação temporária é adequada.

Ressalte-se que a lei deve ser ordinária, tendo em vista que não há comando constitucional que a determine ser objeto de lei complementar. Assim, por exemplo, no âmbito da Administração Pública federal, a Lei ordinária n. 8.745/1993 dispõe em seu artigo 1º sobre o atendimento da necessidade temporária de excepcional interesse público pelos órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas, nas condições e prazos nela previstos.⁷

Dentre os casos considerados como de necessidade temporária de excepcional interesse público, a Lei acima mencionada previu, em seu art. 2º, a situação de calamidade pública (inciso, I) e assistência a emergência de saúde (inciso II).

O Decreto n. 10.593/2020 regulamenta o funcionamento do Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil e do Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil e dispõe acerca do Plano Nacional de Proteção e Defesa Civil e o Sistema Nacional de Informações sobre Desastres. Em seu art. 2º, define calamidade pública e situação de emergência.

7 Para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público, os órgãos da Administração Federal direta, as autarquias e as fundações públicas poderão efetuar contratação de pessoal por tempo determinado, nas condições e prazos previstos nesta Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8745cons.htm Acesso em: 18 nov.2020.

VIII - estado de calamidade pública - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação;

XIV - situação de emergência - situação anormal provocada por desastre que causa danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do Poder Público do ente federativo atingido ou que demande a adoção de medidas administrativas excepcionais para resposta e recuperação.

3.2. Prazo determinado

Conforme assentado pela própria natureza jurídica da contratação, o período contratual deve ser pré-determinado, sem qualquer possibilidade de que esta contratação tenha a sua natureza precária modificada para um prazo indeterminado.

Cumpra aqui esclarecer que, o servidor temporário não será investido em cargo público, o que, repita-se, somente é possível através de concurso público, tal qual regra a prevista no inciso II, do art. 37, da CFRB/88, sendo-lhe atribuído o exercício da função pública, através de uma relação de natureza-jurídico administrativa, selecionado por intermédio de um processo seletivo simplificado, consoante o quadro normativo disposto no ente federativo.

O Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência firme no sentido da necessidade de observância do prazo determinado para a contratação temporária. No julgamento da ADI 3649 prevista a necessidade de especificação das hipóteses e prazos na lei reguladora da contratação temporária pelo respectivo ente da Federação.

Ementa: 1) A contratação temporária prevista no inciso IX do art. 37 da Constituição da República não pode servir à burla da regra constitucional que obriga a realização de concurso público para o provimento de cargo efetivo e de emprego público. 2) O concurso público, posto revelar critério democrático para a escolha dos melhores a desempenharem atribui-

ções para o Estado, na visão anglo-saxônica do merit system, já integrava a Constituição Imperial de 1824 e deve ser persistentemente prestigiado. 3) Deveras, há circunstâncias que compelem a Administração Pública a adotar medidas de caráter emergencial para atender a necessidades urgentes e temporárias e que desobrigam, por permissivo constitucional, o administrador público de realizar um concurso público para a contratação temporária. 4) A contratação temporária, consoante entendimento desta Corte, unicamente poderá ter lugar quando: 1) existir previsão legal dos casos; 2) a contratação for feita por tempo determinado; 3) tiver como função atender a necessidade temporária, e 4) quando a necessidade temporária for de excepcional interesse público. (...)

(STF - ADI: 3649 RJ, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 28/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014)

Com efeito, fica estabelecido, desde o lançamento do edital, o prazo de duração do contrato a ser firmado pelo ente público contratante e o servidor público contratado, o que deverá ser rigorosamente observado, sob pena de se verificar burla à exigência constitucional de prévia aprovação em concurso público para provimento de cargo público.

3.3. Necessidade temporária

A necessidade temporária de interesse público importa em se constatar que a demanda a ser suprida seja eventual ou passageira. Porém, existe discussão tanto na doutrina quanto na jurisprudência, sobre a necessidade desta contratação ser atividade estatal de caráter essencial e permanente.

Na doutrina, Meirelles (2012, p. 473) defende que “o inciso IX não se refere exclusivamente às atividades de natureza eventual, temporária ou excepcional. Assim, não veda a contratação para atividades de natureza regular e permanente.”

Nesse sentido, já se posicionou o STF:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 2º, INC. VII, DA LEI 6.915/1997 DO ESTADO DO

MARANHÃO. CONTRATAÇÃO DE PROFESSORES POR TEMPO DETERMINADO. INTERPRETAÇÃO E EFEITO DAS EXPRESSÕES “NECESSIDADE TEMPORÁRIA” E “EXCEPCIONAL INTERESSE PÚBLICO”. POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA PARA SUPRIR ATIVIDADES PÚBLICAS DE NATUREZA PERMANENTE. TRANSITORIEDADE CARACTERIZADA. PARCIAL PROVIMENTO DA AÇÃO. 1. A natureza permanente de algumas atividades públicas - como as desenvolvidas nas áreas da saúde, educação e segurança pública - não afasta, de plano, a autorização constitucional para contratar servidores destinados a suprir demanda eventual ou passageira. Necessidade circunstancial agregada ao excepcional interesse público na prestação do serviço para o qual a contratação se afigura premente autoriza a contratação nos moldes do art. 37, inc. IX, da Constituição da República. 2. **A contratação destinada a atividade essencial e permanente do Estado não conduz, por si, ao reconhecimento da alegada inconstitucionalidade. Necessidade de exame sobre a transitoriedade da contratação e a excepcionalidade do interesse público que a justifica.** 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente para dar interpretação conforme à Constituição. (ADI 3247, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-158 DIVULG 15-08-2014 PUBLIC 18-08-2014) (grifamos)

Em outra linha de pensamento, o Supremo Tribunal Federal, atribuindo inconstitucionalidade à lei municipal, negou a possibilidade de contratação temporária de atividade considerada permanente, através de voto conduzido pelo Ministro Dias Toffoli, no RE 658.026/MG:

Ementa Recurso extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal em face de trecho da Constituição do Estado de Minas Gerais que repete texto da Constituição Federal. Recurso processado pela Corte Suprema, que dele conheceu. Contratação temporária por tempo determinado para atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público. Previsão em lei municipal de atividades ordinárias e regulares. Definição dos

conteúdos jurídicos do art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal. Descumprimento dos requisitos constitucionais. Recurso provido. Declarada a inconstitucionalidade da norma municipal. Modulação dos efeitos. 1. O assunto corresponde ao Tema nº 612 da Gestão por Temas da Repercussão Geral do portal do STF na internet e trata, “à luz dos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal, [d]a constitucionalidade de lei municipal que dispõe sobre as hipóteses de contratação temporária de servidores públicos”. 2. Prevalência da regra da obrigatoriedade do concurso público (art. 37, inciso II, CF). As regras que restringem o cumprimento desse dispositivo estão previstas na Constituição Federal e devem ser interpretadas restritivamente. **3. O conteúdo jurídico do art. 37, inciso IX, da Constituição Federal pode ser resumido, ratificando-se, dessa forma, o entendimento da Corte Suprema de que, para que se considere válida a contratação temporária, é preciso que: a) os casos excepcionais estejam previstos em lei; b) o prazo de contratação seja predeterminado; c) a necessidade seja temporária; d) o interesse público seja excepcional; e) a necessidade de contratação seja indispensável, sendo vedada a contratação para os serviços ordinários permanentes do Estado, e que devam estar sob o espectro das contingências normais da Administração.** 4. **É inconstitucional a lei municipal em comento, eis que a norma não respeitou a Constituição Federal. A imposição constitucional da obrigatoriedade do concurso público é peremptória e tem como objetivo resguardar o cumprimento de princípios constitucionais, dentre eles, os da impessoalidade, da igualdade e da eficiência.** Deve-se, como em outras hipóteses de reconhecimento da existência do vício da inconstitucionalidade, proceder à correção da norma, a fim de atender ao que dispõe a Constituição Federal. 5. Há que se garantir a instituição do que os franceses denominam de *la culture de gestion*, a cultura de gestão (terminologia atualmente ampliada para ‘cultura de gestão estratégica’) que consiste na interiorização de um vetor do progresso, com uma apreensão clara do que é normal, ordinário, e na concepção de que os atos de administração devem ter a pretensão de ampliar as potencialidades administrativas, visando à eficácia e à transformação

positiva. 6. Dá-se provimento ao recurso extraordinário para o fim de julgar procedente a ação e declarar a inconstitucionalidade do art. 192, inciso III, da Lei nº 509/1999 do Município de Bertópolis/MG, aplicando-se à espécie o efeito ex nunc, a fim de garantir o cumprimento do princípio da segurança jurídica e o atendimento do excepcional interesse social. (RE 658026, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 09/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-214 DIVULG 30-10-2014 PUBLIC 31-10-2014) (grifo nosso)

Não se pode olvidar, porém, que tal necessidade não pode ser gerada pela inércia do administrador público. O planejamento é princípio fundamental da Administração Pública expresso no art. 6º, inciso I do Decreto-lei n. 200/1967⁸, que determina aos órgãos e entidades públicas adequar as suas projeções de contratação de pessoal às necessidades do serviço e à disponibilidade orçamentária.

É o que salienta Matta (2015, p. 78-88), ao tempo em que discorre sobre o desvirtuamento do uso da exceção prevista no art.37, IX da CFRB/88:

Assim, mostra-se irregular a atuação do gestor público que, ao longo de anos, não implementa procedimentos de concurso público e, em dado momento, efetua contratação excepcional temporária, sem concurso, sob o argumento de que, caso não a promova, advirão prejuízos à prestação de serviços públicos. Nesse caso de desvirtuamento do sistema, deve ser identificada a gestão irregular do patrimônio público e promovida a apenação do administrador público faltoso.

Desta forma, para que a contratação de pessoal seja autorizada há que se demonstrar que a necessidade é, em outras palavras, de natureza provisória e excepcional, o que não pode ser fruto da inércia do administrador, para fins de provocar a contratação sem concurso público.

8 "Art. 6º As atividades da Administração Federal obedecerão aos seguintes princípios fundamentais: I - Planejamento". Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm Acesso em: 18 nov.2020.

3.4. Excepcional interesse público

O último requisito da contratação temporária é a excepcionalidade do interesse público. Excepcional, em dicionário é definido como “que não se encontra dentro dos padrões ou limites considerados normais.” (Dicionário Online de Português, 2020)⁹

Como destaca Madeira (2010, p. 29), o termo excepcional é utilizado pela CRFB/88 para afirmar que situações administrativas comuns não poderão ensejar a contratação desses servidores.

A Lei n. 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, traz o interesse público como um dos princípios a serem observados pela Administração Pública.

Cristóvam (2015, p. 1), defende que o interesse público é a expressão dos valores indisponíveis e inarredáveis assegurados pela CRFB/88, sob o signo inarredável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional).

Em posicionamento mais clássico, Melo (2012, p. 62) afirma que:

“Ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual.”

Todavia, o citado autor, ao esclarecer que tal definição não é suficiente para se compreender o que é interesse público, concluiu que:

o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualificação de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.

Portanto, para fins de interesse público a que se reporta o inciso IX da CRFB/88, tal definição pautada nos interesses da coletividade apresenta-se

⁹ Disponível em <https://www.dicio.com.br/excepcional/>. Acesso em 01 mai 2021.

como justificadora da excepcional relativização da obrigatoriedade da observância do concurso público prévio à ocupação de cargo público.

3.5 Da situação emergencial da pandemia de covid-19

Expostas as balizas do instituto da contratação temporária e considerando o disposto no inciso IX, do art. 37 da CRFB/88, que prevê hipóteses excepcionais para a Administração Pública realizar tais contratações de pessoal, cumpre aqui questionar se a pandemia de COVID-19 é uma situação que possa ensejar a contratação temporária no serviço público.

Nos termos do art. 2º, II da Lei federal n. 8.745/93, destaca-se como hipótese de contratação temporária para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público a *assistência a emergências em saúde pública*, sob redação conferida pela Medida Provisória n. 483, de 2010, posteriormente convertida na Lei n. 12.314/2010.

Anteriormente, o texto original do dispositivo susomencionado previa a hipótese de necessidade temporária de excepcional interesse público para o combate a surtos endêmicos. Essencial compreender o conceito de endemia e, para tanto, importa a diferenciação entre surto, epidemia, pandemia e endemia. O surto é o acréscimo inesperado de casos de uma doença em região específica. Já a epidemia classifica-se como a emergência do surto em diversas regiões. Por sua vez, a pandemia é a extensão da epidemia a níveis mundiais¹⁰.

Diferentemente das demais classificações, que se baseiam em aumento considerável de quantitativo, a endemia é a manifestação frequente de determinada doença em um local¹¹.

Ou seja, a redação original do inciso II, do art. 2º da Lei n. 8.745/1993, previa hipótese específica de combate a surtos endêmicos. Pelos conceitos expostos, é possível verificar a restrição de tal expressão. Sendo a endemia manifestação de doença que já ocorre em determinado local de modo perene, citando-se como exemplo, a malária no estado do Amazonas, o surto endêmico se restringiria ao aumento brusco de doenças já presentes em determinada localidade. Doenças de aparecimento recente na localidade não estariam literalmente abrangidas pela expressão legal.

10 Disponível em <https://www.sbmfc.org.br/noticias/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-o-que-isso-significa/>. Acesso em: 30 set.2020

11 Disponível em <https://www.sbmfc.org.br/noticias/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-o-que-isso-significa/>. Acesso em: 30 set.2020

O item 25 da exposição de motivos da Medida Provisória n. 483, de 2010 é expresso ao revelar a intenção da alteração normativa.

25. A edição de medidas provisórias, em conformidade com o art. 62º da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece como pressupostos formais a relevância e urgência da matéria. Com relação às alterações da Lei nº 8.745, de 1993, a mudança de redação do inciso II, do artigo 2º, deste diploma, irá assegurar as condições legais para que a Administração possa, com celeridade, enfrentar as situações caracterizadas como de emergência em saúde pública, provocadas por pandemias, epidemias ou mesmo endemias, ou ainda pela necessidade de repor com urgência a força de trabalho de unidades hospitalares federais para assegurar o direito constitucional à saúde. A nova redação objetiva dar sentido mais ampliado ao texto vigente, possibilitando caracterizar como necessidade temporária de excepcional interesse público não só as situações de combate a surtos endêmicos, como também a outras situações de emergências em saúde pública. A redação atual, em diversos momentos, gerou controvérsias entre o que é pandemia ou epidemia e, por isso, situações de evidente excepcionalidade e necessidade temporária deixaram de ser atendidas. O Constituinte previu a possibilidade da Administração Pública contratar, para atender à necessidade temporária e excepcional, servidores em caráter temporário para evitar a descontinuidade na prestação dos serviços públicos. A ampliação do prazo máximo de vigência dos contratos para atender à saúde indígena atende aos pressupostos de urgência e relevância em face da necessidade de assegurar em curtíssimo prazo a substituição de profissionais que hoje são contratados por organizações não-governamentais, com o objetivo de garantir que os serviços sejam mantidos em todas as comunidades.¹²

A alteração legal promoveu a expansão do alcance da norma para a assistência a emergências em saúde pública. Mais uma vez o conceito colabora para compreensão do alcance da norma. A emergência teria como contraponto as situações de urgência.

12 Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Exm/Exm41MP-mpv483-10.htm. Acesso em 02 mai 2021.

Em notícia extraída da Agência CNJ de Notícias diferenciam-se os conceitos pelo risco potencial à vida do paciente em caso de atraso no atendimento.

A “urgência” é definida como “a ocorrência imprevista de agravo à saúde com ou sem risco potencial de vida, cujo portador necessita de assistência médica imediata” e a “emergência”, como a “constatação médica de condições de agravo à saúde que impliquem em risco iminente de vida ou sofrimento intenso, exigindo portanto, tratamento médico imediato.” Um exemplo do primeiro é um caso de fratura de perna; o segundo, um caso de infarto agudo do miocárdio. (Agência CNJ de Notícias, 2019).¹³

De fato, as emergências em saúde pública justificam a utilização excepcional da contratação temporária enquanto potencial situação dotada de irreversibilidade. Ou seja, o respeito à regra da contratação através de concurso público poderia gerar atraso tal para atender a casos, que sob risco de morte dos indivíduos, teria potencial para gerar efeitos irreversíveis. Aqui, busca-se evitar os efeitos deletérios do tempo com a contratação dos profissionais que atuariam no combate à situação de emergência na saúde pública.

Estabelecidos tais pressupostos, é possível indagar o cabimento de preencher tal hipótese com a contemporânea situação da pandemia de COVID-19. Consideradas as consequências que ultrapassam o âmbito da saúde, tanto comportamentais, quanto sociais, econômicas e políticas, a mesma está definida como uma emergência em saúde pública. A Lei n. 13.979/2020 reafirma a pandemia de coronavírus como emergência em saúde pública que enseja medidas excepcionais.

A alta potência da doença de gerar a lotação de hospitais leva a uma necessidade premente de contratação de profissionais para atender ao incremento da demanda. Por certo, frente às centenas de mortes diárias no Brasil em razão da pandemia de COVID-19, ante a maior crise sanitária secular¹⁴, aguardar o respeito à regra do concurso público para a contrata-

13 Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-qual-e-a-diferenca-entre-urgencia-e-emergencia-medicas/>>. Acesso em 01 out.2020.

14 Conforme informações da Organização Mundial da Saúde em 29 de abril de 2021, apenas no Brasil, já foram confirmados 14.441.563 casos de COVID-19, tendo ocorrido 395.022 mortes. Disponível em: <https://covid19.who.int/region/amro/country/br>. Acesso em: 29 abr 2021.

ção de profissionais de saúde habilitados não responderia adequadamente às necessidades sociais, uma vez que em tal situação de emergência pública, um incremento de contratação de profissionais de saúde está diretamente ligado aos cuidados com a doença e ao impedimento de vidas ceifadas.

Inclusive, em relatório técnico emitido pela FIOCRUZ denominado “A Gestão de Riscos e Governança na Pandemia por COVID-19 no Brasil” fica evidente a situação emergencial causada, sendo a pandemia definida como desastre global, com potencial de afetar principalmente os mais pobres. Apontada ainda a possibilidade de evolução para crise humanitária em países como o Brasil (2020, p. 11).

Em 11 de março o Diretor da Organização Mundial da Saúde caracterizou a Emergência em Saúde Pública por COVID-19 como uma Pandemia. Não só por envolver a disseminação mundial de uma nova doença, que se propaga pelo mundo sem que a maioria das pessoas tenha imunidade, mas também por ser a primeira Pandemia causada por um coronavírus.

Neste Relatório Técnico compreendemos a Pandemia por COVID-19 como um Desastre Global que pode evoluir para uma Emergência Complexa envolvendo o potencial de uma Crise Humanitária em muitos países, incluindo o Brasil. (RELATÓRIO TÉCNICO DA FIOCRUZ, 2020, p. 30)¹⁵

Cumprе ressaltar que o referido Relatório não apenas destaca o caráter emergencial da pandemia de COVID-19, como também aponta para a necessidade de estruturação do Poder Público e engajamento da sociedade para a prevenção e cuidados em relação a novas emergências de saúde pública que podem acontecer, de modo a gerir riscos e impedir o potencial de causador de catástrofes humanitárias de tais situações.

Estabelecidos tais contornos da pandemia enquanto emergência em saúde pública, constata-se que a contratação temporária de pessoal é um instrumento jurídico que pode ser utilizado frente à situação delineada pelo COVID-19.

15 Disponível em <https://portal.fiocruz.br/sites/portal.fiocruz.br/files/documentos/relatoriocepedes-isolamento-social-outras-medidas.pdf>. Acesso em 01 mai 2021.

4. REQUISIÇÃO ADMINISTRATIVA E CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA NO CONTEXTO DA PANDEMIA DE COVID-19. VANTAGENS E DESVANTAGENS DOS DOIS INSTITUTOS.

A CRFB/88 estabelece os institutos jurídicos que podem ser utilizados pelos gestores públicos para a adoção das medidas de enfrentamento da emergência e o atendimento eficaz das demandas originadas pelo COVID-19, dentre as quais, destacamos no presente trabalho a requisição administrativa e a contratação temporária.

Como ressalta Batista (2020, p.4):

No furor da contingência, espera-se do gestor público uma ação estratégica. Em meio a indicações de um cenário catastrófico, a administração aponta para novas opções, sem, obviamente, divagar em fantasias de otimismo ou de pessimismo, mas em fatos, metas e resultados. Cabe ao administrador escolhido pelo povo, primeiramente, saber situar-se como aquele que identifica os players, os recursos, as atribuições e alocar todos numa estratégia clara e sólida. Numa estratégia em execução, todos falam a mesma língua. Os erros e acertos são de responsabilidade de todos. Os resultados também. Numa gestão de sucesso, os alvos podem ser modificados por causa de um cenário de contingência, mas ainda assim, eles continuam sendo atingidos. A sensação de limitação e de medo trazida por esta pandemia deve fazer surgir novos caminhos, novas soluções e novos perfis de gestores públicos.

Na execução das estratégias, as vantagens e as desvantagens de tais instrumentos devem ser analisadas, sempre sob a ponderação dos princípios da supremacia do interesse público com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Analisadas as características da requisição administrativa, pode-se destacar como vantagem a sua capacidade de ser execução imediata, em vista de ser autoexecutável.

No caso da requisição de serviços pessoais, os casos não precisam ser previstos em lei, como acontece na contratação temporária de pessoal e, estes não precisam ser correspondentes a cargo público já existente nos quadros da Administração Pública, pois é sabido que servidores temporários ocupam funções públicas como acima ilustramos.

Como desvantagem, a indenização posterior representa possibilidade de prejuízo ao particular cujo serviço pessoal foi requisitado, colocando em risco a própria subsistência imediata deste, em razão da potencial demora do pagamento. Afinal, ainda que a razoabilidade deva imperar no tempo de devolução, inexistem normas que delimitem especificamente o prazo e a forma em que a indenização deve ser efetuada.

Cumpra ainda ressaltar a Portaria n. 188, de 3 de fevereiro de 2020, do Ministério da Saúde (MS), que declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Assim, não seria razoável aguardar o final da emergência para o pagamento das correspondentes indenizações.

Reforçados, portanto, os argumentos expedidos de que a requisição administrativa somente deve ser aplicada em casos excepcionais, com o máximo de cautela quanto os direitos fundamentais dos particulares que tenham os serviços requisitados.

Quanto à contratação temporária de pessoal, sobressai como vantagem, o fato de que os servidores contratados são vinculados à Administração, por um contrato de direito público sob regime jurídico-administrativo que lhes confere direitos e deveres, inclusive quanto à remuneração pelas atividades executadas e a eventual indenização por dispensa, previamente estabelecida.

Ressalte-se que, ao contrário da requisição administrativa, a contratação temporária de pessoal somente pode ser efetuada quanto aos casos já previstos na lei do respectivo ente público.

Como desvantagem, notamos que os procedimentos para a contratação temporária de pessoal podem não corresponder às necessidades urgentes e imediatas provocadas pela emergência. Exigências quanto às estimativas de impacto e previsão orçamentária referente às despesas com pessoal ora criadas e o próprio processo de convocação em edital dos interessados, apresentação da documentação necessária e procedimentos pré-admissionais podem representar uma demora que o pronto atendimento da emergência pode não comportar. Importa destacar que a contratação temporária está relacionada à demanda provisória ou complementar do serviço, não necessariamente da necessidade de urgência na contratação.

Assim, entre as vantagens e desvantagens acima anotadas, cumpre ao gestor público, decidir qual dos dois institutos atende da melhor forma ao interesse público no caso em concreto, considerando os princípios que regem a Administração Pública (legalidade, impessoalidade, moralidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência) e, mediante a ponderação do princípio da supremacia do interesse público, com o respeito aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade humana.

Não obstante, a adoção de uma medida não impede a implementação da outra, podendo os institutos serem de aplicação complementar, desde que guiado ao melhor atendimento do interesse público, que no contexto da pandemia está, inclusive, diretamente relacionado à proteção das vidas e saúde dos indivíduos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação de emergência causada pela pandemia de COVID-19 compeliu o administrador público a se utilizar de institutos do direito administrativo que possibilitam uma atuação mais célere da Administração Pública, dentre os quais destacamos a requisição administrativa, prevista no art.5º, XXV e a contratação temporária de pessoal, prevista no art. 37, inciso IX, ambos da CRFB/88.

A requisição administrativa surgiu como uma forma de intervenção estatal sobre a propriedade privada, estendida a bens e serviços, no caso de iminente perigo público, mediante indenização posterior, quando houver dano.

Em vista da sua natureza autoexecutória, transitória e unilateral, deve ser utilizada com a máxima cautela e somente quando as outras alternativas previstas em lei não sejam cabíveis ou eficazes para o enfrentamento da situação de emergência. Na situação de pandemia, verifica-se a necessidade do enfrentamento com medidas excepcionais.

A contratação temporária de pessoal (exceção à regra de admissão pela via do concurso público) mostrou-se como opção para a contratação de serviços de pessoas naturais, quando presentes os seus requisitos: a) previsão em lei dos casos de contratação por tempo determinado; b) tempo determinado; c) necessidade temporária; e d) excepcional interesse público.

Conforme analisado, na contratação temporária busca-se evitar os efeitos deletérios do tempo para a contratação de profissionais que atuem nas demandas decorrentes da situação de emergência em saúde pública, tal como dispõe o teor da Portaria n. 188/2020 (MS) quando declarou a emergência em saúde pública de importância internacional causada pelo novo Coronavírus.

Vislumbrou-se que assistência em emergências públicas é uma das situações elencadas pela Lei n. 8.745/93 (utilizada como parâmetro no presente estudo), colaborando tal conceito de emergência para a compreensão do alcance da norma.

Todavia, tal espécie de contratação de pessoal encontra, na própria lei, certo limites, por vezes intransponíveis, tais como a necessidade de previ-

são da contratação temporária em lei do ente federativo, dentre outros, que impossibilitam, em determinados casos, o seu emprego ao caso concreto e a sua eficácia perante a situação de emergência.

Assim, feita a análise dos institutos da requisição administrativa e da contratação temporária, é forçoso concluir que:

a) Os casos de contratação temporária de pessoal devem ser estabelecidos em lei como necessidade temporária de excepcional interesse público, enquanto a requisição pode recair sobre qualquer tipo de serviços e bens, mesmo aqueles não previstos em lei;

b) Na contratação temporária de pessoal, os particulares são vinculados à Administração Pública por contrato de natureza pública, sob regime jurídico-administrativo, que lhes confere direitos e deveres, inclusive quanto à remuneração e eventual indenização por dispensa, o que não ocorre na requisição administrativa, cuja indenização é *a posteriori*, colocando em risco a própria subsistência do particular cujos serviços sejam requisitados, em razão da eventual demora no pagamento da indenização devida;

c) os procedimentos para a contratação temporária de pessoal devem obedecer aos ritos previstos em lei, sendo que a requisição administrativa não guarda maiores formalidades em lei específica. Não obstante, ainda assim o princípio da legalidade norteia a atuação do administrador público.

Ante o exposto, seja pela contratação temporária, seja pela via da requisição administrativa, ao administrador cumpre desempenhar com a máxima efetividade e eficácia o papel a si atribuído pela CRFB/88 em defesa do interesse público, sempre ponderando a supremacia do interesse público com os direitos fundamentais e princípios da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BATISTA, Nacelmo Oliva. *Contingência e Gestão Pública* – lições da pandemia mundial. Disponível em <<https://portais.univasf.edu.br/profiap/contingencia-e-gestao-publica.pdf>>. Acesso em 27 out.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 6.362/DF*, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 02/09/2020. Data de Publicação: 21/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 658026*, Tribunal Pleno, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI. Data do Julgamento: 09/04/2014. Data de Publicação: 31/10/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2229, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Carlos Velloso. Data do Julgamento: 09/06/2004. Data de Publicação: 25/06/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3247, Tribunal Pleno, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA. Data do Julgamento: 26/03/2014. Data de Publicação: 18/08/2014.

CNJ *Serviço: qual é a diferença entre urgência e emergência médicas?* Agência CNJ de notícias, 2019. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-qual-e-a-diferenca-entre-urgencia-e-emergencia-medicadas/>>. Acesso em 01 out.2020.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Para um conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito: algumas considerações*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4454, 11 set. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42480>. Acesso em: 27 out.2020.

CUNHA, Lorena Belo da; *Requisição administrativa em tempos de pandemia*; <<https://domtotal.com/noticia/1474042/2020/09/requisicao-administrativa-em-tempos-de-pandemia/>> Acesso em 26 out.2020.

DICIO. *Dicionário Online de Português*. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/>>. Acesso em: 02 nov.2020.

OMS *declara pandemia de coronavírus. O que isso significa?* Sociedade brasileira de medicina de família e comunidade, 2020. Disponível em: <<https://www.sbmfc.org.br/noticias/oms-declara-pandemia-de-coronavirus-o-que-isso-significa/>>. Acesso em: 30 set.2020.

GOMES, Camila Paula de Barros e GOMES, Flávio Marcelo. *Requisição Administrativa em Tempos de Pandemia*. São Paulo: Revista Juris UniTolledo. V. 05, n. 03, p. 180-191, jul./set., 2020.

GONÇALVES, Fabiano. *Requisição administrativa e a Covid-19*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/fabiano-goncalves-requisicao-administrativa-covid>> Acesso em: 30 out.2020.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. *Servidor público na atualidade*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2010.

MATTA, Marco Antonio Sevidanes da. *Contratação temporária de pessoal*

na *Administração Pública* – Desvirtuamento do uso da exceção prevista no art. 37, IX, da Constituição Federal -- REVISTA DO TCU Publicado 2005-10-01 Edição n. 106 (2005) Seção Doutrina. Disponível em: <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/issue/view/27>>. Acesso em: 26 out.2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros. 2012.

NOVO, Benigno Núñez. *Pandemia, seus efeitos na gestão pública e no ano eleitoral*. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11632/Pandemia-seus-efeitos-na-gestao-publica-e-no-ano-eleitoral>>. Acesso em: 27 out.2020.

OAB/AMAZONAS/ Comissão de Estudos em Direito Administrativo e Políticas Públicas da OAB/AM (CEDAPP). *Cartilha Requisição Administrativa em Tempos de COVID-19*. 2020.

World Health Organization. *Dados atualizados sobre o contágio de COVID-19*, 2021. Disponível em: <<https://covid19.who.int/region/amro/country/br>>. Acesso em: 29 abr.2021.

A arbitragem como meio de resolução de controvérsias sobre sanções contratuais administrativas

Heloyza Simonetti Teixeira¹
Renata Simonetti Teixeira²

RESUMO

O presente artigo tem por escopo analisar a possibilidade de submissão à arbitragem de conflitos que versem sobre aplicação de sanções na seara dos contratos administrativos. A arbitragem traz importantes vantagens na área negocial, como eficiência e celeridade, dentre outras, razão por que tem tido ampla utilização em negócios privados e nas relações contratuais com a Administração Pública. No entanto, faz-se importante investigar se a Administração Pública pode se submeter à resolução de controvérsias por meio de arbitragem, quando o objeto for sanção contratual aplicada ao contratado, haja vista que se trata de cláusula exorbitante, cuja natureza confere ao ente público o poder legal de infligir penalidades ao particular inadimplente com suas obrigações. A metodologia utilizada no desenvolvimento deste artigo foi a qualitativa, por meio de sistema exploratório, em que se buscou o desenvolvimento teórico baseado em estudos de autores que já se dedicaram a temáticas similares.

Palavras-Chave: Contrato Administrativo. Arbitragem. Sanções contratuais. Cláusula Exorbitante.

1 Doutora em Direito Constitucional (UNIFOR). Mestre em Direito Ambiental (UEA). Graduada em Direito e em Economia (UFAM). Procuradora do Estado do Amazonas. Diretora da Escola Superior de Advocacia Pública da PGE-AM. Professora de graduação e de Pós-graduação em Direito Público do CIESA.

2 Pós-graduada em Direito Processual Civil (CIESA). Graduada em Direito (CIESA). Mestranda em Direito (FADISP). Graduada em Administração pela Universidade Federal do Estado do Amazonas. Assessora no Tribunal De Justiça do Estado do Amazonas.

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem constitui-se um dos meios extrajudiciais de solução de conflitos, no qual impera a autonomia da vontade das partes, podendo os interessados conferirem a um terceiro, alheio à demanda, o poder de proferir decisão acerca das questões controvertidas oriundas da relação contratual por eles mantida. Um ponto que merece realce na arbitragem é a celeridade em relação às ações que tramitam no Poder Judiciário.

Na esfera da Administração Pública, tem-se que o art. 1º, da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, autorizou o uso da arbitragem, desde que os litígios se refiram a direitos patrimoniais disponíveis. Mesmo anteriormente à legislação atual, não obstante as celeumas sobre a plausibilidade de utilização do instituto pela Administração Pública, foram exaradas decisões judiciais favoráveis à participação de Entes públicos em arbitragem, como se pode exemplificar a decisão proferida no conhecido “caso Lage”³, em 1973, cuja discussão girou em torno de desapropriação de imóveis promovida pela União. Este caso foi levado à apreciação do Plenário do Supremo Tribunal Federal - STF, e significou importante precedente no sentido de se reconhecer a participação da União em procedimento arbitral, nesses termos “[...] a legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso Direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.”

A Lei n. 13.129/2015 teve sua constitucionalidade questionada perante o STF, mas restou reconhecida⁴, a partir do que o uso da arbitragem tomou grande impulso, consolidando-se como método adequado de solução de conflitos externamente ao Poder Judiciário, sempre sob um quadro de total segurança jurídica.

A autorização legal para participação da Administração Pública, de acordo com o parágrafo 1º, do art. 1º, da sobredita Lei, expressamente mencionou que o uso da arbitragem está condicionada a questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis. Considerando que a previsão legal não apresentou elenco taxativo de quais são esses direitos disponíveis, há de se

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 52.181/GB** Relator Min Bilac pinto. DJ. 15 fev. 1974. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/712725/agravo-de-instrumento-ai-52181-gb>. Acesso em: 10 set. 2019. Considerado um dos marcos do reconhecimento do uso da arbitragem pela Administração Pública, decorrente de desapropriação de bens pertencentes à empresa Organização Lage, ocorrido por ocasião da declaração de estado de guerra em 1942.

4 Acórdão proferido no Agravo regimental da Sentença Estrangeira n. 5206, oriunda do Reino da Espanha, que trouxe inegável contribuição para conferir segurança jurídica e incentivar o uso desse instituto em nosso país.

indagar se qualquer matéria pode ser objeto de arbitragem no âmbito dos contratos celebrados por entes públicos.

Nesse contexto se insere a problemática proposta, dada a importância de se averiguar sobre o uso da arbitragem nos conflitos que envolvem a aplicação de sanções contratuais, pela Administração Pública, haja vista o art. 58 da Lei n. 8.666/93 (art. 104, da Nova Lei de Licitações, Lei n. 14.133/2021), que rege as contratações públicas, preconizar que o regime jurídico dos contratos administrativos confere à Administração Pública algumas prerrogativas, dentre estas a de aplicar sanções, motivadas por inexecução total ou parcial da avença.

Com esse objetivo, faz-se necessário proceder à incursão em aspectos que perpassam o estudo do tema principal, entre os quais se destacam: (i) demonstrar a autorização legal do uso da arbitragem pelos Entes públicos e os critérios relevantes para o uso da arbitragem na esfera pública; (ii) analisar a natureza das cláusulas exorbitantes como característica marcante dos contratos administrativos; (iii) verificar se as cláusulas exorbitantes constituem óbice à submissão dos conflitos oriundos da aplicação de sanções ao juízo arbitral.

Analisados tais aspectos, passa-se à reflexão acerca da pertinência de resolução por meio da arbitragem de controvérsias que versem sobre a aplicação de sanções nos contratos administrativos, pela Administração Pública.

2. NOTAS GERAIS SOBRE A ARBITRAGEM

A arbitragem é um instituto aplicável a qualquer conflito contratual, cuja utilização é decidida pelas partes, e a possibilidade de composição é submetida à análise e decisão de um terceiro – árbitro -. O árbitro deve gozar da confiança dos interessados e deter competência para dirimir as controvérsias originadas dessa relação jurídica. Como se pode inferir, o uso do juízo arbitral concretiza a tão almejada participação dos cidadãos no exercício da atividade estatal, o que realça, sobremaneira, a relevância do instituto.

A arbitragem, nas lições de Marinoni, Arenhat e Mitidiero (2019), constitui-se outra forma heterocompositiva admitida no direito brasileiro, além da jurisdição estatal, que surgiu realçando a morosidade e a falta de qualificação técnica do Poder Judiciário para julgar determinadas matérias. Segundo remarcam os referidos autores, esses motivos levaram à tendência de se direcionar para a arbitragem contendas endereçadas ao Poder Judiciário.

A título de argumentação, para enfatizar a importância desse mecanis-

mo, convém sublinhar que é reconhecido no ordenamento jurídico de países europeus, como Portugal, em que os tribunais arbitrais, como são denominadas as entidades que atuam nessa área, têm assento constitucional, na forma do n. 2 do art. 209, da Constituição da República Portuguesa⁵ (CRP).

No Brasil, a experiência com a arbitragem intensificou-se em consequência da necessidade de se usar meios de solução de conflitos compatíveis com o crescimento econômico do país, que exige investimentos em setores fundamentais, como energia e infraestrutura, razão por que se tornou imprescindível uma nova formatação do Estado para atuar nesse cenário econômico e social, como forma de atrair investidores.⁶

Em conformidade com o art. 3º, da Lei n. 9.307/1996, as formas pelas quais os interessados podem resolver litígios por intermédio do juízo arbitral são: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Uma vez assinado o contrato com cláusula compromissória ou feito o compromisso arbitral, torna-se obrigatório o uso do instituto. Os referidos instrumentos estão definidos na citada lei, conforme a seguir transcrito:

Art. 4º. A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio, já existente, à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

Feitas essas breves observações genéricas e introdutórias, que se mostram oportunas para situar o tema aqui tratado, passa-se à abordagem acerca do uso da arbitragem no direito público, especialmente, nos contratos administrativos.

3. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A legislação brasileira autorizou expressamente a Administração Públi-

5 Constituição da República Portuguesa. Art. 209. Categorias de tribunais. 2. Podem existir tribunais marítimos, tribunais arbitrais e julgados de paz. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em: 3 set. 2019.

6 TIMM, Luciano Benetti; SILVA, Thiago Tavares da. Os contratos administrativos e a arbitragem. Disponível em: http://www.revistajuridica.com.br/doutrina_integra.asp?id=1186. Acesso em: 3 set. 2019.

ca a solucionar conflitos por meio da arbitragem, desde que obedecidas as condições preconizadas em lei, com realce a de que matéria deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis. A partir da Lei n. 13.129/2015, que alterou a Lei 9.307/1996, denominada Lei Brasileira de Arbitragem, no art. 1º, pacificou-se a cizânia até então instaurada acerca da possibilidade de participação dos entes da Administração Pública na resolução de contendas por intermédio de instrumento de arbitragem.

A despeito das divergências doutrinárias, forçoso reconhecer que previsões pontuais da aplicabilidade do instituto da arbitragem já o admitiam expressamente, como se deduz da leitura das seguintes normas: Lei n. 8.987/2005, alterada pela Lei n. 11.196/2005; Lei n. 11.079/2004 e Lei n. 12.815/2013, respectivamente, referentes às concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas e portos.

Em conformidade com a Lei de Arbitragem, o óbice à participação da Administração Pública diz respeito apenas aos conflitos que envolvam interesses indisponíveis, entendidos como interesses públicos, que não podem ser confundidos com a “[...] indisponibilidade do direito patrimonial do Estado”, eis que em determinadas situações o Estado terá que renunciar a determinados direitos com o objetivo de atender ao interesse público”. (LIMA, 2018).

A interpretação adequada à expressão *direitos patrimoniais disponíveis* deve ser a que abrange os direitos que podem ser exercidos livremente, isto é, “sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência.” (CARMONA, 2009).

Observa-se, dessa feita, que o objeto do conflito, ou a arbitrabilidade objetiva, passa a ser o ponto indispensável para se definir o uso da arbitragem, ou não, na esfera da Administração Pública, considerando-se que a legislação brasileira adotou esse critério⁷.

Vale citar que, mesmo nas legislações que se preocuparam em esclarecer o que se considera como direito patrimonial disponível, há que ser interpretado como rol exemplificativo e não taxativo⁸, como ocorre na Lei n. 13.448, de junho de 2017, que lista expressamente as seguintes hipóteses no parágrafo 4º, do art. 31: “(i) as questões relacionadas à recomposição do

7 Em países como a Alemanha, a Áustria e Portugal adotaram o critério da patrimonialidade dos conflitos, o que confere mais clareza acerca do objeto a ser dirimido, haja vista a discussão que tem sido travada na doutrina brasileira acerca da indisponibilidade. LIMA, Bernardo Silva de. GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. Os Limites da Atuação da Administração Pública na Arbitragem. Dificuldades Concretas. In: Coletânea de Estudos em Mediação e Arbitragem do I Fórum Nacional de Mediação e Arbitragem. GRAMACHO, Analice Passos; VASCONCELOS Paula Faria (org.). Salvador: Artepoesia, 2018, p.69.

8 QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre Arbitragem e Administração Pública no Brasil. In: Revista de Arbitragem e Mediação. RArb., ano 15, v.59, out./dez.2018. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2018. p. 129.

equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo das indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de concessão, e (ii) o inadimplemento de obrigações contratuais por qualquer das partes”. Se fosse entendido como rol taxativo incidir-se-ia em restrição indevida, e ainda assim, aplicável somente aos contratos firmados no âmbito do Programa de Parceria de Investimento nos setores de rodovias, ferrovias e aeroportos da Administração Pública federal.⁹

Nota-se, por conseguinte, que, nesse aspecto, discute-se o que pode se submeter à arbitragem na hipótese de litígio. O entendimento doutrinário pacificado é o de que os interesses públicos podem ser divididos em públicos primários e públicos secundários. Inserem-se na primeira categoria os que versam sobre direito a saúde, à educação, à segurança, à cultura, ao desporto, para citar alguns. Lado outro, os interesses secundários são aqueles sobre os quais a Administração possui disponibilidade, em outro dizer, são os que podem ser objeto de negociação, como ocorre nas questões de contratos de obra ou de prestação de serviços. Dessa feita, podem ser objeto de arbitragem, respeitados os princípios constitucionais que norteiam o agir estatal.

No que concerne à arbitrabilidade subjetiva, com a edição da Lei n. 13.129/2015, dissiparam-se as dúvidas quanto à submissão da Administração Pública à via arbitral. Antes do advento da referida lei, entende-se compreensível o surgimento de dúvidas quanto a essa possibilidade. Contudo, não mais podem subsistir controvérsias a esse respeito, à obviedade, por expressa previsão legal.

Isto posto, à compreensão de que é o objeto que norteará a utilização da arbitragem para dirimir conflitos contratuais que envolvam entes públicos, impõe-se fazer breve incursão na natureza das cláusulas exorbitantes nas quais se insere a prerrogativa da Administração Pública para aplicar sanções, conforme dispõe o art. 58, inciso IV, da Lei n. 8.666/93¹⁰ (art. 104, inciso IV, da Lei n. 14.133/2021).

4. A APLICAÇÃO DE SANÇÕES COMO CLÁUSULA EXORBITANTE

9 QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre Arbitragem e Administração Pública no Brasil. In: Revista de Arbitragem e Mediação. RArb. Ano 15. 59. Out/dez/2018. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais. 2018. p. 129.

10 “Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; **IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;** V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo”. (Grifou-se)

Cedição que o regime jurídico dos contratos administrativo é especial e, como tal, assegura ao Poder Público posição de primazia perante o particular, sempre em defesa do interesse maior que é o da sociedade, limitada por disposições legais expressas. Essa vinculação à lei está presente nos cinco incisos do art. 58, da Lei n. 8.666, de junho de 1993 (art. 104, da Lei n. 14.133/2021). Portanto, a Administração não está autorizada a agir imotivadamente, tampouco, o que seria devastador para um Estado que se pretende democrático de direito, a indicar motivos aleatórios para embasar a gestão dos contratos administrativos (PEREIRA JUNIOR, 2007).

Consoante assinalam Enterría e Fernandez¹¹, as regras exorbitantes, que vão contra o princípio da relatividade do contrato civil, afetam as partes e terceiros. Destacam, contudo, que a própria doutrina francesa tem defendido que a transcendência do contrato administrativo não decorre exatamente do pacto, mas, sim, da aplicação das leis gerais e de regulamentos. Trata-se, pois, de efeitos *ex leges* e não *ex contractus*.¹²

Realça tal entender, Di Pietro (2017), ao consignar que essas cláusulas não são comuns ou seriam ilícitas nos contratos de direito privado, justamente porque conferem prerrogativas a uma das partes, nesse caso, à Administração em relação ao contratado, colocando-a em posição de supremacia.

Essa posição não significa desrespeito aos direitos fundamentais do particular, nas palavras de Marçal Justen Filho (2017), pois as competências peculiares atribuídas à Administração Pública, em um Estado Democrático de Direito, não podem ser interpretadas no sentido medieval do termo. Ao revés, trata-se de competências subservientes ao Direito e “[...] cuja atribuição deriva da concepção instrumental da Administração Pública”. As finalidades públicas buscadas pela Administração não poderiam ser alcançadas se submetidas ao regime de direito privado, razão por que o Direito atribuiu prerrogativas “anômalas” à Administração Pública (JUSTEN FILHO, 2017).

A aplicação de sanção, caracterizada que está como cláusula exorbitante, não pode extrapolar os limites legais, tampouco no que diz respeito aos princípios da proporcionalidade, da motivação, da ampla defesa e do con-

11 ENTERRÍA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomás- Ramón. Curso de Derecho Administrativo. I. 13 ed. Espanha: Thomson Civitas, 2006, p.697.

12 No mesmo sentido, Juan Carlos Cassagne explica que a ideia de potestade no Direito Administrativo contrasta com o que denominou de Direito Subjetivo, nos seguintes aspectos: a) a potestade não nasce da relação jurídica, mas sim do ordenamento jurídico que a disciplina e regula; b) não versa sobre conteúdo específico, ao contrário, tem um objeto genérico, consistindo na possibilidade abstrata de produzir efeitos jurídicos; e c) não gera deveres concretos nem sujeitos obrigados, mas, sim, uma situação de sujeição a sofrer os efeitos jurídicos que dela emanam. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. TOMO I. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002, p.123.

traditório, conforme a seguir minudenciado.

O princípio da proporcionalidade está presente sempre no exercício das competências de cunho punitivo, pois a gravidade da sanção¹³ deve observar o tipo de infração perpetrada pelo contratado, ou seja, a sanção deve ser proporcional ao grau de prejuízo causado ao interesse público.¹⁴

O princípio da proporcionalidade é considerado uma manifestação essencial do princípio do Estado de Direito Democrático, uma vez que as ações administrativas não podem exceder o necessário para a realização do interesse público e, dada sua importância, não obstante as críticas que lhe foram lançadas no início de sua utilização, expandiu-se nos ramos do Direito Administrativo, inclusive passou a ser acolhido no Direito Constitucional, o que lhe confere dignidade de princípio constitucional (AMARAL, 2014).

A proporcionalidade, pode ser conceituada como “[...] princípio segundo o qual a limitação de bens ou interesses privados por actos dos poderes públicos deve ser adequada e necessária aos fins concretos que tais actos prosseguem, bem como tolerável quando confrontada com aqueles fins”, consoante ensina Diogo Freitas do Amaral (2014). Evidencia-se, assim, o núcleo das três dimensões do princípio, quais sejam: adequação, necessidade e equilíbrio.

A adequação diz respeito ao meio, instrumento, medida ou solução, de um lado e, de outro, o objetivo ou finalidade, de forma que a medida adotada deve ser ajustada ao que busca alcançar. No que concerne à necessidade, significa que a escolhida é a que menor dano causa aos direitos e interesses do particular atingidos pela medida, ou seja, adota-se a medida idônea e menos gravosa. (AMARAL, 2014)

Por sua vez, a vertente do equilíbrio, ou da proporcionalidade em sentido estrito, exige que “[...] os benefícios que se espera alcançar com uma medida administrativa adequada e necessária suplantem, à luz de certos parâmetros materiais, os custos que ela por certo acarretará” (AMARAL, 2014). Em outras palavras, se a medida adotada não obedecer aos parâmetros da adequação, necessidade e equilíbrio, será considerada ilegal por infringên-

13 “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.” (Grifou-se).

14 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.831.

cia ao princípio da proporcionalidade.

O princípio da motivação está, inexoravelmente, presente nos atos administrativos, notadamente naqueles de natureza punitiva, uma vez que se faz necessária a indicação, pela autoridade, dos motivos que ensejaram aquela medida, *in casu*, a sanção. Nesse sentido, a Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999, consigna, no artigo 2º, a fiel subserviência da Administração Pública a um rol de princípios, dentre os quais o da motivação. A motivação, de acordo com o art. 50 da precitada lei, deve indicar os fatos e os fundamentos jurídicos que imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções (inciso II).¹⁵ Em se tratando de aplicação de sanção contratual, devem ser bem explicitados os motivos da inadimplência do contratado em relação ao objeto parcial ou totalmente inexecutado.

A aplicação de sanção também requer a fiel observância ao princípio do devido processo legal e a seus consectários, princípio do contraditório e da ampla defesa, em conformidade com o que preconiza a Constituição Federal, no art. 5º, inciso LIV.¹⁶ O devido processo legal, *due process of law*, pauta-se no contraditório e na ampla defesa, no intuito de garantir aos acusados em geral o direito de, além de efetivamente participar do processo, defender-se da forma mais completa possível, por meio de sua manifestação no transcorrer do processo legal.

A violação a tais princípios constitui falta gravíssima e, portanto, torna o ato inconstitucional, haja vista que o ato nessa condição está eivado de vício insanável suficiente a inquiná-lo de nulidade. Conclui-se que a aplicação de sanção, no âmbito dos contratos administrativos, não pode se afastar do rito legal imposto, para o administrador/gestor não incidir em violação aos limites e condições exigidos, nos moldes anteriormente descritos.

Ante tais considerações, torna-se imprescindível verificar se, diante da caracterização da sanção administrativa como cláusula contratual exorbitante, é admissível a utilização do instituto da arbitragem para solucionar conflitos oriundos de relação jurídica entre a Administração Pública e o particular.

15 Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V - decidam recursos administrativos; VI - decorram de reexame de ofício; VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo. § 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

16 CF. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

5. REFLEXÕES SOBRE A SUBMISSÃO À ARBITRAGEM DE CONFLITOS DECORRENTES DE SANÇÕES CONTRATUAIS ADMINISTRATIVAS

A dúvida suscitada acerca da possibilidade, ou não, de se utilizar a arbitragem para resolver questões relacionadas à aplicação de sanções contratuais administrativas ao particular, decorre, essencialmente, do fato de se entender que se está diante de cláusula exorbitante, as quais conferem prerrogativas especiais ao Ente público, razão por que a lei o autoriza a impor penalidades administrativas na hipótese de descumprimento parcial ou total de obrigações decorrentes de contrato administrativo.

Como fartamente descrito, ao aplicar qualquer sanção, incumbe à Administração o dever de cumprir os requisitos impostos em lei, mormente no que diz respeito aos princípios que regem o atuar administrativo. Nesse sentido, há de se ponderar que se houver aplicação de penalidade em desacordo com as condições e limites expostos, o particular que se sentir prejudicado pode recorrer ao Poder Judiciário a fim de externar seu inconformismo e tentar reverter a situação. Quanto a esse meio de resolução de conflitos não pairam dúvidas.

No entanto, há de se perquirir sobre a adequação do meio escolhido para resolução de controvérsias contratuais. A escolha do método mais apropriado e eficiente para composição do conflito resulta da aplicação do princípio da adequação. Este princípio se entremostra hábil a orientar qual o meio mais indicado, visto, pois, que cada método foi estruturado para resolução de determinados conflitos de acordo com suas peculiaridades (ALMEIDA, 2018).

Em países como o Brasil, de *civil law*, a tendência de judicialização é nítida e insofismável. No entanto, os interesses das partes nem sempre são atendidos satisfatoriamente por meio da solução judicial (ALMEIDA, 2018). Esta pode ser considerada uma das razões para se tentar substituir a cultura da beligerância ou judicialização e se adotar outros métodos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

Pois bem. Volta-se à análise da questão proposta. Para se chegar à compreensão da possibilidade de utilização da arbitragem, faz-se necessário averiguar quais os requisitos para sua concretização. Da simples verificação dos dispositivos da Lei n. 9.307/1996, alterada pela Lei n. 13.129/2015, é possível extrair as condições que devem ser atendidas para permitir a reso-

lução extrajudicial de conflitos que versem sobre aplicação de sanções contratuais administrativas.

Em consonância com o art. 1º., parágrafo 1º., da Lei n. 9.307/1996, a contenda a ser dirimida por meio de arbitragem, com a Administração Pública, deve tratar de direitos patrimoniais disponíveis. Transpondo-se para o caso concreto de aplicação de sanções contratuais, tem-se como possível sua subsunção à norma, uma vez que, a teor do art. 87, da Lei n. 8.666/1993 (art. 156 da Lei n. 14.133/2021), identifica-se com clareza que as sanções legais podem ser de cunho moral e econômico.

De cunho moral, podem-se citar a advertência, a suspensão temporária do direito de licitar e contratar com o poder público e a declaração de inidoneidade. Por sua vez, resta límpido que a multa possui diretamente caráter econômico, na medida que se traduz em obrigação pecuniária.

Pode-se considerar, entretantes, que, à exceção da advertência, as duas outras sanções, também possuem, indiretamente, implicações econômicas, em virtude da consequência que advém de sua imposição ao particular, qual seja, a não contratação das pessoas jurídicas pela Administração Pública. Seguindo essa linha de raciocínio, o impedimento da sociedade empresária de licitar e contratar com o Poder Público e a declaração de inidoneidade, por óbvio, apresentam reflexos muito negativos, eis que geram prejuízo financeiro à empresa.

Entende-se, portanto, que se está diante de direito patrimonial disponível, passível, por conseguinte, de resolução pela via arbitral. Isto porque indisponível é somente o dever-poder da Administração de apurar a conduta do contratado e, se for o caso, aplicar sanção. E, assim, considerando-se as repercussões econômicas que essa atuação administrativa representa, ao particular é permitido usar os meios que lhe são autorizados para se insurgir, aí inserido o mecanismo da arbitragem, se previsto no contrato ou em compromisso arbitral. Portanto, como primeira conclusão, não se vislumbra óbice à opção pela arbitragem nas contendas sobre a aplicação de sanção em contratos administrativos, por ser matéria concernente a direito patrimonial disponível.

Para corroborar, reitere-se que a parte, ao decidir resolver o conflito ocasionado por aplicação de sanção considerada indevida, não irá discutir o dever-poder conferido à Administração, este, sim, previsto em lei e indisponível. Não remanesce dúvida que a aplicação de sanção, consoante já exposto, decorre do regime jurídico especial conferido aos contratos administrativos. A tal dever não assiste razão ao particular se insurgir. Não é sobre esse aspecto que a arbitragem irá decidir.

Ao revés, a discussão na arbitragem deverá ter como foco outros motivos, dissociados da prerrogativa conferida à Administração, como se destacam, a violação ao princípio do devido processo legal, a discordância quanto à fórmula de cálculo da multa ou do *quantum* apurado, alegação de inexistência de obrigação contratual, dentre outros motivos relacionados à avença firmada e à decisão administrativa.

Conforme se deixou assente no tópico precedente, imprescindível se faz interpretar adequadamente o art. 1º., da Lei Brasileira de Arbitragem. Assim, a exegese deve ser a mais ampla possível, no sentido de abranger aqueles direitos cujo exercício é livre, isto é, os que não têm previsão legal de restrição (QUINTÃO, 2018). Isso porque se deve ter em conta que a interpretação é inerente ao Direito, pois toda norma disposta em qualquer texto legal dotado de autoridade precisa ser entendida, para que se tenha uma compreensão correta daquilo que o texto diz e possa ser aplicado corretamente (MACCORMICK, 2088). Em assim sendo, pode-se afirmar que qualquer matéria que não diga respeito a direitos indisponíveis pode ser objeto de arbitragem.¹⁷

O outro requisito relaciona-se à previsão no instrumento jurídico contratual de utilização do juízo arbitral, com cláusula específica ou genérica. Inclusive, acerca deste aspecto, adverte Luísa Quintão, que, para resguardo da parte que contrata com a Administração Pública, deve-se estar atento para uma cláusula compromissória bem redigida e detalhada que permita a imediata execução da convenção de arbitragem (QUINTÃO, 2018).

Não obstante, a dificuldade que se antevê é devida ao fato de que essas cláusulas são elaboradas pela Administração nas minutas de contrato que integram o edital de licitação. Por esse motivo, dificilmente o particular conseguirá interferir em sua elaboração. Ainda assim, assinala a referida autora, que não há óbice jurídico à inclusão posterior de cláusulas compromissórias em contratos já firmados por meio de termo aditivo contratual ou até mesmo à celebração de compromissos arbitrais (QUINTÃO, 2018), ainda que sem previsão nos editais de licitação, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça¹⁸.

17 No Direito português, há diferença entre arbitrabilidade dos litígios relativos a relações de Direito privado e os relativos a relações de direitos públicos, sendo que nas relações de direito público há que se visar aquelas em que o Estado atua no exercício do *jus imperii*, propriamente dito e aqueles em que o Estado atua no exercício de poderes de autoridade, mas em domínios que relevam globalmente do direito privado. OLIVEIRA, Ana Perestrelo. Arbitragem de Litígios com entes Públicos. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 43.

18 REsp 904813/PR. Recurso Especial 2006/0038111-2. 3ª. Turma. Rel. Nancy Andrighi. Dj. 10out.2011. D. pub. 28fev.2012. PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO. ARBITRAGEM. VINCULAÇÃO AO EDITAL. CLÁUSULA DE FORO. COMPROMISSO ARBITRAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO FINANCEIRO DO CONTRATO. POSSIBILIDADE. [...]6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente.
<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=904813&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>

Entende-se, dessa feita que as contendas originadas nas sanções resultantes de descumprimento contratual, impostas pela Administração Pública, podem ser objeto de resolução por arbitragem, pelo fato de envolverem questões de direito patrimonial disponível e de a natureza de cláusula exorbitante da sanção contratual não ter o condão de impedir o uso da arbitragem, eis que não retira o dever da Administração de estrito cumprimento aos princípios aplicáveis e à lei.

6. CONCLUSÃO

Em matéria de aplicação de sanções por inexecução parcial ou total de contrato celebrado com ente público, têm-se dois relevantes aspectos que devem ser considerados: o primeiro diz respeito ao fato de se reconhecer que a Administração Pública possui o dever-poder de aplicar sanção, em conformidade com a legislação que rege as contratações públicas, constituindo-se cláusula exorbitante; e o segundo refere-se aos requisitos legais e às questões acessórias que incidem sobre a decisão a ser tomada pela Administração.

Acerca do primeiro ponto, há de se frisar a impossibilidade de o particular discutir em juízo ou fora dele o agir administrativo, porquanto se trata de prerrogativa inerente ao regime de Direito público. No que concerne aos demais requisitos assinalados, como os referentes ao descumprimento das condições legais impostas ao ente público, da estrita obediência a preceitos constitucionais e, ainda, às questões técnicas relacionadas ao objeto contratual, restou demonstrada a plausibilidade de utilização de arbitragem.

Quanto aos aspectos técnicos, como: fórmula de cálculo do valor da sanção, forma de execução do objeto contratado de acordo com o projeto básico ou com o termo de referência, ocorridas comumente no cotidiano da Administração, e causadores da aplicação de sanção contratual, sem dúvida, podem ser submetidos à arbitragem, uma vez que cuidam de direitos patrimoniais disponíveis.

Dessa feita, o só fato de a aplicação de sanção contratual pela Administração Pública possuir natureza de cláusula exorbitante não constitui óbice à adoção da arbitragem como instrumento de solução de controvérsias. Ao revés, consoante amplamente demonstrado, a análise jurídica dessa possibilidade está atrelada aos requisitos legais e, em especial, ao objeto da arbitragem. Na hipótese examinada, verificou-se que os motivos ensejadores da imputação de penalidade ao particular podem estar em confronto com as cláusulas contratuais e/ou com dispositivos legais, o que torna incontes-

tável a resolução das controvérsias pela via arbitral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Rezende. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos*. Coord. ZANETI Jr, Hermes & CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodium, 2018.

AMARAL, Diogo Freitas. *Curso de Direito Administrativo*. Vol II. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 904813/PR. *Recurso Especial 2006/0038111-2*. 3ª. Turma. Rel. Nancy Andrighi. D.j. 10/10/2011. D. p. 28/02/2012. <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.MIN.%29+E+%28%22TERCEIRA+TURMA%22%29.ORG.&processo=904813&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15/8/2019.

BRASIL. *Lei n. 8.666/93*. <<http://www.planalto.gov.br>>.

BRASIL. *Lei n. 14.133/2021*. <<http://www.planalto.gov.br>>.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. TOMO I. 7 ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ENTERRÍA, Eduardo García e FERNANDEZ, Tomás- Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. I. 13 ed. Espanha: Thomson Civitas, 2006.

LIMA, Bernardo Silva de; GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. *Os Limites da Atuação da Administração Pública na Arbitragem. Dificuldades Concretas*.

In: Coletânea de Estudos em Mediação e Arbitragem do I Fórum Nacional de Mediação e Arbitragem. GRAMACHO, Analice Passos; VASCONCELOS Paula Faria (Orgs.). Salvador: Artepoesia, 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

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

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

QUINTÃO, Luísa. Breves Notas sobre Arbitragem e Administração Pública no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*. Rarb, São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, ano 15, v.59, out./dez. 2018.

A improbidade administrativa e a concessão da medida de indisponibilidade de bens: riscos e excessos enfrentados pelos requeridos

Ingrid Godinho Dodô¹

RESUMO

As ações de improbidade administrativa são usadas para a investigação quanto aos atos elencados na lei nº 8.429/92. Durante a sua instrução, ou até mesmo antes do recebimento da ação pelo juízo, pode haver a concessão de medida de indisponibilidade de bens. Contudo, tal medida deve ser concedida em respeito aos princípios bases do Direito e princípios atinentes ao Direito Administrativo, para que não sejam configurados excessos que prejudiquem ainda mais a parte ré, as quais, em várias situações, são pessoas jurídicas. Assim, é importante que mais que indícios haja comprovações de que realmente haverá, por exemplo, a dissipação de patrimônio, bem como deve haver, na petição inicial, a individualização do dano e a fundamentação quanto à concessão de medida restritiva na decisão judicial. Dessa forma, será mostrada, neste artigo, a evolução do conceito e prática da improbidade administrativa, evolução histórica e menção ao direito internacional, indisponibilidade de bens e seus excessos e o novo projeto de lei e as possíveis mudanças e soluções para o futuro.

1 Ingrid Godinho Dodô, Advogada – OAB/AM nº 9.425, Assessora Jurídica, Especialista em Direito Público - FDDJ e Especialista em Direito Tributário – IBET- Manaus, ingrid@ingridgodinhoadv.com.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Improbidade Administrativa Indisponibilidade de bens – Excessos – Aplicabilidade - Nova lei de improbidade.

1. INTRODUÇÃO

As ações de improbidade administrativa são de extrema importância para o combate às atitudes ilícitas, as quais podem ser caracterizadas, através de enriquecimento ilícito, dano ao erário e/ou não observância dos princípios da Administração Pública.

Contudo, no decorrer da Ação ou, até mesmo antes da sua recepção pelo Magistrado, poderá ocorrer a medida de indisponibilidade de bens, em detrimento ao patrimônio dos acusados.

Acontece que tal medida, muitas vezes, não é concedida com a devida fundamentação, correlacionando os documentos presentes na Inicial aos fatos apontados, sendo, portanto, decisões genéricas com alto poder restritivo, o que não resguarda os princípios do contraditório, ampla defesa e fundamentação.

O perigo de se conceder decisões interlocutórias, o que se define como aquelas, também, concedidas em inspeção, por exemplo – pautadas apenas em indícios, além de não comportar o respeito a princípios básicos constitucionais, também retira do acusado o seu direito de sustento.

Assim, é de extrema necessidade o debate quanto à concessão da medida de indisponibilidade de bens, nos moldes a serem verificados a seguir.

2. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO E PRÁTICA DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Para começar a falar sobre o **conceito de improbidade**, é importante entendermos o que é moralidade, probidade e, após, improbidade.

Moralidade é a ética, a lealdade, a boa-fé. Como diria o professor Marçal:

A moralidade reside no respeito à identidade, à autonomia e aos interesses de terceiros. O princípio da moralidade interdita a obtenção de vantagens não respaldadas pela boa-fé. Exclui a legitimidade de condutas fundadas em subterfúgios, no aproveitamento da ausência de conhecimento ou de con-

dições de defesa do próximo. (JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. pág. 65).

Nesse sentido, afirma o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello:

Segundo os cânones da lealdade e boa-fé, a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar os direitos por parte dos cidadãos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Pág. 123).

Ressalta-se que tal princípio está expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, é um conteúdo definitivo.

Percebe-se, ainda, que o artigo mencionado está previsto no Capítulo atinente à Administração Pública, isto é, houve uma preocupação do legislador em relacionar o princípio da moralidade com os deveres da Administração e seus agentes. Isto reflete a importância do combate à corrupção, por exemplo, que está intimamente atrelada à probidade e às sanções aplicadas aos atos de improbidade.

Assim, a probidade também se relaciona com a menção à honestidade, pois a palavra “probidade” quer dizer “bom”, nesse sentido, é o que afirma o dicionário: “qualidade de probo, integridade de caráter, honradez. Em contrapartida, a palavra “improbidade” significa imoralidade, desonestidade.

Alguns autores afirmam que a improbidade seria uma imoralidade qualificada, por ser o seu conceito mais amplo (DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade administrativa. pág. 24).

Ressalta-se que o princípio da moralidade e probidade estão presentes no conceito e estrutura do direito fundamental à boa Administração Pública, por isso, a importância do capítulo presente na Constituição Federal, a partir do seu artigo 37.

É o que diz o Professor Juarez Freitas:

O Direito Fundamental à boa administração pública (entendido como direito à administração eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação

social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas) acarreta o dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade dos princípios constitucionais. (FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração pública*. Pág. 99).

Importante mencionar, ainda, que o conceito de moralidade e, por sua vez, imoralidade e seus derivados, não são conceitos, ou quando revestidos de princípios, atinentes apenas ao texto Constitucional, existindo, também, em textos infraconstitucionais, como na própria lei de improbidade administrativa, vejamos os exemplos:

- a) **Lei nº 9.784/99 – regula o processo administrativo federal-, artigo 2º, caput:** *A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência;*
- b) **Lei nº 8.666/93 – lei que regulamenta licitações e contratos-, artigo 3º:** *A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos 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;*
- c) **Lei nº 8.429/92 – lei de improbidade administrativa-, artigo 11, caput:** *Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente.*

É o que afirma o saudoso doutrinador e professor Hely Lopes Meireles:

“O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade. Daí porque o STJ decidiu, com inegável acerto, que “o controle jurisdicional

se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a **moral administrativa e com o interesse coletivo**". Com esse julgado pioneiro, **a moralidade administrativa ficou consagrada pela Justiça como necessária à validade da conduta do administrador público**. No âmbito da legislação infraconstitucional, o Dec. 1.171, de 22.6.94, aprovando o Código de Ética Profissional do Servidor Público Civil Federal, reafirmou o princípio da moralidade administrativa, dispondo textualmente que o servidor jamais poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não somente "entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no art. 37, caput, e § 4º, da CF". A lei 9.784, de 1999, já citada, também consagra o princípio da moralidade administrativa, dizendo que ele significa "atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé" (cf. art. 2º, parágrafo único, IV). ("Direito Administrativo Brasileiro—pp.83/85) (grifei).

Assim, já podemos afirmar que o conceito de improbidade administrativa deriva da não obediência ao princípio da moralidade, do desrespeito à ideia de honestidade, ética e boa-fé, bem como que está presente não só na Carta Magna como, também, em normas infraconstitucionais, o que respalda a sua incidência inquestionável no ordenamento jurídico brasileiro.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA E MENÇÃO AO DIREITO INTERNACIONAL

A par do conceito de improbidade e entendendo como ela se amolda no ordenamento jurídico e se transfere para a eficácia técnica, pode-se analisar a evolução do conceito de improbidade, a partir da linha histórica das normas jurídicas que a refletem.

Como visto, a improbidade administrativa está relacionada no art. 37, §4º, da Constituição Federal, do ano de 1988.

Entretanto, antes da menção de Improbidade pela Constituição Federal, já existiam dispositivos brasileiros que mencionavam sanções contra atos que importassem prejuízos para a Fazenda Pública.

Exemplos:

- 1- *Decreto- Lei nº 3.240 de 1941* – o qual dispunha sobre o sequestro de bens de pessoas indiciadas por crimes de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública;
- 2- *Constituição de 1946* – falava sobre a perda de bens, em casos de abuso ou influência;
- 3- *Lei nº 3.164/57* – dever de registro públicos dos valores e bens no exercício de cargos públicos;
- 4- *Lei nº 3.502/58* – conhecida como a lei Bilac Pinto-regulava o sequestro e perdimentos de bens nos casos de enriquecimento ilícito;
- 5- *Constituição de 1967*, art. 153, §11:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 11 - Não haverá pena de morte, de prisão perpétua, de banimento, ou confisco, salvo nos casos de guerra externa psicológica adversa, ou revolucionária ou subversiva nos termos que a lei determinar. Esta disporá também, sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na Administração Pública, Direta ou Indireta.

- 6- *Constituição de 1988*:

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: (...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

- 7- *Lei 8.429/92*: Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes

públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.

Em ato contínuo, o nascimento da probidade administrativa e, posterior nascimento das ações contra a improbidade administrativa, é claro que tem como principal objetivo o combate à corrupção.

Assim, isto se refletiu e se reflete, também, no cenário internacional, como segue nos tratados do qual o Brasil faz parte:

1 – *Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em transações comerciais internacionais* (Decreto nº 125/2000 e Decreto nº 3.678/2000);

2- *Convenção Interamericana sobre a corrupção* (Decreto Legislativo nº 152 e Decreto nº 4.410/2002); e

3- *Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção* (Decreto Legislativo 348/2005 e Decreto nº 5.687/2006).

Desta forma, percebe-se que o combate à corrupção e, logo, o respeito a probidade não é uma questão unicamente do Brasil, veja-se que a noção de probidade é global e que isso atinge os países como um todo.

Assim, já se entende que o conceito de improbidade, bem como, as derivações e objetivos que lhe pertencem, como o combate à corrupção, por exemplo, estão bem delineados no ordenamento jurídico brasileiro e internacional, não havendo dúvidas quanto a sua importância.

Entretanto, o cumprimento das normas jurídicas deve respeitar os requisitos e parâmetro que elas mesmas impõem, para que o direito das partes requeridas, nas ações de improbidade, seja, veementemente, respeitado.

Por este modo, algumas medidas cautelares, por assim dizer, ou as chamadas interlocutórias, caso sejam concedidas ao arrepio da lei, podem trazer prejuízos incalculáveis às partes passivas no processo, podendo desencadear problemas financeiros irreversíveis, a longo prazo, e dificultar a liberdade econômica de empresas, por exemplo. Assim se discutirá como segue.

4. INDISPONIBILIDADE DE BENS E SEUS EXCESSOS: OS RISCOS EXISTENTES NO DESCUMPRIMENTO DE NORMAS E PRINCÍPIOS BASES

O ponto de debate deste Artigo é a medida cautelar de indisponibilidade bens, prevista no artigo 7º, da Lei nº 8.429/92:

Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Percebe-se que não se fala em indícios, e se adentra, então, no campo do direito processual civil para, a partir do *fumus boni iuris e periculum*, conceder-se a liminar de indisponibilidade de bens.

O professor Daniel Amorim afirma que não há dúvidas quanto a característica cautelar da medida expressa no artigo 7º, da Lei nº 8.429/92:

Parece não haver qualquer dúvida a respeito da natureza cautelar da indisponibilidade de bens prevista no art. 7º da Lei nº 8.429/1992, já que a medida busca preservar bens do patrimônio do acusado de ato de improbidade administrativa visando garantir a eficácia da futura e eventual execução de pagar quantia certa. Corretamente, parcela da doutrina, inclusive, aponta para uma semelhança com o arresto cautelar previsto no art. 301 do CPC, até porque, a exemplo dessa cautelar, a indisponibilidade também recai em bens indeterminados do patrimônio do pretendo devedor. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. pág. 271).

Contudo, como já explanado acima, o pedido de indisponibilidade de bens pode ser feito em ação cautelar como, também, incidentalmente, através da petição inicial, em liminar, inclusive, *inaudita altera pars*.

Por este modo, importante ressaltar, de pronto, que os pedidos das Iniciais das Ações de Improbidade devem ser individualizados e devidamente caracterizados, para que não haja a penhora de bens além daqueles necessários para futuro pagamento de quantia certa.

É o que afirma o Superior Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. IMPRECISÃO NA

DELIMITAÇÃO DE CONDUTA CONCRETA DE CADA RÉU. NÃO RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. ART. 17, §8º, DA LEI Nº 8.429/92. EXTINÇÃO DO PROCESSO. **AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA.** ART. 5º, LIV E LV, DA CF. 1. Ação civil pública direcionada a uma coletividade de pessoas. A petição inicial não se encontra revestida dos pressupostos de admissibilidade, pois não descreveu fatos que poderão configurar, em tese, atos de improbidade administrativa na forma como descritos na Lei nº 8.429/92. A causa de pedir é a parte mais importante da petição inicial da demanda de improbidade, pois se mostra indispensável a precisa narração da situação da situação fática que ensejaria a adequação típica pertinente, com a sanção apropriada ao caso concreto. Causas de pedir com descrições concisas, ambíguas, obscuras e imprecisas obstaculizam o direito de defesa de cada uma das partes (...) Na ação de improbidade administrativa, a ausência de descrição da conduta do ato ilícito praticado por um dos réus apronta os princípios constitucionais do devido processo legal. (STJ- RESP: 1609570 TO 2016/0163176-8, Relator: Ministra Assusete Magalhães, 04/05/2017) (grifei).

Assim, do mesmo modo que a petição inicial deve ter os requisitos necessários, a decisão/sentença também deve conter elementos necessários que embasem a sua determinação:

IMPROBIDADE.ADMINISTRATIVA.INDISPONIBILIDADE.NECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS. AGRAVO PROVIDO. I. Não há comprovação, nos autos, de que a parte agravante tenha praticado ou esteja praticando qualquer ato tendente ao desbaratamento de seu patrimônio, razão por que não há como decretar a indisponibilidade de seus bens, ante a ausência do periculum in mora. II. **No caso do ora agravante, o Juiz de 1º instância deferiu o pleito, contudo sem qualquer individualização das condutas ou fundamentações, o que não se admite.** (AG 0005269-35.2012.4.01.0000 PA 0005269-35.2012.4.01.0000. TERCEIRA TURMA. 31/07/2012. Desembargador Federal Cândido Ribeiro).

Deste modo, a devida individualização de conduta e do dano evita que o requerido tenha a indisponibilidade de bens além do devido, prejudicando, enquanto empresa, por exemplo, o seu capital de giro.

Nesse sentido, decisões – aqui em sentido amplo- de cunho geral, sem adentrar na conduta e no suposto dano de cada Requerido, vai de encontro com os preceitos de defesa e requisitos mínimos necessários para sua prolação, além de ser excessiva a concessão de indisponibilidade de bens pausada em decisões generalizadas.²

A atenção aqui resguardada é válida, posto que a medida de indisponibilidade de bens é executiva e não sancionatória, como bem lembrado pelo Professor Daniel Amorim:

“A constrição de todo patrimônio nesse caso se prestaria apenas a sancionar o acusado pela prática do ato de improbidade administrativa, numa espécie de vingança privada que pode atender bem a ânsia de justiça contra aqueles que supostamente desfalcam o erário, mas é incompatível com a ideia moderna de execução. A medida, afinal, é executiva, e não sancionatória.” (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. Pág. 274).

Interessante ressaltar que já há jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que alude sobre a correlação entre o valor dos bens, objetos da indisponibilidade, e o valor da execução que se busca garantir (RESP 1.1015.857/ES), mostrando, assim, a evolução do estudo sobre as defesas no âmbito da Improbidade Administrativa.

Sabe-se que os princípios expostos do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, são normas cogentes e devem ser respeitados, para que ambos os interesses processuais sejam garantidos e para que não haja abusos procedimentais:

(...) Isto se dá pois, em primeiro lugar, os princípios têm caráter normativo, por conseguinte, em alguns casos, por exem-

2 Exemplo: “Ante o exposto, consoante entendimento acima delineado e tendo em vista que houve a delimitação do valor do dano causado ao erário, DEFIRO A INDISPONIBILIDADE DE BENS E VALORES de todos os REQUERIDOS até o montante de R\$ 15.037.532,00 (quinze milhões, trinta e sete mil, quinhentos e trinta e dois reais) referente ao valor atualizado do dano, mediante o uso dos Sistemas BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD e CNIB, devendo o cumprimento das referidas diligências e eventuais incidentes serem autuados em apartado.” (decisão tirada do processo 1000989-31.2017.4.01.3200 – Justiça Federal da 1ª Região).

plo, em que alguma regra contida na lei violar o conteúdo de um princípio, na visão pós-positivista, possui também força de cogente e não meramente supletiva de uma suposta lacuna no regramento de dado assunto. (...) (NOHARA, Irene Patrícia. LINDB. Lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público. Pág. 22).

Além disso, é extremamente válido que se caracterize os supostos indícios contidos, tendo em vista que serão os fundamentos para a concessão, ou não, da medida de indisponibilidade de bens.

Importante ressaltar que o parágrafo único do artigo 7º, da Lei nº 8.429/92, mostra que o *periculum in mora* não decorre da intenção do agente em dilapidar seu patrimônio, mas sim da gravidade dos fatos e do suposto prejuízo causado ao erário.

Assim, não há como fundamentar que tal perigo de dano, em dilapidar o patrimônio, é presumido, precisa-se demonstrar que realmente há um desejo da parte passiva em desfazer-se de seus bens.

A defesa prévia mostra-se um instrumento seguro para tal fato, posto que nela podem ser anexados documentos comprovando que não há perigo de dano razoável, sendo relevante para a não concessão desmedida da indisponibilidade de bens.

Assim, sabe-se que a defesa prévia nasceu justamente para resguardar o requerido de acusações infundadas e precárias, além de proteger a Administração Pública de “aventuras jurídicas”.

Bem colocado pelo professor Daniel Amorim:

“Conforme ensina a melhor doutrina, a fase preliminar se espelha no procedimento penal previsto para os crimes funcionais, no qual se prevê uma fase preliminar de notificação dos demandados para o oferecimento de uma defesa prévia ao recebimento da denúncia (arts. 513 a 518 do CPP). A possibilidade de imposições de sanções ontologicamente semelhantes às sanções penais justificaria, para parcela da doutrina, a adoção de um procedimento diferenciado semelhante àquele observado na esfera penal. (...) Não se tem como negar que a existência de um contraditório prévio à admissão da petição inicial tem como escopo a proteção do agente público contra acusações injustificadas e temerárias, bem como que a própria

Administração Pública, considerando-se o natural reflexo negativo imputado a ela e a instabilidade no setor público em razão de tal ação. Até mesmo alega-se que a norma protege o próprio Poder Judiciário de demandas aventureiras. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa: direito material e processual. 272).

Contudo, é necessário ressaltar que o *periculum in mora* presumido, apesar de ser pacificado pelo STJ, não é aceito majoritariamente pela doutrina, como o próprio professor Daniel Amorim afirma:

“Não consigo, do ponto de vista processual, aceitar a tese consagrada no Superior Tribunal de Justiça de *periculum in mora* presumido. Se o arresto cautelar depende da prova desse requisito, como pode uma medida ainda mais severa prescindir de tal prova? O argumento de que a defesa do Erário justificaria tal presunção pode parecer simpática à população já esgotada diante de tanto mau trato da coisa pública, mas não se sustenta juridicamente. Se assim fosse, não só a medida cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada se beneficiaria da presunção, mas todas as medidas cautelares que pudessem de alguma forma garantir uma efetiva reparação ao erário. Não se tem notícia de outras cautelares nesses termos gozando de tal prerrogativa.” (grifei). (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de improbidade administrativa. 286.).

Por esses termos, que se defende a comprovação do *periculum in mora* ou a concessão da medida de indisponibilidade de bens ao longo da Ação, após a defesa prévia, posto que a defesa prévia visa, justamente, evitar que haja injustiças e preconceções que irão prejudicar os direitos dos requeridos.

Não se quer dizer que não cabe a indisponibilidade de bens, apenas que deve ser feita, a partir do cumprimento de requisitos, posto que a sua concessão de forma irregular, desfavorece o desenvolvimento e a continuidade das atividades empresariais dos Requeridos, por exemplo.

O ministro Mauro Campbell Marques adverte sobre a diferença entre medida de urgência e evidência, bem como explica que, no caso da indisponibilidade de bens, a concessão seria tutela de evidência:

(...) Ocorre que no caso da pretensão cautelar de indisponibilidade de bens, no âmbito da ação civil de improbidade administrativa, não se trata de uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim de uma tutela de evidência. (Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Pág 244).

De todo modo, também adverte sobre a necessidade de respeito aos requisitos básicos de concessão da indisponibilidade:

Todavia, é indispensável para o deferimento da medida constritiva que o julgador reconheça a presença de fortes indícios de responsabilidade na prática do ato de improbidade. Nesse aspecto, não basta para tanto o mero ajuizamento da ação civil de improbidade administrativa, tampouco a mera narrativa de eventual gravidade dos fatos imputados, o que não autoriza, por si só, a constrição patrimonial. (grifei) (Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Pág 246).

Assim, caso não seja viável a espera pela defesa prévia, mas que seja fielmente demonstrado que há sim a probabilidade de dilapidação patrimonial do acusado, posto ser a concessão de indisponibilidade de bens uma medida **extrema**.

A análise de tais fatos é necessária, pois estamos explicitando ações que podem durar um tempo razoável, digo, 5/6 anos e, como o Ministro Mauro Campbell afirma: “(..) o bloqueio dos bens suficientes para garantir a execução em caso de procedência da ação deve durar até a liquidação (..)”(Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Pág. 250), ou seja, não se tem uma data exata e, muito menos, uma expectativa de quando haverá tal liquidação, além de que se deve esperar a procedência da Ação, o que, para um acusado, detentor de uma pessoa jurídica, por exemplo, pode gerar vultosas consequências negativas.

O Ministro do STJ, Excelentíssimo Senhor Napoleão Nunes Maia Filho, adverte que a medida de indisponibilidade de patrimônio é **severamente restritiva de direitos** e, muitas vezes, as ações de improbidade se prolongam por vários anos, reafirmando, ainda que o STJ tem exercido importante controle de legalidade, inclusive, com o objetivo de assegurar os direitos fundamentais dos envolvidos.³

3 tj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/28072020-Primeira-Secao-julgara-repetitivo-sobre-inclusao-de-multa-civil-no-bloqueio-de-bens-em-acao-de-improbidade.aspx

A demora no julgamento das Ações de Improbidade, tanto pelo ponto de vista da Administração Pública, quanto pelo ponto de vista do acusado, fere o resguardo ao direito de contraditório e ampla defesa, combinado com o dever de decisão, tanto dos recursos gerados pela concessão de medidas cautelares, quanto daqueles gerados pela sentença.

Nesse sentido, imperiosa a informação quanto à demora nos processos: o último relatório existente no *site* do Conselho Nacional de Justiça, datado do ano de 2019, informa sobre o tempo de julgamento processual, aqui como um todo, nos processos de conhecimento, em trâmite no 1º grau, em até 3 anos e 11 meses e, nos tribunais superiores, de até 1 ano e 7 meses, podendo chegar, somando-se os períodos, de um prazo decisório **superior a 5 anos**.⁴

Dessa forma, caso a parte requerida esteja na ânsia por comprovar que tal medida de indisponibilidade de bens é abusiva e fere seu direito de sobrevivência, aqui podendo ser pessoa física ou jurídica, já se sabe que a demora na decisão estará atrelada a demonstração de impossibilidade de concessão da medida.

Ainda para elucidar o exposto, a meta 18, do Conselho Nacional de Justiça, que tinha como objeto identificar e julgar, até 31/12/2013, as ações de improbidade administrativa e ações penais relacionadas a crimes contra a administração pública, distribuídas até 31/12/2011, só houve o percentual de 35,938% de cumprimento, de uma expectativa de cumprimento de 66,67%.⁵

Dessa forma, as ações de improbidade por si só são complexas, envolve uma extensa análise documental, o que realmente demanda um tempo razoável para decisões, contudo, essa demora não pode prejudicar ainda mais o acusado, impossibilitando-o, por exemplo, da sua subsistência e/ou de administrar suas atividades econômicas, incluindo, o pagamento de seus trabalhadores.

Soma-se ao exposto, o que alerta o artigo 805, do CPC, aqui visto de forma supletiva: Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, **o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado**.

Isso se coaduna, como já exposto, quando há empresa no polo passivo das Ações de Improbidade, posto que, na maioria das vezes, as penhoras são feitas sem qualquer cuidado quanto ao seu capital de giro, gerando demasiados prejuízos.

Assim, não se deve esquecer que as pessoas jurídicas exercem função social, merecendo o devido respeito e cuidado aos seus direitos, como afirma a própria jurisprudência:

4 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf

5 https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2013/05/relatorio_meta_8_2013_%2020052013.pdf

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - OFERTAMENTO DE BENS À PENHORA - **determinada penhora via bacen-jud - medida extremada (art. 620 do CPC)- observância do princípio da menor onerosidade da execução** - empresa sob intervenção judicial - princípio constitucional art. 5º, XXIII (**função social**) e **princípios da razoabilidade E proporcionalidade - comprometimento do capital de giro da empresa - presença do receio de grave lesão e relevante motivação para interposição do presente remédio processual - agravo provido.** (TJSC. AI 808311 C 2010.080831-1, Quarta Câmara de Direito Público, Rel. Des. José Volpato de Souza. Data de Julgamento: 16 jun. 2011) (grifei).

Ato contínuo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afirma:

ADMINISTRATIVA. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. GARANTIA DE FUTURA EXECUÇÃO. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS. POSSIBILIDADE. Omissis. 2 - A constrição não deve recair sobre o patrimônio total do réu, mas tão somente sobre parcela que se mostre suficiente para assegurar futura execução. **Para além disso, afora as impenhorabilidades legais, a atuação judicial deve também resguardar, na extensão comprovada pelo interessado, pessoa física ou jurídica, o acesso a valores indispensáveis, respectivamente, à sua subsistência (mínimo existencial) ou à continuidade de suas atividades.** Precedente. (STJ. REsp 1.161.049/PA, Primeira Turma, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 29/09/2014 - destaque nosso). PROCESSUAL CIVIL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. FUMUS BONI IURIS. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE. PERICULUM IN MORA IMPLÍCITO (ART. 7º, LEI 8.429/92). DEFERIMENTO DA MEDIDA. LIMITAÇÃO. PROVIMENTO PARCIAL. Omissis. 5. **A constrição judicial não deve abranger a totalidade de bens dos requeridos, ora agravados, indiscriminadamente, impossibilitando-os de proverem a própria subsistência e de seus familiares. Assim, em relação à agravada pessoa jurídica, mister se faz a autorização**

para movimentação dos ativos financeiros para pagamento de fornecedores e funcionários da empresa, a fim de evitar que venha a ter sua atividade comercial inviabilizada, o que deverá ser devidamente comprovado nos autos principais e, quanto aos agravados pessoas físicas, não pode incidir sobre verbas comprovadamente de caráter alimentar, provenientes de vencimentos, subsídios, salários, remunerações, proventos de aposentadoria e pensões e depósitos em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do art. 833, IV e X, do Novo Código de Processo Civil. Precedentes deste Tribunal e do STJ 6. Agravo de instrumento parcialmente provido. (TRF1. AG 0013344-97.2011.4.01.0000/BA, Terceira Turma, Rel. Des. Federal Mário César Ribeiro, e-DJF1 de 14/07/2017) (grifei).

Deste modo, tem-se a seguinte conclusão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“Dessa maneira, venho observar que – em uma rápida vista de olhos sobre a questão – não é de se vislumbrar teratologia na decisão em si, mas seguramente assim o é no que diz respeito às extensões da decisão de primeira instância. Em julgados desta Corte Regional, notadamente acórdãos do Desembargador Federal Olindo Menezes, **vê-se não é razoável proceder a um verdadeiro “arrastão cautelar”, inviabilizando a própria subsistência da empresa, pessoa jurídica, in casu, a parte agravante.** Neste diapasão, vislumbro, a verossimilhança da alegação da parte agravante, **sobretudo porque não se pode desconsiderar os excessos no decismum guerreado, mediante bloqueio de ativos financeiros essenciais da atividade empresarial por ela contraídos, tais como pagamento de tributos, fornecedores e funcionários.** Ante o exposto, **defiro em parte a antecipação da tutela recursal pleiteada, tão somente, para autorizar a movimentação dos ativos financeiros da pessoa jurídica** – Ecoart Estrutura e Produção Ltda. EPP –, a fim de que possa honrar suas obrigações contratuais, como pagamento de tributos, empréstimos, fornecedores e funcionários, devendo as mesmas serem comprovadas nos autos da ação civil pública por ato de improbidade nº. 1000989-

31.2017.4.01.3200.(...)“(TRF1 AI 1019603-47.2018.4.01.0000 .
3º Turma. Des. Ney Bello. 08/08/2018).

Com a análise do entendimento jurisprudencial acima, percebe-se, mais uma vez, que **é imprescindível** para a **empresa a movimentação financeira de suas contas**, a função social precisa ser garantida, pois, sem essas condições, a atividade empresarial falece.

Ainda nesse sentido, com base no respeito aos direitos das pessoas jurídicas de direito privado, há também o resguardo aos princípios gerais da atividade econômica, quais sejam: a propriedade privada e a livre concorrência, presentes no artigo 170, da Constituição Federal. Diz a doutrina:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. **Ela é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.** Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista (Gri-
fei). (José Afonso da Silva, 1999, p. 876).

Assim, deve haver o cuidado na concessão da indisponibilidade de bens, para que não haja a inibição da livre concorrência, do estímulo a lucros, mercados e ao trabalho.

A ação de improbidade administrativa, como já visto no item 1 deste artigo, deriva do direito penal e, nessa matéria, há uma clássica frase do filósofo Voltaire, que também se encaixa na aludida demora nas decisões de improbidade, prejudicando o acusado, bem como na insistência do perigo presumido e na concessão de medidas, sem a audiência da parte interessada: *“É melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente.”*

Deste modo, o requerido corre contra o tempo e insiste nas diligências para a concessão de decisão suspendendo ou permitindo a substituição da penhora, para garantir o seu sustento ou a saúde financeira da empresa, o que, muitas vezes, acontece em um período longo.

Vale ressaltar, ainda, que a maioria das ações de improbidade julgadas, digo 65% delas, são em relação a condenação por atos que atentam contra os princípios da administração pública, condenação essa que **não** admite perda de bens⁶, o que, inclusive, não sofrerá modificações com o novo Projeto de Lei da Improbidade Administrativa.

Desta forma, a indisponibilidade de bens, nesse caso, mostra-se ineficaz, prejudicando o requerido que teve, por muito tempo, seus bens bloqueados.

É o que alerta o Ministro Mauro Campbell:

Nesse contexto, caberá ao acusado pela prática do ato ímprobo fazer prova de que determinadas quantias estão destinadas a própria subsistência familiar, observando o mínimo existencial. E continua: A jurisprudência do STJ também não tem admitido a indisponibilidade indiscriminada da totalidade dos bens dos acusados, sem a indispensável análise da razoabilidade e proporcionalidade entre a estimativa do dano acusado ao erário e o valor dos bens indisponibilizados, sendo importante ressaltar a gravidade da medida que atinge diretamente a disponibilidade patrimonial do acusado. (grifei) (Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Pág. 253).

É nesse sentido que deve ser fundamentado e analisado qualquer concessão de medida de indisponibilidade de bens, para resguardar o direito da parte passiva de não ter seu patrimônio diminuído por fundamentos e decisões genéricas.

Deste modo, defende-se a concessão da medida de indisponibilidade de bens, sem perigo presumido, devendo ter, na Inicial, a comprovação de possibilidade de dilapidação de bens, tendo em vista a gravidade da concessão de tal medida, ou, ainda, que a medida de indisponibilidade de bens seja concedida no curso do processo da Ação de improbidade, com o contraditório garantido.

É o que afirma também a doutrina Mauro Campbell:

(..) (o STJ) tem permitido o levantamento parcial da medida constritiva de bens de pessoa jurídica, acusada da prática de ato de improbidade administrativa, na hipótese de efetivo risco

6 Fonte: Cadastro Nacional de Condenados por ato de Improbidade Administrativa- CNCA/CNJ.

de continuidade de suas atividades. (...) (A jurisprudência do STJ) visa formar parâmetros mínimos para a concessão da grave medida, ao estabelecer **limites** que equacionem o interesse público em obter a devida recomposição ao erário e, ao mesmo tempo, assegurem aos acusados pela prática de atos de improbidade administrativa **o direito de não inviabilizar, injusta ou desproporcionalmente, a gestão patrimonial durante todo o trâmite de uma ação civil de improbidade administrativa.** (grifei). (Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos. Pág 254).

Portanto, observa-se que a jurisprudência e a doutrina estão evoluindo para estabelecer limites na concessão da medida extrema de indisponibilidade de bens, para que não haja excessos que inviabilizem a subsistência das partes passivas e aqui, como, principalmente explicitado, no respeito a função social das empresas, mantendo seus direitos constitucionais de livre concorrência, geração de lucros e movimentação do seu capital de giro, estimulando a geração de renda e emprego.

5. O NOVO PROJETO DE LEI E AS POSSÍVEIS MUDANÇAS E SOLUÇÕES PARA O FUTURO

Ato contínuo ao demonstrado nos itens anteriores, é importante saber quais mudanças irão ocorrer no novo projeto de lei, que visam diminuir a demora na conclusão das Ações de Improbidade, bem como aquelas que resguardam os direitos das partes.

O projeto de lei nº 10.887/18 propõe algumas mudanças significativas, como a Ação de Improbidade apenas para atos dolosos, retirando, portanto, condutas meramente culposas, o que, na prática, evitaria a delonga para efetivação de sentença para atos eivados de negligência, imprudência e imperícia.

Como afirmado pelo Ministro Mauro Campbell, a jurisprudência do STJ visa formar parâmetros mínimos para a concessão da medida de indisponibilidade de bens, estabelecendo limites, tal questão será consolidada na nova lei de improbidade, a partir da fixação de parâmetros mínimos e máximos a serem aplicados pelo juiz, mediante fundamentação e justificação, o que seria, então, uma dosimetria da pena, evitando, assim, a abusividade na aplicação de penas por atos mais leves.

A contestação será de trinta dias, não existindo mais a defesa prévia, com o intuito de dar celeridade nas ações de improbidade.

Outro ponto importante é em relação aos atos que causem menor ofensa aos bens jurídicos tutelados, nos quais a pena pode se limitar ao pagamento da multa, demonstrando, assim, mais uma vez, um futuro no qual haverá proporcionalidade entre os atos de improbidade e as penas aplicadas.

No que tange a indisponibilidade de bens, tal medida passa a ficar condicionada à **oitiva dos réus**, comprovando que, todo o aludido neste estudo, está sendo levado em consideração perante os Tribunais Superiores e o Poder Legislativo.

É o que afirma o art. 16, §2º, do Projeto de Lei, *in verbis*:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário e a aplicação de outras sanções de natureza patrimonial. (...)

§ 2º O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias. (grifei).

Assim, observamos duas questões expostas neste estudo: a necessidade de comprovação da probabilidade do suposto ato de improbidade, com a devida correlação documental e, o mais importante, a concessão da medida de indisponibilidade de bens, após a oitiva do réu, para que o mesmo tenha resguardado seu direito de contraditório e ampla defesa.

Se os pontos aqui expostos não fossem realmente relevantes, o legislador não teria tido o cuidado de reformular a legislação, para que o acusado pudesse, ao menos, manifestar-se antes de qualquer medida restritiva patrimonial.

Além do exposto, já há a possibilidade de acordo, em razão da Lei nº 13.964/19, contudo, tal possibilidade vem expressa na nova lei de improbidade, assim como a inclusão de dispositivo afirmando que as sentenças cíveis e penais produzirão efeitos, em relação à ação de improbidade administrativa, quando decidirem pela inexistência da conduta ou pela negativa de autoria.

Portanto, verificam-se os seguintes objetivos na nova Lei de Improbidade Administrativa: a preocupação em trazer celeridade e efetividade nas Ações de Improbidade Administrativa, com a tentativa em diminuir o tem-

po para resolução do mérito, bem como a proporcionalidade nas penas, e, nesse diapasão, a busca pela utilização de soluções alternativa de conflitos, realidade essa já enfatizada pelo Código de Processo Civil/2015.

6. CONCLUSÃO

Após o estudo da medida de concessão de indisponibilidade de bens, dentro das Ações de Improbidade Administrativa, observa-se que há evolução na doutrina e na legislação, para que tal medida seja concedida dentro dos parâmetros legais e que não seja arbitrária, com fundamentos genéricos.

A necessidade de demonstração do nexos causal entre a Inicial, os documentos juntados e a oitiva dos réus, antes da sua concessão, mostra que a nova Lei de Improbidade Administrativa estará preocupada em coibir excessos, resguardando, inclusive, a presunção de inocência dos acusados, em todas as suas formas como, por exemplo, na questão patrimonial, para que se resguarde o direito ao contraditório e ampla defesa e, em relação às pessoas jurídicas, que se resguarde o direito à liberdade econômica, obtenção de lucros e de concorrência.

Portanto, mesmo na vigência da lei atual, a doutrina e a jurisprudência são categóricas ao afirmar que a medida de indisponibilidade de bens é extrema e não comporta a sua fundamentação em decisões genéricas, sendo necessária a demonstração de plausibilidade do direito, bem como o cuidado em não antecipar o julgamento do mérito, posto que a medida é executiva e não sancionatória.

Deste modo, com o novo projeto de lei de improbidade administrativa, estará consagrada a oitiva dos réus antes da concessão da medida restritiva de indisponibilidade de bens, bem como a importância da demonstração de nexos entre os documentos acostados e as ações elencadas.

Assim, evolui-se para que a concessão de quaisquer medidas restritivas seja, devidamente, fundamentada e com a oportunidade de manifestação da parte ré.

REFERÊNCIAS

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo, editora: Forense, 2018.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI*. Rio de Janeiro: Editora Nova.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração pública*. – 2 ed. – Editora Malheiros, 2009.

Improbidade Administrativa: temas atuais e controvertidos/Mauro Campbell Marques... [et al]; coordenação Ministro Mauro Campbell Marques; colaboração André de Azevedo Machado, Fabiano da Rosa Tesolin – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* – 12. ed.rev., atual. e ampl.. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*- 25ª edição – Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. – 33. ed. Ver. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. – São Paulo: Malheiros, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*/Daniel Amorim Assumpção Neves, Rafael Carvalho Rezende Oliveira. – 6º ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. LINDB. *Lei de introdução às normas do direito brasileiro, hermenêutica e novos parâmetros ao direito público*/ Curitiba: Juruá, 2018.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

Agravo de instrumento e hipótese de cabimento: o rol do art. 1.015 do CPC/2015 e a interpretação conferida pelo Superior Tribunal de Justiça

■ —————
Janilson da Costa Barros¹

Palavras-chave: Agravo de Instrumento. Cabimento. Rol. Superior Tribunal de Justiça.

1. INTRODUÇÃO

O agravo de instrumento, recurso que desafia decisões interlocutórias, teve seu regime remodelado com o advento Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, especialmente no que tange às suas hipóteses de cabimento, sendo estabelecido, no art. 1.015, do diploma processual civil, um rol taxativo. A grande discussão que o tema ocasionou relacionou-se à

¹ Pós-Graduado em Direito Processual Civil (Uninter). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Procurador do Estado do Amazonas.

compatibilidade entre a natureza taxativa do rol do art. 1.015 e a interpretação extensiva de seus incisos.

O tema ganhou relevância no seio doutrinário e jurisprudencial. Não por outra razão, no âmbito da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça – STJ, houve afetação da matéria como Tema/Repetitivo nº 988, sendo submetida a seguinte questão a julgamento: *“Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva, para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”*, ocasião em que o STJ firmou a seguinte tese: *“O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação”*.

De expressiva relevância social, científica e pessoal, o tema possui grande repercussão nos âmbitos acadêmico e jurisprudencial, na medida em que ensejou discussão nos Tribunais pátrios, especialmente no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O tema merece, pois, análise e reflexão, tendo em vista as repercussões práticas da decisão.

Neste sentido, a partir de pesquisa bibliográfica e documental, tendo como parâmetros livros, artigos científicos e textos normativos, o presente estudo propõe-se a demonstrar que a natureza taxativa do rol do art. 1.015 não é incompatível com a interpretação extensiva de seus incisos. Bem como se objetiva evidenciar a prejudicialidade que a solução fixada pelo STJ ocasiona ao sistema jurídico, uma vez que, a pretexto de encontrar o melhor caminho para corrigir eventual desfuncionalidade do sistema, desconsidera uma clara opção legislativa. O que traz a indesejada problemática de o Poder Judiciário, a despeito da boa intenção, ultrapassar os limites da interpretação, idealizando normas não previstas por quem tem, constitucionalmente, a função de legislar (Poder Legislativo).

Para tanto, será abordada a evolução histórica do recurso de agravo no sistema processual civil brasileiro; com posterior explanação acerca das hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento no Código vigente, com considerações sobre cada inciso do dispositivo; apresentadas as teses em torno da interpretação que se deve imputar ao rol do art. 1.015; proposta a solução mais apropriada à resolução da contenda; bem como exposta a tese sufragada pelo STJ, com reflexões sobre a mesma.

2. BREVE HISTÓRICO DO RECURSO DE AGRAVO

A previsão do recurso de agravo, no âmbito do processo civil brasileiro, em moldes aproximados ao que se tem atualmente, deu-se, de forma inaugural, a partir do Código de Processo Civil de 1939 – CPC/1939, nos arts. 841 a 851. Nos termos do art. 841, eram 03 (três) as espécies de agravo: (a) de instrumento; (b) de petição, ou (c) no auto do processo.

Havia, ademais, previsão *numerus clausus* para o cabimento dos recursos de agravo. Isso porque o art. 842 elencava, nos incisos de I a XVII, as decisões que desafiavam agravo de instrumento, além dos casos em que a lei expressamente permitisse. Por seu turno, nos termos do art. 846, era admissível o agravo de petição das decisões que implicassem a terminação do processo principal, sem que lhe resolvessem o mérito, salvo os casos expressos de cabimento de agravo de instrumento. E, por fim, o agravo no auto do processo objetivava evidenciar a ilegalidade de decisão, na forma de preliminar, ao Tribunal Superior competente, para que dela o conhecesse, por ocasião do julgamento da apelação, conforme previa o art. 852.

A previsão de rol *numerus clausus* de hipóteses de cabimento do recurso de agravo, naturalmente, evidenciava, na prática forense, diversas decisões interlocutórias que não tinham aptidão para desafiar a interposição de agravo, porque não previstas pelo legislador, a despeito da relevância de tais atos decisórios para a dinâmica do processo. Assim, com o advento do Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973, e muito em razão da experiência obtida com o revogado CPC/1939, toda e qualquer decisão interlocutória tornou-se apta a ser rediscutida em sede de agravo.

Destarte, o agravo consagrou-se como o recurso cabível em face das decisões interlocutórias. Isso porque as decisões que implicassem a terminação do processo principal, sem que lhe resolvessem o mérito, bem como qualquer decisão veiculada em sede de sentença, passaram a desafiar o recurso de apelação. É dizer: a partir da nova codificação, não mais existiam o agravo de petição e o agravo no auto do processo, previstos no *codex* anterior.

Na realidade, com a redação originária do diploma processual, qualquer decisão interlocutória (conceito por exclusão extraído dos arts. 504 [despacho] e 513 [sentença]) desafiava unicamente agravo. Eis a redação originária do art. 522, do CPC/1973: “*Ressalvado o disposto nos arts. 504 e 513, de todas as decisões proferidas no processo caberá agravo de instrumento*” (BRASIL, 1973).

Posteriormente, com as alterações promovidas pela Lei 9.139 de 1995, ao recorrente foi dada a opção de interposição na modalidade instrumento

ou retida. Vejamos: “art. 522 - Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, retido nos autos ou por instrumento” (BRASIL, 1995).

Assim, em regra, era cabível agravo de instrumento das decisões interlocutórias, sendo possível interpô-lo também na forma retida, porém deveria ser sempre retido o agravo das decisões posteriores à sentença, salvo no caso de inadmissão da apelação, consoante §4º do art. 523 do CPC/1973, com a redação conferida pela Lei 9.139 de 1995.

A diferença substancial entre um e outro era que, enquanto por meio do agravo de instrumento a matéria recorrida era devolvida de imediato para o Tribunal, no agravo na modalidade retida, o recurso, como o próprio nome sugere, ficava retido nos autos e o seu conhecimento e a sua apreciação pelo Tribunal estavam condicionados ao requerimento expresso da parte interessada, nas razões ou na resposta à apelação (recurso cabível em face de sentença). Não é difícil, então, de imaginar e entender que as partes, em regra, optavam pela utilização do recurso na modalidade instrumento, em razão de seu efeito devolutivo imediato.

Assim, com o objetivo de evitar a utilização desproporcional do agravo na modalidade instrumento em relação à retida, as leis 10.352 de 2001 e 11.187 de 2005 trouxeram mudanças importantes para a sistemática desse recurso. A regra, então, passaria a ser a utilização da modalidade retida, conforme se verificava no alterado art. 522 do CPC/1973, *in verbis*:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (BRASIL, 2005)

Dessa forma, o agravo retido passou a ser a regra e o agravo de instrumento a exceção.

Por fim, com o advento do CPC/2015, não há mais a previsão do agravo retido e, em especial, alterou-se o regime de cabimento do recurso de agravo. Em síntese: o recurso contra decisões interlocutórias continua sendo o agravo, porém não são todas as interlocutórias que desafiam o recurso, apenas as previstas em lei (conforme o art. 1.015) e o recurso, quando cabível, é unicamente o agravo de instrumento. As decisões interlocutórias não agraváveis devem ser impugnadas, de forma preliminar, em sede de apelação ou em suas contrarrazões.

3. CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC DE 2015 (ART. 1.015)

Como se percebe, o regime de cabimento do recurso de agravo, em especial do agravo de instrumento, sofreu oscilações com a própria evolução histórica do processo civil brasileiro. Elucidativo, a esse respeito, é o magistério de abalizada doutrina nacional:

(...) o CPC/1939 previa agravo de instrumento (...) em hipóteses casuísticas, arroladas taxativamente em *numerus clausus* (...), como muitas decisões interlocutórias não se encontravam nos mencionados dispositivos legais (...) sobrevieram os institutos da correição parcial e da reclamação (...). Reinava verdadeira balbúrdia no sistema processual. Atento a essa experiência o CPC/1973 previu a recorribilidade de todas as interlocutórias (...). A crescente litigiosidade e cultura demandista no Brasil fez com que a recorribilidade pelo agravo, no sistema do CPC/1973, atingisse proporções numéricas bastante significativas, quase paralisando a atividade jurisdicional nos tribunais. Essa é a razão pela qual o CPC prevê, agora, agravo de instrumento apenas em algumas hipóteses, taxativamente enumeradas no CPC de 2015 (NERY JR.; NERY, 2015, p. 2078).

Assim, é de se destacar que o CPC/2015, escorado, dentre outras, em razões históricas, remodelou as hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento. Sendo certo que, mesmo na vigência do atual diploma processual, são as decisões interlocutórias, em regime de exclusividade, que desafiam sua interposição. Aqui não há grandes novidades.

Contudo, o que causou amplas discussões no âmbito doutrinário e, de igual modo, no seio jurisprudencial, foi a opção legislativa por estabelecer, no art. 1.015, um rol de decisões interlocutórias recorríveis por agravo de instrumento. Ou seja, na atual sistemática, há decisões interlocutórias agraváveis e decisões interlocutórias não agraváveis (irrecorríveis de imediato, pelo menos).

Necessárias, então, considerações acerca das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC/2015. Confira-se a sua redação:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

I – tutelas provisórias;

II – mérito do processo;

III – rejeição da alegação de convenção de arbitragem;

IV – incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

V – rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;

VI – exibição ou posse de documento ou coisa;

VII – exclusão de litisconsorte;

VIII – rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;

IX – admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;

X – concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;

XI – redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;

XII – (VETADO);

XIII – outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário. (BRASIL, 2015)

Inicialmente, há previsão de cabimento do agravo de instrumento para decisões interlocutórias que versarem sobre tutela provisória (inciso I). Seja qual for a natureza da tutela provisória (cautelares, antecipatórias; de urgência, de evidência; antecedente, incidental) haverá desafio ao recurso. Sendo certo que *“o recurso é cabível não apenas contra a decisão que defere a tutela provisória, mas também contra aquela que a indefere, modifica-a (art. 296) ou define o regime que lhe será aplicável (art. 305, par. ún.)”* (TALAMINI, 2016). Ademais, em consonância com os Enunciados 70 do Conselho da Justiça Federal – CJF e 29 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, também é agravável a decisão que postergue a análise da tutela ou condicione a sua apreciação à exigência não prevista em lei.

Nesse sentido, ao julgar o REsp 1.752.049-PR, a 3ª Turma do STJ definiu que:

O conceito de “decisão interlocutória que versa sobre tutela provisória” abrange as decisões que examinam a presença ou não dos pressupostos que justificam o deferimento, indeferimento, revogação ou alteração da tutela provisória e, também, as decisões que dizem respeito ao prazo e ao modo de cumprimento da tutela, a adequação, suficiência, proporcionalidade ou razoabilidade da técnica de efetiva da tutela provisória e, ainda, a necessidade ou dispensa de garantias para a concessão, revogação ou alteração da tutela provisória. (BRASIL, 2019)

Por outro lado, qualquer decisão que verse sobre o mérito do processo (inciso II) também é passível de agravo. Aqui, a um só passo, o legislador ratifica a possibilidade de decisões interlocutórias parciais de mérito e consagra o regime peculiar de preclusão máxima e autônoma em relação às parcelas meritorias resolvidas no curso do procedimento. Neste sentido, Didier Junior e Cunha pontificam que:

Toda decisão que trate do mérito – e não seja rigorosamente uma sentença – poderá ser atacada por agravo de instrumento (...). O disposto no art. 1.015, II, do CPC confirma a possibilidade de ser proferida, no processo civil brasileiro, decisão interlocutória de mérito definitiva (...). Se o agravo de instrumento não for interposto, haverá coisa julgada. Não será possível impugnar a decisão interlocutória de mérito ou a decisão parcial de mérito na apelação a ser interposta da sentença que ainda será proferida (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016. p. 214).

Cite-se, como exemplo, as decisões que envolvem os institutos da prescrição e decadência. Caso a prescrição ou a decadência sejam decididas por interlocutória, há o desafio do agravo de instrumento. Já se a questão for definida apenas no âmbito da sentença, pondo fim ao processo ou a capítulo da sentença, caberá apelação nos termos do art. 1.009 do CPC. Assim, a 4ª Turma do STJ bem pontuou no julgamento do REsp 1.778.237-RS:

As decisões interlocutórias que versem sobre o mérito da causa não podem ser tidas como sentenças, pois, à luz do novel diploma, só haverá sentença quando se constatar, cumulativamente: I) o conteúdo previsto nos arts. 485 e 487 do CPC; e II) o fim da fase de cognição do procedimento comum ou da execução (CPC, art. 203, § 1º) (...). O novo Código considerou como de mérito o provimento que decide sobre a prescrição

ou a decadência (art. 487, II, do CPC), tornando a decisão definitiva e revestida do manto da coisa julgada. (BRASIL, 2019)

De igual modo, cabe agravo de instrumento em face da decisão que veicule a rejeição da alegação de convenção de arbitragem (inciso III). Conforme Talamini (2016), cabe também recurso de imediato contra a decisão que acolhe a arguição de convenção arbitral, porém, não se trata de agravo de instrumento, eis que o referido ato decisório não se constitui como decisão interlocutória, mas como verdadeira sentença, pois que extingue a fase cognitiva do processo no âmbito do judiciário, remetendo-o ao juízo arbitral, desafiando, portanto, o recurso de apelação.

De se registrar que polêmicas circundaram, especialmente, este inciso III, quanto ao elástico da sua interpretação para também albergar as decisões sobre alegação de incompetência. A análise, porém, do regime interpretativo, não só do inciso III, mas de todo o art. 1.015, é objeto de tópico específico do presente trabalho.

Em continuidade, tem-se que são agraváveis as decisões sobre o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (inciso IV). Para boa parte da doutrina trata-se de previsão desnecessária, em vista do inciso IX do art. 1.015, que prevê o cabimento de agravo em qualquer hipótese de admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros. É válido lembrar, ainda, que a desconconsideração da personalidade jurídica, com formação de litisconsórcio, quando for requerida em sede de vestibular, não tem aptidão para instaurar o incidente, não sendo agravável, em regra, a decisão que analise o pleito, pois, normalmente, exarada em sentença. Em outras palavras, de acordo com o Enunciado 390 do FPPC: *“resolvida a desconconsideração da personalidade jurídica na sentença, caberá apelação”*.

A decisão que rejeita o pedido de gratuidade da justiça ou acolhe o pedido de sua revogação (inciso V) também é agravável. Mais uma vez, entende-se que se trata de previsão desnecessária, ante o teor do art. 101 do Código, que já traz regra similar. Por outro lado, não há polêmica acerca da rejeição ou revogação parcial da gratuidade, conforme cristaliza o enunciado 612 do FPPC: *“Cabe agravo de instrumento contra decisão interlocutória que, apreciando pedido de concessão integral da gratuidade da Justiça, defere a redução percentual ou o parcelamento de despesas processuais”*.

Decisão no incidente de exibição ou posse de documento ou coisa (inciso VI) também desafia agravo de instrumento. Tinha-se a discussão se, tal qual se fez em relação à desconconsideração da personalidade jurídica, quando o pedido de exibição fosse feito em relação a terceiro (que não

é parte no processo), instaurar-se-ia verdadeira ação autônoma incidental, resolvida por sentença, passível de apelação (e não agravo). O STJ consagrou entendimento diverso (pelo cabimento indistinto de agravo), conforme bem resumido por Márcio André Lopes Cavalcante:

O art. 1.015, VI, do CPC/2015 prevê: Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: VI - exibição ou posse de documento ou coisa; Essa hipótese de cabimento abrange:

- a decisão que resolve o incidente processual de exibição instaurado em face de parte;
- a decisão que resolve a ação incidental de exibição instaurada em face de terceiro;
- e, ainda, a decisão interlocutória que aceite ou rejeite mero requerimento formulado no bojo do próprio processo.

Assim, cabe agravo de instrumento com base no art. 1.015, VI, do CPC/2015, contra a decisão interlocutória que defira ou indefira a expedição de ofício para que um terceiro apresente determinado documento, mesmo sem a instauração de incidente processual ou de ação incidental. STJ. 3ª Turma. REsp 1798939-SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 12/11/2019 (Info 661). (CAVALCANTE, 2019)

O inciso VII versa acerca de decisões sobre a exclusão de litisconsorte. Para Didier Junior e Cunha (2016, p. 220), trata-se de uma boa opção legislativa, pois *“não faria sentido aguardar a prolação da futura sentença, para, somente então, atacar a decisão que excluiu um dos litisconsortes”*. Isso porque, conforme lecionam os renomados autores, *“eventual provimento da apelação teria o condão de desfazer todos os atos processuais posteriores à exclusão do litisconsorte para que ele pudesse participar efetivamente do contraditório”* (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 220). Podendo se entender também que a hipótese constitui, na verdade, um caso especial de negativa parcial de resolução do mérito em face de um litisconsorte, o que já seria agravável por força do parágrafo único, do art. 354 do CPC/2015.

Destaque-se que essa previsão abrange somente a decisão interlocutória que exclui o litisconsorte. Não cabendo agravo de instrumento contra a decisão que mantém o litisconsorte, ou seja, que indefere o pedido de exclusão. A propósito, confira-se o que decidido pela 3ª Turma do STJ, no julgamento do REsp 1724453/SP:

(...) 2 - O propósito recursal é definir se o conceito de “decisões interlocutórias que versarem sobre exclusão de litisconsorte”, previsto no art. 1.015, VII, do CPC/15, abrange somente a decisão que determina a exclusão do litisconsorte ou se abrange também a decisão que indefere o pedido de exclusão.

3 - Considerando que, nos termos do art. 115, I e II, do CPC/15, a sentença de mérito proferida sem a presença de um litisconsorte necessário é, respectivamente, nula ou ineficaz, acarretando a sua invalidação e a necessidade de refazimento de atos processuais com a presença do litisconsorte excluído, admite-se a recorribilidade desde logo, por agravo de instrumento, da decisão interlocutória que exclui o litisconsorte, na forma do art. 1.015, VII, do CPC/15, permitindo-se o reexame imediato da questão pelo Tribunal.

4 - A decisão interlocutória que rejeita excluir o litisconsorte, mantendo no processo a parte alegadamente ilegítima, todavia, não é capaz de tornar nula ou ineficaz a sentença de mérito, podendo a questão ser reexaminada, sem grande prejuízo, por ocasião do julgamento do recurso de apelação.

5 - Por mais que o conceito de “versar sobre” previsto no art. 1.015, caput, do CPC/15 seja abrangente, não se pode incluir no cabimento do agravo de instrumento uma hipótese ontologicamente distinta daquela expressamente prevista pelo legislador, especialmente quando a distinção está teoricamente justificada pelas diferentes consequências jurídicas causadas pela decisão que exclui o litisconsorte e pela decisão que rejeita excluir o litisconsorte. (BRASIL, 2019)

A rejeição do pedido de limitação de litisconsórcio (VIII) é mais uma decisão que desafia o agravo. Neste ponto o legislador trouxe a referida previsão também com base na lógica do prejuízo imediato, irreparável em sede de apelação. Por outro lado, não há a previsão de agravo contra a decisão que defere o pedido de limitação, justamente porque não há prejuízo, tendo em vista que a decisão que limita o litisconsórcio sequer gera a extinção do processo, acarretando, em verdade, o seu desmembramento (Enunciados 386 e 387 do FPPC).

Ademais, não haveria lógica em postergar o momento de impugnação da rejeição de limitação, “*pois de nada adiantaria deixar a impugnação para sentença, quando já ultimados todos os atos processuais, com prejuízo para defesa ou para duração do processo*” (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016, p. 222).

Também cabe o recurso de agravo da decisão que admite ou inadmite a intervenção de terceiros (inciso IX), com exceção dos casos de intervenção do *amicus curiae*, que o art. 138 do CPC (BRASIL, 2015) exclui expressamente o cabimento recursal. Sem maiores delongas, aqui também o legislador valeu-se da lógica de efeitos deletérios de se postergar, para a apelação eventualmente provida, a discussão da matéria.

Nos termos do inciso X, é desafiadora de agravo a concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução. Em verdade trata-se de mais um caso de reiteração didática de recorribilidade, tendo em vista que a matéria se confunde com a própria noção de tutela provisória, já recorrível nos termos do inciso I. Não é por outra razão que se entende ser “*cabível o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que indefere o pedido de atribuição de efeito suspensivo a Embargos à execução, nos termos do art. 1.015, X, do CPC*” (Enunciado 71 do CJF). Nessa esteira, a 2ª Turma do STJ, ao analisar o REsp 1694667/PR, assim consignou:

(...) De acordo com lição apresentada por Luis Guilherme Aidar Bondioli, “o embargante que não tem a execução contra si paralisada fica exposto aos danos próprios da continuidade das atividades executivas, o que reforça o cabimento do agravo de instrumento no caso” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. XX. Luis Guilherme Aidar Bondioli. ed. Saraiva, p. 126). 8. Ademais, o pedido de concessão de efeito suspensivo aos Embargos à Execução poderia perfeitamente ser subsumido ao que preconiza o inciso I do art. 1.015 do CPC/2015, por ter natureza de tutela provisória de urgência. Dessa forma, por paralelismo com o referido inciso do art. 1015 do CPC/2015, qualquer deliberação sobre efeito suspensivo dos Embargos à Execução é agravável. (BRASIL, 2017)

A decisão sobre redistribuição do ônus da prova (inciso XI) nos termos do art. 373, §1º, do CPC (BRASIL, 2015), também é agravável, podendo ser devolvida imediatamente ao tribunal competente. A previsão se justifica, pois, em razão do princípio da não-surpresa e de seus consectários, o ônus probatório deve ser previamente conhecido pelos litigantes, com a possibilidade de a parte se desincumbir do mesmo desde o início da instrução probatória. Discussão da matéria apenas em sede de apelação inutilizaria, frequentemente, toda a instrução processual. Ademais, conforme o Enunciado 72 do CJF “*é admissível a interposição de agravo de instrumento tanto para a decisão interlocutória que rejeita a inversão do ônus da prova, como para a que a defere*”.

O inciso XIII traz a previsão de cabimento do agravo de instrumento para outros casos expressamente referidos em lei. Assim, além do rol do art. 1.015, é possível a previsão de agravo em legislação esparsa ou mesmo em outros artigos do próprio código. Lei federal, portanto, pode criar novas hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

Por essa razão, o STJ, no AgInt no REsp 1.733.540/DF, em caso envolvendo o procedimento da Ação Popular, fixou que:

A norma específica inserida no microsistema de tutela coletiva, prevendo a impugnação de decisões interlocutórias mediante agravo de instrumento (art. 19 da Lei n.4.717/65), não é afastada pelo rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015, notadamente porque o inciso XIII daquele preceito contempla o cabimento daquele recurso em outros casos expressamente referidos em lei. (BRASIL, 2019)

O mesmo entendimento é válido para recorribilidade nas ações de improbidade e demais procedimentos albergados pelo microsistema de tutela coletiva.

Por fim, o parágrafo único do art. 1.015 é bastante claro ao prever o cabimento do agravo de instrumento, de forma ampla, em face das decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Registre-se, neste ponto, que, apesar da literalidade, a 2ª Turma do STJ, ao julgar o REsp 1.700.305-PB, ensaiou conferir ao parágrafo único do art. 1.015 uma interpretação restritiva, vaticinando que não seria qualquer decisão no processo de execução que desafiaria o recurso de agravo. Vejamos:

(...) para a otimização do Código de Processo Civil, deve o exegeta interpretar restritivamente o dispositivo legal no sentido de que o Agravo de Instrumento não pode ser utilizado como meio de impugnação de toda e qualquer decisão interlocutória proferida no Processo de Execução, porquanto tal liberdade iria de encontro à celeridade que se espera do trâmite processual. Ademais, se, a cada decisão proferida pelo juiz a quo, o Tribunal de revisão for instado a se manifestar imediatamente sobre o seu acerto ou desacerto, haverá drástica diminuição na efetividade do processo. (BRASIL, 2018)

Daí resultaria uma clara contradição. Isso porque, em relação ao rol do caput do art. 1.015, que seria taxativo por definição própria, o STJ engendrou, conforme se explana a seguir, tese que lhe conferiu bastante elasticidade (tese da “taxatividade mitigada”). Por outro lado, em relação parágrafo único, que a princípio não teria qualquer restrição, o Tribunal experimentou restringi-lo.

Porém, a Corte Especial do STJ corrigiu esse equívoco, para estabelecer que, no caso do parágrafo único do art. 1.015, cabe indistintamente agravo, em razão do regime recursal diferenciado inerente à fase executiva, uma vez que: a) nem sempre haverá apelação nessa fase procedimental; e b) existe uma urgência inerente, relacionada à afetação patrimonial ocasionada pelos atos judiciais executivos. Foi o que restou consignado no julgamento do REsp 1.803.925-SP:

Para as decisões interlocutórias proferidas em fases subsequentes à cognitiva – liquidação e cumprimento de sentença –, no processo de execução e na ação de inventário, o legislador optou conscientemente por um regime recursal distinto, prevendo o art. 1.015, parágrafo único, do CPC/2015, que haverá ampla e irrestrita recorribilidade de todas as decisões interlocutórias, quer seja porque a maioria dessas fases ou processos não se findam por sentença e, conseqüentemente, não haverá a interposição de futura apelação, quer seja em razão de as decisões interlocutórias proferidas nessas fases ou processos possuírem aptidão para atingir, imediata e severamente, a esfera jurídica das partes, sendo absolutamente irrelevante investigar, nessas hipóteses, se o conteúdo da decisão interlocutória se amolda ou não às hipóteses previstas no caput e incisos do art. 1.015 do CPC/2015. (BRASIL, 2019)

Nesse mesmo sentido, a Segunda Seção do STJ, entendendo que o processo recuperacional teria natureza jurídica de liquidação e de execução negocial das dívidas da pessoa jurídica em recuperação e que o processo falimentar teria natureza jurídica de liquidação e de execução coletiva das dívidas da pessoa jurídica falida, fixou, em sede de repetitivo (REsp 1.717.213-MT), a seguinte tese: “É cabível agravo de instrumento contra todas as decisões interlocutórias proferidas nos processos de recuperação judicial e nos processos de falência, por força do art. 1.015, parágrafo único, CPC”. (BRASIL, 2020)

4. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA E EXTENSIVA DO ROL TAXATIVO DO ART. 1.015 DO CPC/2015

Conforme delineado acima, com o CPC/2015 houve clara opção legislativa por estabelecer, no art. 1.015, um rol de decisões interlocutórias recorríveis de imediato, por agravo de instrumento. Esse rol, consoante se denota da própria evolução histórica do regime do agravo no sistema processual civil brasileiro, é, por tendência, taxativo. Assim, ainda que implicitamente, entendeu abalizada doutrina nacional, tal como: Didier Jr. e Cunha (2016), Nery Jr. e Nery (2015), Marinoni (2017) dentre outros.

Nada obstante, maiores discussões orbitaram sobre o tema da compatibilidade entre a natureza taxativa do rol do art. 1.015 e a interpretação extensiva de seus incisos. Sendo a referida interpretação, nas lições de Miguel Reale:

(...) o resultado do trabalho criador do intérprete, ao acrescer algo de novo àquilo que, a rigor, a lei deveria normalmente enunciar, à vista das novas circunstâncias, quando a elasticidade do texto normativo comportar o acréscimo. Desse modo, graças a um trabalho de extensão, revela-se algo de implícito na significação do preceito, sem quebra de sua estrutura (REALE, 2001, p.275).

Assim, fixado o âmago da controvérsia (compatibilidade do rol taxativo do art. 1.015 e sua interpretação extensiva), têm-se duas principais teses que se colocaram em contraposição.

Para uma primeira corrente (interpretação restritiva), o uso da interpretação extensiva, para exata compreensão do art. 1.015, seria fortemente rechaçado. Seriam dois os principais argumentos para a sua não utilização: contrariedade à *mens legislatoris* e insegurança jurídica.

A contrariedade a *mens legislatoris* se justificaria a partir da análise do histórico de tramitação do anteprojeto do CPC/2015, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Isso porque em diversas ocasiões vislumbrou-se a ampliação do rol das decisões desafiadoras do recurso de agravo, porém tais propostas foram rejeitadas, com a consolidação das hipóteses do artigo nos moldes que hoje se verifica.

Destarte, como bem asseverava Gajardoni (2017), não haveria outro caminho senão interpretar o novo CPC como ele é, e não como se esperava que ele fosse. No mesmo sentido, Roque (2016) apontava que não parecia

haver espaço para se reconhecer o cabimento de agravo de instrumento em outras hipóteses senão as previstas claramente pelo legislador:

Não parece haver espaço, dessa maneira, para se reconhecer o cabimento de agravo de instrumento contra decisões que, por exemplo, discutem a competência do juízo, decidam sobre valor da causa, defiram ou indefiram provas na fase de conhecimento ou afastem a aplicação de negócio jurídico processual. Foi clara a opção legislativa em não admitir recurso nestas situações (ROQUE, 2016).

Enfim, para os que tentavam objetar a interpretação extensiva, nada obstante as críticas ao que se tem no novo CPC/2015, é imperioso que se respeite a vontade legítima do Poder Legislativo.

A insegurança jurídica também era utilizada como argumento por esta primeira corrente. É que, com a sistemática do CPC/2015, conforme já explicitado, há a identificação de decisões interlocutórias agraváveis e não agraváveis. Para as decisões interlocutórias não agraváveis não haverá a incidência imediata da preclusão, visto que é possível a impugnação da decisão, nos termos do art. 1.009, §1º, do CPC/2015, em preliminar de apelação ou em contrarrazões à mesma. Por outro lado, as decisões interlocutórias agraváveis devem ser, desde logo, combatidas por meio do agravo de instrumento, sob pena de preclusão.

Desse modo, quanto ao regime preclusivo das interlocutórias, caso admitido o uso sem controle da interpretação extensiva, seria imposto o severo ônus da insegurança jurídica às partes. Elucidativa, sobre esse ponto, a seguinte consideração:

Tal raciocínio leva a um quadro de grave insegurança jurídica, em que os profissionais do direito não sabem mais o que preclui e o que não preclui de imediato. Na dúvida, os advogados serão levados, pelo menos enquanto não se consolida a jurisprudência, a interpor agravo de instrumento contra qualquer decisão interlocutória proferida na fase de conhecimento. Afinal, é melhor o tribunal dizer que não cabia o agravo, do que depois, no julgamento da apelação, asseverar que a matéria já precluiu... Dessa forma, sempre que seja possível cogitar de qualquer interpretação ampliativa, extensiva ou sistemáti-

ca para cabimento do agravo de instrumento, a parte tomará o cuidado de providenciar sua interposição, evitando que a omissão seja considerada como preclusão em eventual julgamento de apelação (ROQUE, 2016).

Por outro lado, para outra corrente doutrinária e jurisprudencial, o reconhecimento da natureza taxativa do rol do art. 1.015 seria plenamente conciliável com a interpretação extensiva das hipóteses de decisões interlocutórias taxativamente elencadas. Nesse sentido, Didier Junior e Cunha apontavam que:

As hipóteses de agravo de instrumento estão previstas em rol taxativo. A taxatividade não é, porém, incompatível com a interpretação extensiva. Embora taxativas as hipóteses de decisões agraváveis, é possível interpretação extensiva de cada um dos seus tipos. Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016. p. 209).

Ressalte-se, desde logo, que desde as primeiras reflexões sobre o tema essa sempre pareceu ser a corrente com argumentos mais fortes para a resolução da questão. Nessa linha, e considerando que *“a vida é muito mais rica que a imaginação do legislador e, por isso, não se submete docilmente às suas previsões normativas”*, a interpretação extensiva se imporia (JUNIOR, 2008, p.376). Aliás, são lapidares as considerações de Pontes de Miranda sobre o tema:

Não seria social a aplicação da lei, se não houvesse entre a norma viva (dado) e a aplicada (julgado) o veículo social (costume, jurisprudência), ainda que, após a permanência individual (ditame do legislador), se comunique, se socialize pela linguagem, fenômeno caracteristicamente social. O que naquele período pessoal se diminui ou se aumenta ao dado,

cumprir ao intérprete corrigir; se o legislador, pela expressão, inicial a socialização, é ao doutrinador e principalmente ao juiz que incumbe ultimá-la. Em vez que se limitar a induzir da lei, o que não satisfaria, induzirá das realidades, e a regra escrita apenas lhe serve de guia (PONTES DE MIRANDA, 2005, p. 102-103).

Deve-se ressaltar que a harmonização da interpretação extensiva com o rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015 culminaria na utilização, em medida certa, do “consequencialismo jurídico”, que se faria necessário para obstaculizar o uso excessivo do Mandado de Segurança ou outros sucedâneos recursais, caso adotada a interpretação restritiva. Sobre esse ganho sistemático, bem elucidam Didier Junior e Cunha:

Como se sabe, o consequencialismo constitui método de interpretação em que, diante de várias interpretações possíveis, o intérprete deve optar por aquela que conduza a resultados econômicos, sociais ou políticos mais aceitáveis, mais adequados ou menos problemáticos. Busca-se, assim uma melhor integração entre a norma e a realidade. É um método de interpretação que pode servir para confirmar a interpretação extensiva ora proposta (DIDIER JUNIOR; CUNHA, 2016. p. 211).

Outrossim, é preciso esclarecer que o que se defendia era uma interpretação extensiva e não analógica do art. 1.015. Tratam-se de institutos inconfundíveis, conforme leciona Teresa Arruda Alvim:

Ambas levam, direta ou indiretamente, à ampliação do sentido da norma. Mas por caminhos diferentes: a interpretação extensiva constitui no alargamento do núcleo conceitual: por exemplo, entender-se que a palavra mãe abrange mãe natural e mãe adotiva. A interpretação analógica há quando existe lacuna: p. ex., considerar-se que pedido de reconsideração seria um recurso, já que semelhante às hipóteses previstas no art. 944 do CPC: aqui, disciplina-se um caso novo e virtude de semelhança com aquele que é regulado expressamente.

É a analogia que não se permite quando a norma é taxativa. Não a interpretação extensiva: esta, se permite (ALVIM, 2018).

Por fim, é de se alertar que não se pode confundir interpretação e aplicação do direito com questão de política judiciária, sob o risco de se incidir em indesejada superinterpretação. Umberto Eco, ao abordar a superinterpretação, bem exemplifica a prejudicialidade da interpretação paranoica, que em tudo busca correlação:

Podemos levar ao limite e afirmar que há uma relação entre o advérbio ‘enquanto’ e o substantivo ‘crocodilo’ porque – pelo menos – aparecem juntos na sentença que acabei de pronunciar. Mas a diferença entre a interpretação sã e a interpretação paranoica está em reconhecer que esta relação é mínima e não, ao contrário, deduzir dessa relação mínima o máximo possível. O paranoico não é o indivíduo que percebe que ‘enquanto’ e ‘crocodilo’ aparecem curiosamente no mesmo contexto: o paranoico é o indivíduo que começa a se perguntar quais os motivos misteriosos que me levaram a reunir estas duas palavras em particular. O paranoico vê por baixo de meu exemplo um segredo, ao qual estou aludindo (ECO, 2005, p.56-57).

Assim, sendo admissível a interpretação extensiva dever-se-ia observar a finalidade/teleologia dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015, isto é, sua razão de ser, para que não se gerasse uma abertura discricionária, com superinterpretações, que desaguassem em desprestígio da legitimidade democrática das deliberações ocorridas no Congresso Nacional.

5. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOBRE O TEMA

Apesar dos entendimentos doutrinários acima expostos, o STJ encaminhou sua jurisprudência pela adoção de uma tese diversa para compreensão do rol do art. 1.015 do CPC/2015: a teoria da taxatividade mitigada.

Essa teoria foi consagrada pelo STJ na análise do Tema/Repetitivo nº 988, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, que tinha justamente a seguinte questão submetida a julgamento:

“Definir a natureza do rol do art. 1015 do CPC/2015 e verificar possibilidade de sua interpretação extensiva,

para se admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente versadas nos incisos do referido dispositivo do Novo CPC”. (BRASIL, 2018)

O referido tema controvertido teve sua afetação na sessão eletrônica iniciada em 14/02/2018 e finalizada em 20/02/2018, no âmbito da Corte Especial. E selecionados como representativos da controvérsia os REsps 1.704.520/MT e 1.696.396/MT.

Ressalte-se, desde logo, que os casos concretos levados ao STJ, por meio dos REsps 1.704.520/MT e 1.696.396/MT, foram interpostos nos autos de agravos de instrumento, nos quais se pretendia discutir a competência dos juízos em que tramitavam os processos, ao fundamento de que a matéria em referência não se enquadrava no rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015.

Importante destacar que, para a resolução da contenda, a doutrina, capitaneada por Fredie Didier Jr, já apontava o cabimento do agravo de instrumento para discutir competência a partir da já exposta técnica da interpretação extensiva do art. 1.015, III, do CPC/2015, que trata da hipótese de “*rejeição da alegação de convenção de arbitragem*”. E o fundamento era de fácil compreensão: ambas as situações teriam a mesma finalidade – afastar da causa o juízo incompetente.

Entretanto, a Corte Especial do STJ enveredou por uma solução com maior grau de complexidade, criando o que se veio a denominar de “cláusula adicional de cabimento”, que daria amparo à relativização da taxatividade do rol do art. 1.015, o que restou denominado, pela ministra Nancy Andrighi, de “taxatividade mitigada”.

Isso porque a “cláusula adicional de cabimento” tornaria possível a interposição de agravo de instrumento fora da lista do art. 1.015 (mitigando a taxatividade do rol), pautando-se no requisito objetivo da urgência, que decorreria da inutilidade do julgamento da questão apenas em sede de recurso de apelação. No ponto, destacou a relatora que:

[...] a urgência que justifica o manejo imediato de uma impugnação em face de questão incidente está fundamentalmente assentada na inutilidade do julgamento diferido se a impugnação for ofertada apenas conjuntamente ao recurso contra o mérito, ao final do processo. (BRASIL, 2018)

E complementou:

A tese que se propõe consiste em, a partir de um requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da apelação –, possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do art. 1.015 do CPC, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC, porque, como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações. (BRASIL,2018)

Essa corrente se sagrou prevalecente na Corte Especial e assim restou ementado o julgado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS. 1- O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. 2- Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. 3- A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que

tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. 4- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na repristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. 6- Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. 7- Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade com interpretação restritiva serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, eis que somente se cogitará de preclusão nas hipóteses em que o recurso eventualmente interposto pela parte tenha sido admitido pelo Tribunal, estabelece-se neste ato um regime de transição que modula os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica somente seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. 8- Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que tange à competência. 9- Recurso especial conhecido e provido. (BRASIL, 2018)

Cabe ressaltar que o julgado não se deu por unanimidade, com relevantes fundamentos erguidos por alguns ministros da corte.

Dentre os principais, ficou realçado que essa tese da taxatividade mi-

tigada, fulcrada na “*cláusula adicional*” de urgência, findaria por deixar a análise sobre o cabimento ou não do agravo de instrumento para cada caso concreto, o que denotaria a frustração da pretensão que se busca pela sistemática do julgamento de recursos representativos de controvérsia, quando se afeta um tema repetitivo ao STJ, qual seja: pacificação e uniformização da aplicação do direito federal.

Ponderou-se, ainda, que a tese da taxatividade mitigada, conduziria, inevitavelmente, ao retorno ao sistema anterior (regime recursal do CPC de 1973), pois justamente no Código anterior a urgência era fator determinante para definição se a decisão interlocutória desafiaria ou não a interposição de agravo instrumento. E isso significaria, sem qualquer base legal, a completa desconsideração pelo STJ da decisão legislativa de alterar, pelo novo Código, a sistemática de cabimento do recurso de agravo.

Nesse sentido, bem ressaltou a ministra Maria Thereza de Assis Moura, *in verbis*:

Em que pese a percepção de que a prestação jurisdicional seria mais efetiva se algumas hipóteses não previstas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil comportassem a impugnação na via do agravo de instrumento, não vejo como possível que o Poder Judiciário possa assumir a tarefa de criar novas hipóteses ao rol de decisões interlocutórias agraváveis, notadamente porque foi evidente a escolha do Poder Legislativo pelo *numerus clausus*. Desse modo, para que a segurança jurídica seja preservada, mister que a flexibilização das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento seja feita pelo legislador ordinário. (BRASIL, 2018)

Assim como a ministra Maria Thereza de Assis Moura, que entendia que a tese jurídica a ser fixada devia ser no sentido de que “*somente tem cabimento agravo de instrumento nas hipóteses previstas expressamente no art. 1.015 do CPC*”, também ficaram vencidos os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Humberto Martins, Og Fernandes e Mauro Campbell Marques.

Então, ao fim, o STJ firmou a seguinte tese: “*O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação*” (BRASIL, 2018).

Ainda, considerando a discussão que se tinha sobre o tema, com diversos recursos e sucedâneos recursais controvertendo a questão, bem como atento ao dever de fixação 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”*, a teor do art. 23 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, o STJ decidiu por modular os efeitos da decisão, nos seguintes termos: *“Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão.”* (BRASIL, 2018).

Assim, prevaleceu a tese proposta pela ministra Relatora, ministra Nancy Andrighi.

Digno de nota que, apesar do brilhantismo da tese engendrada, a mesma não escapa de ser referenciada como exemplificativa do indesejado desprestígio da legitimidade democrática que se tem alertado. Isso porque fosse esse o critério (a urgência ou o risco de inutilidade de uma análise futura da pretensão) almejado pelo legislador, o mesmo não teria promovido qualquer alteração na sistemática do texto do revogado CPC de 1973, sob o risco de, inutilmente, elencar um rol taxativo que facilmente pode ser substituído pelo critério da urgência ou do risco de inutilidade de uma análise futura da pretensão, ou mesmo qualquer outra “cláusula adicional” de cabimento.

Como bem destacado, em passagem lapidar, no voto vencido do ministro Og Fernandes:

“[...] não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim de acordo com o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar. Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015, se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. [...]” (BRASIL, 2018)

Pelo menos, e em boa medida, conforme explanado, em respeito à segurança jurídica, o STJ promoveu a modulação de efeitos do julgado.

Enfim, mais coerente, como já explicitado, é a interpretação extensiva com observância da finalidade/teleologia dos incisos do art. 1.015 do CPC/2015.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O legislador, no art. 1.015, do CPC/2015, estabeleceu um rol de decisões interlocutórias recorríveis de imediato e por agravo de instrumento. A doutrina majoritária entendia, ao que parece corretamente, que se tratava de um rol exaustivo. Mas a taxatividade do referido rol, no entanto, e a despeito de posicionamentos respeitáveis em sentido contrário, não obstaculizaria e nem seria incompatível com a interpretação extensiva.

Isso porque a interpretação extensiva do art. 1.015 implicaria em observância à *ratio essendi* do dispositivo. Ao passo que, em medida certa, se compatibilizaria com a utilização de interpretações consequencialistas e, principalmente, afastaria o fenômeno deletério da superinterpretação. Isso porque a interpretação extensiva não ampara pretensões de solução de problemas de política judiciária, sob o risco de distorcer o texto legal e desprestigiar o Poder Legislativo, que, com sua constitucional legitimidade democrática, deliberou e aprovou o diploma processual vigente.

Entretanto, a Corte Especial do STJ, na análise do Tema/Repetitivo nº 988, de relatoria da ministra Nancy Andrighi, alçou ao rol do art. 1.015 uma fictícia “cláusula adicional de cabimento”, que tornou possível a interposição de agravo de instrumento fora da lista do art. 1.015, pautando-se no requisito objetivo da urgência, que decorreria da inutilidade do julgamento da questão apenas em sede de recurso de apelação. Estabeleceu-se o que hoje se denomina tese da “taxatividade mitigada”.

Conforme já exposto, de forma conclusiva, ressaí como equivocada a solução. Não pelo seu conteúdo, vez que desenvolvida de forma muito bem fundamentada. Essencialmente, o que se ergue como objeção à tese é a prejudicialidade que a mesma gera ao sistema como um todo, uma vez que, a pretexto de encontrar o melhor caminho para corrigir eventual disfuncionalidade do sistema, desconsidera uma clara opção legislativa. O que traz a indesejada problemática de o Poder Judiciário, a despeito da boa intenção, ultrapassar os limites da interpretação, idealizando normas não previstas por quem tem, constitucionalmente, a função de legislar (Poder Legislativo).

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. *Um agravo: dois sérios problemas*. 2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI281602,91041-Um+agravo+dois+sérios+problemas>>. Acesso em: 06/09/2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de processo civil*. Brasília, DF, set. 1939. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Decreto-Lei/1937-1946/Del1608.htm>. Acesso em: 06/08/2021.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. *Institui o código de processo civil*. Brasília, DF, jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 10/08/2021.

_____. Lei nº 9.139, de 30 de novembro de 1995. *Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil, que tratam do agravo de instrumento*. Brasília, DF, nov. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9139.htm>. Acesso em: 12/08/2021.

_____. Lei nº 10.352, de 26 de novembro de 2001. *Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, referentes a recursos e ao reexame necessário*. Brasília, DF, nov. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10352.htm>. Acesso em: 06/08/2021.

_____. Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2005. *Altera a Lei nº 5.869, de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento, e dá outras providências*. Brasília, DF, out. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111187.htm>. Acesso em: 06/08/2021.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Institui o código de processo civil*. Brasília, DF, mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/L13105.htm>. Acesso em: 10/08/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial 1.733.540/DF*. Recorrente: Oi S/A. Recorrido: Pro Teste Associação Brasileira de Defesa do Consumidor. Rel. Min. Gurgel de Faria. Brasília, DF, 25 de novembro de 2019. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 04 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=5&docu>.

mento_sequencial=103800693®istro_numero=201800764357&peticao_numero=201900314827&publicacao_data=20191204&formato=P-DF>. Acesso em: 10/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.694.667/PR*. Recorrente: Jorge Yamawaki. Recorrido: Fazenda Nacional. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2017. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 18 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76914179&num_registro=201701896959&data=20171218&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.700.305/PB*. Recorrente: União Federal. Recorrido: Neide Ferreira Leite e Lisete Ferreira Leite. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília, DF, 25 de setembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80884081&num_registro=201702446118&data=20181127&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.704.520/MT*. Recorrente: Quim Comercio de Vestuario Infantil Limitada – ME. Recorrido: Shirase Franquias e Representacoes Ltda. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 05 de dezembro de 2018. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&peticao_numero=-1&formato=PDF>. Acesso em: 09/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.717.213/MT*. Recorrente: H Print Reprografia E Automacao De Escritorio Ltda. Recorrido: Caixa Econômica Federal. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 03 de dezembro de 2020. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 10 de dezembro de 2020. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=119191544&num_registro=201800001556&data=20201210&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.724.453/SP*. Recorrente: Eneva S/A. Recorrido: Montcalm Montagens Industriais S/A. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, DF, 19 de março de 2019. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 22 de março de 2019. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?compo>

nente=ATC&sequencial=93722175&num_registro=201800356060&data=20190322&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 10/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.752.049/PR*. Recorrente: Banco Safra S/A. Recorrido: V Pilati Empresa de Transportes Rodoviaros Ltda. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 12 de março de 2019. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 15 de março de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93251786&num_registro=201801645498&data=20190315&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.778.237/RS*. Recorrente: Redomarco de Carvalho. Recorrido: Joao Francisco Dreyer. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 19 de março de 2019. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 28 de março de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93923992&num_registro=201802107879&data=20190328&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09/09/2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1.803.925-SP*. Recorrente: Jose Amilton Dal Borch. Recorrido: Ronaldo Alves Conde. Rel. Min. Nancy Andrichi. Brasília, DF, 06 de agosto de 2019. Diário de Justiça eletrônico, Brasília-DF, 06 de agosto de 2019. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99219479&num_registro=201900755844&data=20190806&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 09/09/2021.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *O art. 1.015, VI, do CPC/2015 abrange a decisão interlocutória que versa sobre a exibição do documento em incidente processual, em ação incidental ou, ainda, em mero requerimento formulado no bojo do próprio processo*. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/f19ec2b84181033bf4753a5a51d5d608>>. Acesso em: 10/09/2021

DIDIER JUNIOR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. Volume 3, 13ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

ECO, Umberto. *Interpretação e Superinterpretação*. Tradução de Monica Stabel. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *O Novo CPC não é o que queremos que*

ele seja. 2015. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2015/07/20/o-novo-cpc-nao-e-o-que-queremos/>>. Acesso em: 06/09/2021.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença*. Volume II, 43ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. Volume II, 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. Tomo II, 2ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.275.

ROQUE, André Vasconcelos. et al. *Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva*. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/Xc5xyJ>>. Acesso em: 06/08/2021.

TALAMINI, Eduardo. *Agravo de instrumento: hipóteses de cabimento no CPC/15*. 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236240,41046-Agravo+de+instrumento+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em: 10/08/2021.

Democratização das relações de trabalho – a efetividade do direito constitucional de participação do empregado na gestão da empresa

Mayana Vieira Amorim¹

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir e avaliar a aplicabilidade do direito previsto no artigo 7º, XI, da Constituição Federal de 1988, que prevê a possibilidade da participação dos empregados na gestão da empresa. Não há legislação infraconstitucional acerca desse direito, porém como se trata de previsão contida no título relativo aos direitos e garantias fundamentais da Constituição, o presente estudo aborda justamente o cumprimento da legislação existente, como meio de solução do impasse aborda-se a utilização do remédio constitucional mandado de injunção, pois tal remédio pode ser impetrado por qualquer cidadão ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade.

Palavras-chave: Democratização das relações entre empregado e empregador; Participação na gestão da empresa; Mandado de Injunção.

1 Pós-Graduada pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-MG; Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a real efetivação acerca do direito dos trabalhadores de participação na gestão da empresa, conforme previsão do artigo 7º, XI, da Constituição Federal de 1988. O tema é de grande importância para o desenvolvimento pleno de uma sociedade democrática como o Brasil.

Para que se tenha um desenvolvimento sobre o tema, é necessário que se aborde vários assuntos a fim de que se tenha uma base para reflexão sobre o aspecto central da pesquisa. Assim, no primeiro tópico, são tratados os aspectos principais sobre democracia, cidadania e dignidade da pessoa humana dentro do contexto do trabalhador e também uma abordagem sobre o poder diretivo.

No segundo são abordados os meios de representação dos empregados, perpassando por experiências na Europa e no Brasil. No terceiro são tratados os aspectos constitucionais em relação aos direitos fundamentais e direitos sociais e a divisão dos poderes. O quarto e último tópico é dedicado ao estudo dos remédios constitucionais, mas especificamente o Mandado de Injunção, como meio de assegurar o direito a participação efetiva dos empregados, conforme previsto no artigo 7º, XI, da CF/88.

O grande marco do desenvolvimento em relação a proteção dos direitos sociais no Brasil foi o advento da Constituição Federal do Brasil de 1988. A Carta de 1988 veio a ser o meio pelo qual se formalizou o regime político-democrático no Brasil, nela os direitos fundamentais e sociais ganharam destaques buscando assim assegurar o pleno desenvolvimento da cidadania, sendo a Constituição o instrumento utilizado para fazer a junção dos valores democráticos com a forma efetiva de praticá-los.

A pesquisa tem como base a legislação, jurisprudência e uma base doutrinária nacional, e busca demonstrar as modificações ocorridas quanto aos conceitos acerca da democracia e cidadania até a atualidade e como tais mudanças afetam a interpretação do supramencionado artigo constitucional. Para que se tenha uma interpretação clara acerca de tal dispositivo deve ser levado em conta os aspectos da sociedade onde esse empregado está inserido. Diante de uma interpretação holística fica evidente que a participação do empregado e o poder diretivo do empregador devem ter como base a dignidade da pessoa humana no que se refere a interpretação e prática de tais direitos.

2. DEMOCRATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Ao longo da história o homem busca se expressar nas mais diversas áreas, essa necessidade encontra apoio na democracia que vem a ser o governo formado pela vontade do povo e para o povo, portanto é fundamental que se tenha o perfeito entendimento do que se trata a democracia e as transformações que o seu conceito vem tendo ao longo dos anos e como a Constituição Federal de 1988 trabalha a proteção de tal direito nas mais diversas áreas.

2.1. Da Democracia

Quando se aborda o conceito de democracia, temos sua origem no grego antigo, nos vocábulos *demos* que significa povo e *kratós* que significa governo, ou seja, um governo feito pelo povo, o termo começou a ser usado em meados do século V, a.C. (SANTANA, 2012. P. 160).

Ao longo dos anos o conceito de democracia vem sofrendo modificações, partindo dos conceitos emitidos por Platão em seu livro *A república* (2000) e Aristóteles em *A política* (2017) que acreditavam que o Estado para cumprir com o seu papel de protetor dos direitos dos cidadãos, deve ser governado por quem for justo e sábio, sendo, portanto uma aristocracia, agora não exercida pelo poder do dinheiro, mas pelo poder da sabedoria, onde o povo fica sujeito ao governo daqueles que dominam a arte da política, arte essa que deve ser dominada por quem tem sabedoria suficiente para tal.

Em uma visão mais moderna da democracia, temos o pensamento de Rousseau (2013, 84), para o qual a forma mais justa de governo reside na democracia, onde o poder emana de sua origem legítima que reside no povo, tirando dessa posição a monarquia, passando o governante a exercer o papel de administrador do poder emanado do povo.

Ao observarmos o desenvolver dos conceitos acerca do que é a democracia, algo em comum é observado em todos, há sempre a participação da população nas tomadas de decisões que venham apresentar reflexos na comunidade onde ocorre. O que vem ser o ponto marcante ao longo da história sobre o desenvolver dessa democracia é justamente o volume de participação da população nas tomadas de decisão.

Atenas, por exemplo, era uma cidade com em torno de duzentos mil habitantes, porém, apenas cerca de vinte mil eram considerados cidadãos, ou seja, apenas dez por cento da população podia exercer alguma influência nas decisões.

Ao observarmos o passado fica claro o quanto a atuação popular era restritiva a um pequeno grupo de pessoas. As restrições acerca da atuação direta na vida pública era principalmente exercida sobre as mulheres, escravos e estrangeiros, outro aspecto relevante que ocorria nessa época era que as restrições impostas pelo Estado atingia a vida privada da população de forma direta.

Com o passar dos anos, chega-se ao conceito onde a democracia está de fato mais próxima da atuação popular descrita pelos pensadores iluministas, onde a prática democrática se torna palpável para muitos, onde a permissão para exercê-la se estende a um número maior da população, uma vez que a democracia baseada nos pensamentos iluministas que serviram como base para a revolução francesa, carregam uma busca pela igualdade, mas a princípio tal conquista fica basicamente restrita ao aspecto formal.

É na idade moderna no decorrer dessas mudanças, que o processo democrático, baseado em uma busca de igualdade em que o poder de externar sua opinião e ter a mesma respeitada, vai atingir tanto a vida pública como a vida privada da população no seu processo deliberativo, uma vez que na idade antiga a atuação do Estado invadia até mesmo a vida privada da população com grande intensidade.

Um grande passo já havia sido dado ao se conquistar ao menos uma igualdade formal entre a população, porém após alguns anos, considerando como um marco a primeira guerra mundial, a igualdade formal não atende mais as necessidades reais da população, que busca uma igualdade de fato, passando, portanto o pensamento acerca do que seria democracia por uma nova mudança.

Com a busca da população por uma igualdade prática, coube ao Estado atuar de modo a proporcionar a garantia dos direitos sociais dos indivíduos, como fruto dessa necessidade nasceu a Constituição do México em 1917, que foi a primeira constituição a incluir os direitos sociais, ocorrendo o mesmo na Constituição de Weimar em 1919. Por intermédio dessas mudanças buscava-se uma forma plena de democracia, que envolvesse o desenvolvimento da população em todos os aspectos, inclusive no que tange aos direitos sociais, a partir de então se inicia mais um processo de mudança da democracia, a transformação da democracia baseada no pensamento liberal para a democracia envolvida no aspecto social.

Hoje a concepção de democracia envolve um pensamento que abrange as mais diversas áreas, onde não se restringe a participação democrática apenas as atividades políticas, mas sim a todas as relações que o cidadão desenvolve em sua sociedade.

Segundo Delgado (2013, p. 91):

democracia é o regime de estruturação da sociedade política e da sociedade civil pelo qual se assegura o império das liberdades públicas, coletivas e individuais, da participação individual e coletiva nas diversas esferas de poder, da inclusão institucional, política, social, econômica e cultural dos vários segmentos sociais e dos indivíduos, sob a regência de regras e relações institucionalizadas ou, pelo menos, não proibidas pelo Direito.

Observa-se por meio do conceito acima exposto, o quanto o entendimento acerca de democracia foi modificado e ampliado, diante de tal conceito, cabe salientar que a empresa faz parte dessa sociedade e tem seu desenvolvimento diretamente afetado pelas transformações sociais que ocorrem no meio do qual faz parte.

Ao se conceber um pensamento que coloca a democracia como a tomada de decisão baseada na participação da maioria, deve se ter cuidado, pois cabe salientar a importância de se apurar o tema em questão, para que não se caia no engano que a tomada de decisão pela maioria seja a pura manifestação democrática, uma vez que a democracia carrega em si a essência do desenvolvimento social, que busca preservar também as minorias presentes na sociedade.

É mediante a democracia que a pessoa pode exercer de forma plena os seus direitos, atuando assim para a concretização da sua dignidade humana e exercício de sua cidadania, isso inclui as minorias em luta por sua voz e direitos. Cabe ao poder judiciário a proteção dos direitos previstos na constituição, tal fato engloba o dever de lutar em prol da preservação dos valores contidos no Texto Maior, mesmo que contra essa previsão se levante a maioria.

Um dos aspectos mais relevantes e admiráveis em uma sociedade democrática é a proteção das minorias, pois a partir do momento em que se ignoram os direitos e anseios de um grupo pertencente a essa sociedade pelo fato do mesmo não contar com uma grande representatividade, é passível de questionamento tal democracia. O simples fato dos representantes do povo na democracia serem eleitos pelo voto da maioria, não quer dizer que tais representantes devam atuar apenas na proteção dos seus eleitores, mas sim de todos, pois a democracia engloba a participação de todas as pessoas nas tomadas de decisões que lhe afetem, preservando assim a dignidade da pessoa humana e atuando para a construção de uma sociedade saudável.

A democracia deve ser presente em todos os ambientes, isso inclui as instituições presentes nas sociedades, afinal as instituições acabam sendo grupos onde cada membro deverá exercer o seu papel e respeitar o outro para que tudo corra de maneira pacífica, dessa forma são apresentados as referências normativas e de bom convívio em sociedade.

As instituições são parte da sociedade, estando, portanto sob a influência da mesma acerca dos aspectos democráticos, devendo as relações tanto dentro como fora das instituições apresentarem caráter semelhante no que tange ao exercício da democracia por seus membros.

O que ocorre entre a sociedade e as instituições, incluso as empresas nessa última, é uma troca de influência contínua, onde a sociedade influencia no ordenamento das instituições e os membros desta acabam repassando os valores aprendidos para as comunidades a que pertencem.

Na empresa pode ser vista o busca em se trazer o exercício de cidadania dos trabalhadores para o convívio interno, porém mantendo a prática de poder dirigente dos chefes sobre os subordinados, criando assim uma estabilidade normativa. É claro o poder de influência que as instituições possuem sobre aqueles que dela fazem parte, contribuindo de forma direta na construção da identidade pessoal desse trabalhador e oportunizando ao mesmo exercer o seu papel social. A empresa nessa troca de influência com a sociedade a qual está integrada, deve trazer para si os aspectos democráticos fundamentais adotados no macrocosmo, entre eles a participação democrática dos trabalhadores nas tomadas de decisões que venham lhe atingir, bem como, proporcionar um ambiente favorável ao desenvolvimento da dignidade desses indivíduos, respeitando porém as regras de hierarquia presentes na empresa.

2.2. O trabalhador e o exercício da cidadania na empresa

Ao pensarmos sobre cidadania podemos nos prender ao olhar voltado para o aspecto político jurídico da coisa, que visa o tratamento técnico do termo cidadania, que se caracteriza pelo fato do indivíduo pertencer a uma soberania e por tal fato, acaba recebendo certo status de poder votar e ser votado, ficando restrito como definição de exercício de cidadania, no ponto de vista político jurídico, o pleno gozo dos direitos políticos.

Ficar preso ao conceito supramencionado é limitar o pensamento acerca de algo fundamental ao desenvolvimento social. É necessário que se abra o campo de visão para um conceito menos dogmáticos e mais aberto a interligação que a cidadania exerce no aspecto socioeconômico.

Segundo Delgado (2013, p. 87): “Cidadania é a titularidade de diversificado e importante rol de direitos políticos, sociais, econômicos e culturais atribuída à pessoa humana no contexto do Estado e da Sociedade Civil”.

Ao longo da história é perceptível a clara ligação da cidadania com o direito de participação ativa na sociedade, por muito tempo a cidadania ficou restrita a um pequeno grupo de pessoas, sendo os principais excluídos: mulheres, escravos e estrangeiros.

Quando se procura observar a questão da cidadania nos tempos atuais, entra-se em debate acerca de até onde se estende o desempenho da cidadania além das atividades ligadas ao aspecto político, construindo assim uma cidadania voltada para o aspecto social e econômico, onde o cidadão a partir da sua atuação busca uma melhor dignidade de vida, logo temos a possibilidade do exercício da cidadania também no local de trabalho.

É preciso que se tenha o entendimento que é necessário que se proporcione o pleno exercício da democracia e cidadania para que se obtenha o pleno desenvolvimento da personalidade e assim se consiga a solidificação da dignidade da pessoa humana. A cidadania é intrínseca a participação dos membros da comunidade nas decisões que lhe afetem, decisões essas que estão além do cunho político e da capacidade de votar e ser votado desse cidadãos.

O Brasil teve a construção do pensamento acerca de cidadania atravancada por fatos que acabaram diferenciando tal construção da maioria dos países do mundo, no Brasil os direitos sociais foram reconhecidos antes de vários direitos civis e até mesmo políticos. O que se apresenta comumente na história da humanidade é justamente o contrário, onde se tem uma conquista dos direitos civis e políticos, ganhando, portanto a população status de cidadãos e assim empoderados, exerciam uma pressão consciente em busca de seus direitos sociais.

É necessária a compreensão da ligação direta entre a dignidade da pessoa humana e o direito participativo do cidadão em todo processo deliberativo que venha atingir o meio ao qual está inserido, tal ligação é necessária para o pleno desenvolvimento pessoal e a noção de respeito que deve ser tida ao considerar a dignidade, ocorrendo assim o aspecto intersubjetivo.

Podemos entender a dignidade da pessoa humana por meio do conceito elaborado por Wolfgang (2011, p. 63):

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nes-

se sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A dignidade da pessoa humana nasce e se fundamenta a partir da concepção de que o ser humano, tão somente pela sua condição humana, independente de qualquer outro aspecto, é detentor de direitos que necessitam ser reconhecidos e respeitados, tanto por seus semelhantes quanto pelo Estado. Podemos dizer que a dignidade da pessoa humana se baseia na qualidade pertencente ao homem como homem; sua ampla atuação, que não se restringe aos aspectos da vida pessoal, mas também em sua relação de cidadão e Estado, além das relações intersubjetivas que o mesmo desempenha na comunidade a qual pertence, por fim, a concretização da dignidade da pessoa humana ocorre com a efetiva participação do homem nas tomadas de decisões.

Ao longo dos anos a ideia de dignidade humana passou por inúmeras transformações, antigamente, não que já tenha desaparecido por completo nos dias atuais, só era detentor de dignidade aquele que pertencesse ao grupo, quem não o fosse não teria direito a dignidade. Antigamente a dignidade estava ligada à plena capacidade de raciocínio, aqueles que desfrutavam plenamente da razão, portanto os escravos, que não eram considerados como seres racionais, não possuíam direito a dignidade.

Com o passar dos anos o conceito de dignidade passou pela influência religiosa até chegar à idade moderna e sofre principalmente a influência de Immanuel Kant², que foi um dos primeiros pensadores a afirmar que ao homem não pode se atribuir um preço, uma vez que o homem por ser detentor de razão, deve ser considerado um fim em si mesmo. Para Immanuel Kant (2013, P. 32), a dignidade está ligada a tudo aquilo que não pode ser vendido ou atribuído valor, portanto o homem sendo um ser ao qual não pode ser atribuído preço é detentor inerente da dignidade e a exerce ao viver de forma autônoma a sua razão, ou seja, é indissociável a dignidade da autonomia.

2 Immanuel Kant (1724-1804) foi um filósofo alemão, fundador da Filosofia Crítica, conhecido por atuar na junção do racionalismo com o empirismo. Suas principais obras são *Crítica da razão pura* (1781); *Fundamentação da metafísica dos costumes* (1785), *Crítica da razão prática* (1788) e *Crítica do juízo* (1790).

Tal pensamento acerca da dignidade deve ser levado para as relações de trabalho, onde o homem deixa de ser apenas mais um elemento que compõe a linha de produção, e passa a exercer sua dignidade e cidadania dentro da comunidade que é o ambiente de trabalho, no qual deve buscar conciliar o seu papel de cidadão e o exercício de sua democracia como empregado, em conjunto com o seu empregador, sem perder o objetivo da contratação feita por ambos.

É valioso ressaltar que o empregado ao exercer a atividade para qual foi contratado, exerce a troca com o empregador, onde o primeiro percebe o salário e o empregador tem nesse um auxiliador para que venha conquistar o lucro desejado pela produção, mas além do aspecto financeiro da relação, está presente o papel que o trabalho exercer na formação da identidade do trabalhador.

No Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana passou a ser um dos princípios fundamentais que compõe o Texto Maior, portanto o desrespeito ou até mesmo o não cumprimento em sua plenitude de tal princípio, constitui lesão ao estabelecido no texto maior.

2.3. Do poder diretivo do empregador ao poder participativo do empregado

Conforme o artigo 966 do Código Civil de 2002, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços”, nesse trabalho utilizaremos o termo empresa para nos referirmos a atividade empresarial e empreendedora.

No que se refere a previsão contida no artigo 966 do C.C, fica claro que não há referência ao empregado como parte ativa na criação e gestão da empresa, o mesmo diante de tal conceito figura apenas como mais um dos mecanismos utilizados na produção.

Como já abordado aqui, a empresa figura como uma instituição e por isso tem exercido sobre si as influências da sociedade da qual faz parte, ao mesmo tempo em que a mesma contribui para o desenvolvimento pessoal dos indivíduos que laboram em suas dependências. Na empresa temos o retrato de uma comunidade, onde há a relação entre empregado e empregador, relação essa de subordinação, regida por um contrato, importante frisar que tal subordinação se restringe as atividades funcionais.

A democracia para existir de fato deve obedecer a legitimidade, que por sua vez é fundamentada na origem e exercício do poder. Quando trazemos

essa legitimidade para o ambiente empresarial, podemos afirmar que a origem conta no contrato profissional, onde o empregador tem poder sobre o empregado, já o exercício dessa legitimidade se dá no fato de que o empregador paga os salários dos empregados que por sua vez contribuem ativamente para que o empregador alcance o lucro pretendido, ou seja, há benefício para todos os envolvidos nessa comunidade.

Conforme previsão constitucional a empresa tem que exercer sua função social, ou seja, vai além da relação salário e lucro entre os envolvidos, deve visar o benefício de todo o meio no qual está inserida. Cabe ao empregador em meio a função social que a empresa deve exercer, entender que o seu poder diretivo não lhe é subjetivo, mas deve ser utilizado visando o benefício de todos os envolvidos, sendo, portanto, esse um direito-função do empregador.

Acerca do poder diretivo Ávila (2011, p. 14) aborda o tema da seguinte forma:

o poder diretivo pode ser definido como a capacidade atribuída ao empregador de exercer as atividades referentes à administração da empresa [...] tendo em vista não apenas seus interesses singulares, mas também aqueles atinentes à comunidade de trabalho e tendo em conta, ainda, as restrições impostas tanto pela lei, quanto pelas associações representativas dos interesses obreiros ao seu exercício.

Por meio do conceito de poder diretivo baseado em direito-função podemos pensar em uma maior participação dos trabalhadores nas tomadas de decisões, mesmo que de forma tímida, tal participação, atua como uma forma de exercício da democracia e da cidadania na empresa.

3. REPRESENTAÇÃO E PARTICIPAÇÃO

A democracia tem como algumas das suas formas de exercício a representação e a participação, os conceitos não devem ser confundidos, portanto ao longo desse trabalho iremos abordar acerca da distinção de ambos os conceitos e também relatar sobre a aplicação de ambos no Brasil e em países da Europa.

3.1. Aspectos gerais da representação e participação dos empregados na empresa

É necessário que se faça a distinção entre representação e participação dos trabalhadores no que se refere a gestão da empresa. Por meio da representação se tem um meio no qual se busca incentivar o desenvolvimento dos interesses individuais e coletivos dos empregados. A representação é um dos meios mais fortes que os trabalhadores têm para atuar na gestão da empresa.

Podemos definir os órgãos representativos, quanto ao seu número de representantes em: colegiado e singular. Quanto à origem dos membros pode ser: sindical, quando há a representação do sindicato dentro da empresa; não sindical, quando não há representação do interesse sindical na empresa, ou pode haver o sistema misto onde há representantes pertencentes ao sindicato e não sindical na mesma empresa. No que se refere ao meio utilizado para comunicação, o mesmo pode ser um canal único quando a representação é feita por um único grupo de representantes, ou pode ser um canal duplo, quando há um canal para os representantes do sindicato e outro para os empregados da empresa.

Quando falamos da participação dos empregados, que como já dito, difere da representação, pode-se dizer que há basicamente três meios de participação na gestão atualmente, são eles: participação informativa, onde os empregados são apenas informados acerca dos dados da empresa e suas decisões; participação consultiva, nesse meio há uma maior democracia, pois os empregados são consultados através de uma troca de informações com o empregador, mas de forma prática tal democracia não é exatamente concreta, pois o empregador não é obrigado a levar em conta as informações trocadas com os trabalhadores; o terceiro meio de participação é onde podemos ver mais presente o respeito ao empregado como cidadão capaz de exercer seu direito a democracia na empresa, tal meio é conhecido como cogestão ou codecisão, é onde ocorre a partilha entre empregador e empregados nas tomadas de decisões.

Um grande passo relativo a proteção dos representantes dos trabalhadores e do desenvolvimento dessa relação mais democrática foi a Convenção nº 135, de junho de 1971, que trata acerca da proteção aos representantes dos trabalhadores e a Recomendação nº 143, de 1971, que trata acerca da proteção e a facilidades concedidas a representantes de trabalhadores na empresa, tais documentos tiveram grande influência na legislação que regulamenta tais relações entre empregadores e empregados em diversos países.

3.2. O sistema de representação na Europa

A França é um país que apesar de ter uma baixa aderência aos sindicatos pelos trabalhadores, possui uma ampla liberdade sindical. A autorização para criação dos sindicatos se deu em 1884 por Lei, em 1920 foi instituído nova lei que estendia a capacidade civil dos sindicatos permitindo a atuação na justiça em defesa da coletividade. Em 1956 é estabelecida Lei que proíbe a discriminação sindical e em 1968 através de nova lei foi permitido que os sindicatos atuassem dentro das empresas, em 2008 veio a lei que reforçou a legitimidade dos sindicatos e concedeu uma maior legitimidade a produção e a contratação coletiva.

O modelo sindical francês tem um grande alcance no que se trata ao termo liberdade sindical, pois prevalece nele o pluralismo, desse modo, é possível que vários sindicatos representem a mesma categoria profissional.

Na França é adotado tanto a representação unitária como a representação sindical, pelo fato de se ter a liberdade sindical e por isso vários sindicatos tem papel representativo para a mesma categoria, aquele sindicato que possui uma maior representatividade acaba sendo mais influente nos órgãos de representação nas empresas. Prevalece na França como canal de participação dos empregados na empresa a informação e a consulta, onde se obtém a opinião do empregado, mas não necessariamente se atribui relevância a mesma.

Na Itália a participação dos trabalhadores na gestão da empresa está prevista no artigo 46 da Constituição Italiana de 1948, na Itália também há a representação dos trabalhadores dentro da empresa, tal fato contribui para demonstrar a possibilidade de dupla representação, sendo possível a representação unitária e sindical, mas sendo mais forte a representação unitária. Conforme o artigo 39, §1 da Constituição Italiana, há a previsão da liberdade sindical.

Na Espanha consta no artigo 28.1. da Constituição Espanhola de 1978, que todos têm o direito de filiar-se a sindicato. Na década de 70 firma-se o reconhecimento da liberdade sindical através da lei e concede-se a legitimidade da representação e o direito dos empregados de participarem de forma ativa da gestão da empresa. Na Espanha se tem os órgãos de representação dos empregados na empresa, normalmente são os responsáveis pelos canais de participação dos empregados que normalmente são a comunicação e a informação.

Na Alemanha temos a forma mais avançada da participação do empregado na gestão da empresa, chegando em certa época a ter em prática a co-gestão nas empresas. Na Constituição de Weimar, foi a pioneira ao determinar em 1919, a criação de conselhos de trabalhadores nas administrações das empresas. Em 1976 foi criada a lei da co-gestão dos assalariados, pela qual foi criado o conselho composto pelos representantes dos acionistas da empresa e o representante dos empregados, em paridade de números e com poder de decisão. Ao longo dos anos tal sistema foi perdendo força e caminhou para um padrão de democratização e participação semelhante aos demais países da Europa, porém prevalece a liberdade sindical na Alemanha e é perceptível a forte relação entre as empresas e os sindicatos.

3.3. A representatividade dos empregados no Brasil

No Brasil a representatividade tem sua previsão no artigo 11 da Constituição Federal de 1988, tal artigo determina que toda empresa com mais de duzentos empregados, deverá ter instituído um órgão representativo para viabilizar o processo de entendimento dos empregados com o empregador. No artigo 621 da CLT, é previsto a possibilidade de se constituir comissões mistas de consulta e colaboração no plano da empresa, porém não é um canal muito utilizado nas empresas brasileiras.

No Brasil não é forte a adoção do sistema de representação obreira, muito disso se dá em decorrência do medo que os sindicatos têm de perder influência junto aos empregados e também há o receio por parte dos empregadores de ter o órgão representativo atuando dentro da empresa.

4. A DEMOCRATIZAÇÃO DAS RELAÇÕES E A CONSTITUIÇÃO

O Brasil teve ao longo de sua história algumas constituições, cada uma carregava em si à representatividade do pensamento da sociedade a época, porém com o advento da Constituição Federal de 1988 ocorre um grande marco no que tange a proteção dos direitos sociais e individuais, garantindo a proteção dos direitos fundamentais, entre os direitos protegidos temos o de participação dos empregados na gestão da empresa.

4.1. Da Constituição Federal

A Constituição tem no seu cerne a assegurar os direitos fundamentais e determinar a base do Estado, sempre buscando o bem comum. Pode-se di-

zer que o desenvolvimento da personalidade das pessoas que compõe o Estado é construído sob a influência direta do texto maior. Com o passar dos anos e principalmente com as grandes guerras ocorridas no mundo, buscou-se ao longo da Constituição determinar maior relevância para alguns direitos, conforme a sua fundamentalidade, daí surge o constitucionalismo.

É claro que não basta que os direitos sejam garantidos por intermédio de uma previsão constitucional, é necessário que se garanta sua efetivação de maneira eficiente, daí surge o neoconstitucionalismo, que atribuiu a Constituição uma maior força no que se refere aos seus valores, buscando assim a real concretização dos direitos previstos atribuindo significado a norma. Com a visão neoconstitucionalista a Constituição passa a ser o centro valorativo do Estado, passando a unir a manifestação do povo e estabelecendo a primazia ético-jurídico, aumentando assim a relevância do judiciário que atua como o guardião do Texto Maior.

É por intermédio dessa nova interpretação do texto constitucional que se pode buscar de forma concreta a proteção aos direitos sociais e fundamentais, dentre esses temos o direito de participação dos empregados na gestão da empresa previsto no artigo 7, XI da CF/88, deve ser ter em mente que o termo “excepcionalmente” previsto no referido artigo, foi introduzido pelo fato de a época em que foi feita a norma, o Brasil passava por um processo de transição do regime militar para a democracia, posto que não entender isso seria admitir uma contradição no próprio texto, uma vez que um direito fundamental não pode ser exercido excepcionalmente e a participação do empregado na gestão da empresa é um direito social fundamental.

4.2. Direitos fundamentais

Segundo Marmelstein (2013, p. 17) os direitos fundamentais são:

normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

É necessário que se tenha claro que os direitos fundamentais formam o conjunto de valores no qual a norma do Estado está firmada, sempre buscando o bem comum. O progresso no Estado reflete diretamente no grau

de importância e proteção que é dado aos direitos fundamentais. Podemos dizer que os direitos fundamentais terão seu foco de acordo com o Estado, em um Estado Liberal caberá o foco na área civil e política, já no caso do Estado social o foco será relativo ao campo social e econômico e no Estado democrático temos por fim o direito difuso e coletivo.

Os direitos fundamentais devem ter eficácia tanto horizontal quanto vertical para que demonstre sua efetividade não só junto ao Estado, mas também dos particulares entre si, pois essas relações privadas são de enorme relevância para a dignidade da pessoa humana. É de suma importância que seja respeitado a eficácia horizontal dos direitos fundamentais para que se tenha de fato respeitado o direito de participação do empregado na gestão da empresa, pois o direito de participar ativamente das decisões que afetarão sua vida é de alta importância, sendo portanto um ataque a dignidade da pessoa humana qualquer restrição a tal direito, devendo salientar que não cabe discussão acerca do grau de fundamentalidade sobre o direito de participação do empregado, uma vez que o mesmo se apresenta no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais contido na Constituição.

4.3.Direitos sociais

Os direitos sociais são fundamentais para que se alcance a dignidade da pessoa humana pois buscam uma melhor condição de vida para os indivíduos, buscando tornar concreto a ideia de igualdade, para tanto é necessária uma ação comissiva do Estado para que se alcance uma eficácia plena. Os direitos sociais constam no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais contido na Constituição, ou seja, o seu descumprimento implica em uma grave ameaça ao Estado democrático. É importante que se tenha ciência que apesar da divisão dos direitos fundamentais em gerações, essas não tem uma hierarquia entre elas.

Uma vez demonstrado a importância dos direitos sociais, cabe saber que para a proteção e concretização dos mesmos pode ser utilizado remédios específicos, como o mandado de injunção. A Constituição é a representação da vontade do povo, uma vez que o direito de participação do empregado na empresa está previsto na Constituição, o mesmo deve ser respeitado, não cabendo a alegação da ausência de norma infraconstitucional para que não se dê eficácia a previsão contida no Texto Maior, pois a vontade ou ausência de vontade do legislador infraconstitucional se sobreponha a vontade do povo materializada na Constituição.

Como já foi tratado nesse artigo, o Brasil teve um desenvolvimento diferenciado na conquista dos direitos sociais e democráticos, portanto acaba prevalecendo a ideia de uma cidadania passiva, algo que precisa ser reformulado, pois é necessário o exercício ativo da cidadania para uma eficácia plena dos direitos sociais fundamentais como é o caso da participação deliberativa dos empregados.

4.4. A divisão dos poderes

A separação dos poderes é fundamental para se desenvolver o Estado, sendo um instrumento contra o controle absoluto de apenas um poder. Platão em *A República* já abordava a importância de se dividir as funções do Estado. Aristóteles em *Política* também apresenta a ideia de divisão de funções estatais, porém foi através da obra de Montesquieu que pode ser observado a teoria da separação dos poderes, tal fato consta em “O espírito das leis”, pode-se então fazer a correlação entre a divisão e a Constituição.

Tal divisão a princípio visava apenas evitar o abuso de poder, porém com o passar do tempo agregou a busca por uma melhor atuação dos governos. Por meio da mudança de visão acerca da separação de função, deixa-se a visão dogmática de que o Estado deve manter-se distante apenas respeitando os direitos civis e políticos para uma visão mais ativa desse Estado, que deve buscar mecanismos de concretização dos direitos previstos na Constituição. A separação funcional não pode ser vista como algo absoluto, pois a tripartição é um instrumento do Estado e esse tem natureza instrumental uma vez que busca o bem comum, devendo se buscar uma atuação cooperativa.

Tal abordagem sobre a tripartição é importante quando trabalhamos o direito previsto artigo 7º, XI, da CF/88, pois consta que tal direito será exercido “conforme definido em lei”, ou seja, há no presente caso uma limitação constitucional, porém uma vez que ocorra a omissão do legislador infraconstitucional, se não for permitido que outro poder possa viabilizar tal direito, seria tornar o ente estatal totalmente disfuncional e sem efetividade. É importante salientar no presente caso o papel de judiciário como guardião da Constituição e que o artigo trabalhado aqui se refere a direito fundamental, daí o cabimento do mandado de injunção, conforme o artigo 5º, LXXI da CF/88.

Cabe ao judiciário com uma visão voltada para o ativismo judicial, suprir os vácuos deixados por outros órgãos estatais, principalmente no que tange aos direitos fundamentais, preservando assim a funcionalidade do

Estado. Vale ressaltar que para proteger os direitos fundamentais o poder judiciário pode adotar posição contramajoritária. Observa-se, portanto a importância do judiciário na concretização do direito de participação dos empregados na gestão da empresa, uma vez que o legislador infraconstitucional se manteve omissivo, porém deve se buscar a proteção dos direitos previstos na Constituição, estando presente para isso os remédios constitucionais, pois o Estado deve buscar sempre o bem comum, sendo a tripartição apenas um dos instrumentos para se conseguir tal objetivo.

5. REMÉDIOS CONSTITUCIONAIS

As garantias no direito podem ser conceituadas como instrumentos que podem ser utilizados para a proteção do direito, já os remédios constitucionais podem ser entendidos como espécies da garantia. Dentre os remédios constitucionais temos o Mandado de injunção, o qual tem fundamental importância, uma vez que atua justamente para proteção dos direitos que deveriam ter sua segurança e/ou aplicabilidades trabalhadas mais fortemente através de leis infraconstitucionais.

5.1. Mandado de injunção

Os remédios constitucionais são instrumentos jurídicos a disposição dos cidadãos para que esses façam valer os seus direitos evitando assim o abuso de poder e a omissão frente as previsões constitucionais.

O mandado de injunção é um remédio constitucional previsto no artigo 5º, LXXI, da CF/88, o mesmo deve ser usado sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais. Para uma melhor compreensão acerca da escolha do mandado de injunção como remédio constitucional escolhido para a proteção do direito previsto no artigo 7º, XI, da CF/88, é necessário deixar claro que o mesmo não deve ser confundido com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a diferença entre os dois é mais fortemente percebida quanto a legitimidade ativa, uma vez que nesse último a previsão se limita ao rol contido no artigo 103 da CF/88. Outro ponto de diferenciação relevante entre os remédios é que o mandado de injunção no que se refere a competência para processar e julgar tem competência difusa em quanto na ação direta de inconstitucionalidade - ADI por omissão a competência é concentrada.

Em uma ADI o poder judiciário apenas efetuará a notificação ao órgão responsável pela negligência, já no mandado de injunção temos uma atuação mais presente, onde se busca realmente a concretização do direito previsto, ou seja, como o mandando de injunção não se tem o risco do descumprimento da vontade soberana do povo com o descumprimento da previsão contida na Constituição e nem a depreciação do judiciário, uma vez que cabe ao mesmo a proteção da Texto Maior.

Quando a Constituição prevê a elaboração pelo legislador infraconstitucional de norma que regularmente determinadas questões e esse não o faz, ocorre a quebra da comunicação da lógica democrática, então caso a realidade passa a ser de que o legislador está querendo se sobrepor a vontade do povo que ele representa.

Fica claro, portanto, a importância do mandado de injunção como remédio constitucional para se efetivar o direito de participação dos empregados na gestão da empresa frente a omissão legislativa, buscando-se assim a participação supletiva do poder judiciário para que se alcance o pleno funcionamento do Estado democrático de direito, o que ocorre com a proteção e efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito de participação dos empregados na gestão da empresa é uma previsão constitucional, portanto cabe para proteção de tal direito a aplicação do remédio constitucional Mandado de Injunção. É importante frisar que a participação do empregado na gestão da empresa é um direito fundamental social, logo para que se tenha um verdadeiro Estado democrático é necessário que se busque a concretização de tais direitos.

É de fundamental importância notar que a democracia e os valores inerentes à mesma não devem se limitar a alguns aspectos sociais, mas sim estar presente em todos os níveis da comunidade, isso inclui o ambiente de trabalho onde ocorre o exercício de poder. O local de trabalho exerce grande influência no desenvolvimento pessoal do empregado, portanto diretamente ligado ao desenvolvimento da pessoa humana, principalmente no que se refere a identificação social, diante de tal fato se observa a função social da empresa.

Nas experiências europeias acerca da participação dos empregados na empresa, é nítido um gral de avanço bem superior ao do Brasil. Observa-se na Europa a participação tanto por informação e consulta como cogestão, além de se observar a grande influência dos sindicatos e da Organização Internacional do Trabalho nas empresas.

O Brasil vem atuando na construção de um Estado democrático, para que tal busca se concretize de fato, deve ser respeitado as previsões contidas na Constituição Federal, sendo, por conseguinte inadmissível o desrespeito ao direito de participação dos empregados na gestão da empresa, mesmo com a falta de Lei infraconstitucional que disponha sobre o assunto. Para uma maior eficiência do ente estatal pode ser utilizado à divisão dos poderes, onde pela falta de atuação do legislador em promover a efetividade do direito previsto na Constituição, entra em ação o poder judiciário, evitando assim a disfuncionalidade.

Sobre uma visão neoconstitucionalista, cabe ao judiciário diante da demanda impetrada por mandado de injunção, atuar para a concretização do direito previsto no artigo 7º, XI, da Constituição Federal de 1988, atuando dessa forma conforme o seu papel de protetor e cumpridor do estabelecido no Texto Maior, contribuindo assim para o desenvolvimento pleno da personalidade do empregado e, portanto, na construção de uma sociedade de fato mais democrática.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Constituição (1919). *Constituição de Weimar. Saxônia*: Senado Federal: 11 de agosto de 1919.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ARISTÓTELES. *A política*. Nova Fronteira, 2017.

ÁVILA, Priscilla. *Exercício do Direito a Intimidade no ambiente de trabalho*. Limites ao poder diretivo do empregador. USP, São Paulo, 2011, p. 14.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Brasil. *Código civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.442, de 01 maio de 1943. *Lex*: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, V. 7, 1943, Suplemento.

BRASIL. Decreto nº 131, de 22 de maio de 1991. *Promulga a Convenção nº 135*, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, sobre a Proteção de Representantes de Trabalhadores. Diário Oficial, Brasília, DF, 23 mai. 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Alvaro. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1993.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2011.

DELGADO, Maurício Goldinho. *Democracia, cidadania e trabalho*. 2. ed. São Paulo: Ltr, 2013, p. 91.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton/Oxford: Princeton University Press, 2006.

ESPANHA. Constituição (1978). *Constituição Espanhola*. Madri: Senado Federal: 21 de dezembro de 1978.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

HERMET, Guy. *A democracia*. Trad. de Mônica Pinto. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

ITÁLIA. Constituição (1948). *Constituição da República Italiana*. Roma: Senado Federal: 27 de dezembro de 1947.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Trad. Leopoldo Holzbach. Lisboa: Martin Claret, 2015. p. 32.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 17.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constituição do México*. Querétaro: Senado Federal: 05 de fevereiro de 1917.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. 9. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

PLATÃO. *A república*. Martin Claret, 2000.

RECOMENDAÇÃO nº 143, de 02 de junho de 1971. Disponível em: <http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242718/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 04 julho. 2017.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*. Trad. Ana Resende. 1. ed. Lisboa: Martin Claret, 2013. p. 84.

RUSSELL, Bertrand. *Ideais políticos*. Trad. de Pedro Jorgensen Jr. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

SANTANA, Marcelo dos Santos Garcia. *A democracia segundo Kelsen e a 'Significação original' de Ober: A hermenêutica constitucional diante da realidade pluralista, por uma participação democrática*. Rio de Janeiro: Legis Augustus, 2012. p. 160.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 63.

SILVA, Walkure Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: Ltr, 1998.

O liberalismo político de John Rawls

Patricia Petruccelli Marinho¹

RESUMO

O presente artigo pretende apresentar os fundamentos da concepção política de justiça cunhados por John Rawls em obra de título idêntico, analisando o construtivismo político, o conceito de consenso sobreposto e razão pública, a estrutura das liberdades fundamentais e demais ideias fundamentais do liberalismo político. Sob esse enfoque, foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica para a apresentação que se segue e as conclusões obtidas.

Palavras-chave: filosofia do direito. Liberalismo político. Consenso sobreposto. Razão Pública. Construtivismo político.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS. A TEORIA DA JUSTIÇA E SUAS IMPLICAÇÕES NO LIBERALISMO POLÍTICO

“O liberalismo político” foi escrito por John Rawls em momento posterior à sua obra de maior corpo, denominada “Uma teoria da Justiça”. Na verdade, não se trata de um livro escrito ou narrado com esse propósito, mas de uma compilação de 8 (oito) conferências proferidas pelo autor. As seis primeiras conferências dizem respeito à concepção filosófica do liberalismo político, sendo que as três últimas se destinam a explicar seus termos mais importantes, a saber: o consenso sobreposto, a prioridade do bem e do justo e a razão pública. Já a terceira parte do livro, em que estão reunidas as conferências 7 e 8, trata da descrição de estabilidade na sociedade bem ordenada.

¹ Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal do Amazonas. Professora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Procuradora do Estado do Amazonas.

O ponto de partida para a criação do modelo proposto em “Liberalismo político” é a concepção de Justiça debatida em “Uma teoria da Justiça”, que representa um marco à social-democracia. Na verdade, o autor revisita a teoria, modificando o enfoque moral-filosófico e apresentando uma concepção política de justiça e sociedade.

Nos dizeres do próprio autor (RAWLS: 2000, p. 24):

“O liberalismo político pressupõe que, para propósitos políticos, uma pluralidade de doutrinas abrangentes e razoáveis, e ainda assim, incompatíveis, seja o resultado normal da razão humana dentro da estrutura das instituições livres de um regime democrático constitucional.”

Do trecho acima suscitado, verificamos que esse apanhado de conferências tem como cerne a proposta de um modelo de sociedade em que a coexistência de cidadãos livres e iguais, divididos por doutrinas religiosas, morais e filosóficas razoáveis, porém incompatíveis entre si, permita um acordo num mesmo programa político sob o mesmo manto constitucional.

Para realizar essa demanda, Rawls tenta responder a duas questões essenciais:

A) qual a concepção de justiça mais apta a especificar os termos equitativos de cooperação social entre os cidadãos de uma geração a outra?

B) numa sociedade democrática plural, quais os fundamentos da tolerância, considerando o pluralismo razoável como resultado de instituições livres?

Para a resposta a essas indagações, a Teoria da Justiça perpassa todos os momentos da obra de Rawls, uma vez que, para o autor, qualquer sociedade plural precisa ter ao menos a mesma visão política de justiça.

Como objetivos dessa teoria da justiça, identificamos a determinação dos princípios a partir dos quais se possam organizar, de forma justa, as instituições sociais básicas, notadamente as que regem a liberdade de pensamento, de concorrência no mercado e de propriedade privada.

Rawls, a despeito de ser essencialmente contratualista, critica de forma veemente o utilitarismo de Bentham e de outro autores que o precederam, uma vez que traz a roupagem da social democracia para justificar a coexistência dos indivíduos, carregando suas diferenças extremas, numa sociedade plural.

O contrato social para Rawls, portanto, não mais se identifica pela união dos indivíduos em busca do seu prazer, alegada por Bentham. Os homens

livres e racionais, no modelo Rawlsiano, dentro da posição original, determinam quais os princípios de justiça que aquela sociedade deve adotar.

A posição original de Rawls, em sua concepção política da justiça, pressupõe que os contratantes sejam racionais e razoáveis e que não conheçam a sua posição na sociedade nem a doutrina abrangente a qual professam.

Essa proposição Rawlsiana, o chamado “véu da ignorância”, professa que não há como uma sociedade estabelecer princípios da justiça geral quando há o conhecimento prévio da posição de seus representantes na sociedade. Nunca haverá consenso sobre esses princípios se existe desconfiança de favorecimento de parcela da sociedade em detrimento de outrem. Assim, para que o contrato social seja estabelecido, somente se as partes não conhecerem a posição social daqueles que representam é que será possível estabelecer-se quais os princípios que aquela sociedade adotará, de forma a permitir que doutrinas, aparentemente incompatíveis entre si, sejam regidas por uma força política superior, denominado consenso sobreposto (*overlapping consensus*).

Assim, Rawls explicita que a concepção de justiça de uma sociedade tem que conquistar o apoio de cidadãos que professam credos ou ideologias diametralmente opostas, **desde que razoáveis**. Para tanto, o autor propõe que se afastem as doutrinas abrangentes, das pessoas que compõe a sociedade, com o conteúdo da justiça em sua aceção política, resultando o seu conteúdo nos fundamentos da cultura pública de uma sociedade democrática. Desta feita, nasce o consenso sobreposto, que serve de base de justificação para a sociedade concebida no pluralismo razoável.

Não há como estabelecer essas bases mínimas de direitos e garantias fundamentais sem o véu da ignorância na posição original. Se considerarmos que cidadãos livres e iguais elegeram tais princípios para regência de sua vida comum, apenas ignorando-se a origem e posição dos autos dessas bases políticas de justiça será possível aceita-las em sua plenitude.

Segundo a proposição Rawlsiana, “cidadãos livres” são aqueles que experimentam uma liberdade igualitária, na qual gozem de direitos e liberdades básicas em igualdade, havendo valoração equitativa somente para as liberdades políticas.

Baseado nessas premissas acima explicitadas, Rawls cunha sua teoria da justiça diante de uma máxima que denominou **princípio da diferença**, que se assenta em dois pilares, (i) a desigualdade é aceitável desde que traga benefício aos menos favorecidos, e (ii) desigualdades sociais e econômicas são toleradas, desde que estejam vinculadas a **posições abertas** a todos (igualdade equitativa de oportunidades).

Ainda na linha das ideias filosóficas gerais, que justificam a ideia central do consenso sobreposto e da razão pública, é apresentada a concepção política de pessoa, segundo a qual os cidadãos são livres, concebendo uns aos outros como indivíduos, com a faculdade moral de ter uma concepção do bem.

Na esteira, por serem livres e detentores de uma mesma concepção do bem, consideram-se fontes auto-autenticadoras de reivindicações válidas, sendo capazes de assumir responsabilidades por seus objetivos, bem como de restringir reivindicações àquelas permitidas pela justiça. Isso significa que as noções políticas dos cidadãos, concebendo-se a si mesmos como livres, não são determinações dadas por algo externo, senão pela maneira própria e inerente dos cidadãos que se pensam a si mesmos numa sociedade democrática. E isso fortalece a possibilidade de cooperação entre si.

E esses indivíduos encontram-se incluídos na chamada “sociedade bem ordenada”, que vem a ser o corpo social em que cada indivíduo aceita e sabe que todos os demais aceitam os mesmos princípios (aqui entendidos como os princípios da justiça), todos os membros reconhecem que sua estrutura básica (instituições política e sociais) está em concordância com aqueles princípios e, por fim, seus cidadãos tem um senso normalmente efetivo de justiça, por isso agem de acordo com as instituições básicas de sociedade, que consideram justas. Desta feita, os cidadãos têm uma concepção unívoca de justiça, chamada concepção pública, permitindo que as exigências da sociedade sejam avaliadas pelos próprios membros.

Nesse momento, Rawls se pergunta, diante de uma sociedade justa e estável, em que cidadãos livres e iguais que se mantém divididos por doutrinas, religiões e filosofias, como é possível existir essa pluralidade através dos anos? Desse ponto de partida, inicia-se a discussão acerca da Razoabilidade, uma vez que Rawls aponta que somente doutrinas **razoáveis** podem conviver entre si no liberalismo político.

A abordagem se inicia com a diferenciação entre racional e razoável, uma vez que diversas doutrinas pode ser racionais, eis que explicáveis sob o ponto de vista da razão humana, porém não serem dotadas de um mínimo de razoabilidade.

Pessoas razoáveis propõem princípios e critérios como termos equitativos de cooperação e submetem-se, voluntariamente, a eles. São movidas pelo bem comum, mas desejam um mundo social em que possam cooperar com outras em termos de aceitação comum por todos. Rawls fala, assim, da “autonomia racional”, que é a capacidade dos indivíduos de entrarem em acordo diante de restrições razoáveis.

Em seu entendimento, os próprios cidadãos devem especificar os termos de sua cooperação, de forma que os princípios aceitos pelos cidadãos, diante da posição original, são apropriados para aquela comunidade, uma vez que, a despeito da pluralidade de filosofias e religiões, possuem a mesma concepção do bem e estão dispostos a arcar com as consequências de seus atos.

Assim, Rawls assinala que o racional é derivado de uma visão pessoal, individual, privada, ao passo que o razoável é fruto de uma visão pública, um consenso universal que permite a diversas doutrinas divergentes conviverem em razão da mesma concepção da justiça como equidade.

2. O CONSTRUTIVISMO POLÍTICO

A terceira conferência compilada na obra “Liberalismo Político” diz respeito ao construtivismo político, que Rawls diferencia do construtivismo moral de Kant, bem como do institucionalismo Racional. Nas palavras do próprio autor (RAWLS: 2000, p. 134):

O construtivismo político é uma visão relativa à estrutura e conteúdo de uma concepção política. Afirma ele que, depois de obtido o equilíbrio reflexivo, se isso vier a acontecer, os princípios de justiça política (o conteúdo) podem ser representados como o resultado de um certo procedimento de construção (a estrutura). Nesse procedimento, modelado de acordo com a posição original (1:4), os agentes racionais, enquanto representantes dos cidadãos e sujeitos a condições razoáveis, selecionam os princípios públicos de justiça que devem regular a estrutura básica da sociedade. Esse procedimento, assim conjecturamos, sintetiza todos os requisitos relevantes da razão prática e mostra como os princípios de justiça resultam dos princípios da razão prática conjugados às concepções de sociedade e pessoa, também elas ideias da razão prática.

O que Rawls pretende com a afirmação do construtivismo político cinge-se à desmistificação da posição original, uma vez que a Justiça Política seria resultado de uma construção entre os cidadãos livres e dotados de um

senso comum de justiça, que tem capacidade de selecionar princípios da estrutura básica da sociedade.

Rompe-se, portanto, com a concepção contratualista defendida por Bentham e seus simpatizantes posteriores, nem aos jusnaturalistas que previam uma ordem superior de direitos fundamentais pré-existentes. A primazia cabe a uma dada forma de organizar as instituições básicas da sociedade que investe o indivíduo de direitos diante de uma concepção unívoca do bem, uma vez que há a aceitação dos princípios da justiça escolhidos pelos representantes na posição original.

Há, portanto, a construção da concepção do bem e das instituições políticas e sociais de um dado corpo social. Diante da concepção política da pessoa, qual seja, membro da sociedade em cooperação social de uma geração a outra, aplicando-se a ideia do razoável, descrita na conferência anterior, tem-se que o objeto construído no liberalismo político é o conteúdo de uma política de justiça.

Assim, a posição original não é, segundo Rawls, um artifício de representação. Ela é estipulada, iniciada diante da ideia de sociedade bem-ordenada enquanto sistema de cooperação de cidadãos livres, iguais, razoáveis e racionais. Por conseguinte, toda a questão debatida anteriormente, acerca das concepções de cidadãos livres e sociedade bem ordenada modelam o construtivismo político, informando o liberalismo baseado no senso comum de justiça e na visão de bem compartilhada.

3. AS BASES DO CONSENSO SOBREPOSTO

Encerrando as bases filosóficas do liberalismo político, Rawls passa, nas três conferências seguintes, a explicar o que venha a ser o novo liberalismo em si, diante de três ideias fulcrais: a) o consenso sobreposto, b) a prioridade do justo e do bem e c) a razão pública.

Rawls revisita, em toda a sua obra, os princípios da teoria da justiça, a ideia da sociedade bem ordenada e a máxima da sociedade composta por cidadãos livres e iguais (diante uma razão política), decerto por se tratar de uma compilação de conferências, como também porque todas as demais concepções que alicerçam sua teoria estão intrinsecamente ligadas às ideias debatidas anteriormente.

Assim, o consenso sobreposto materializa-se na possibilidade de uma sociedade democrática estabelecer e preservar a unidade diante de um pluralismo razoável.

O consenso sobreposto é alcançado, segundo Rawls, quando se conjugam o (i) consenso entre doutrinas abrangentes razoáveis e (ii) uma concepção pública de justiça.

Como dito anteriormente, a razoabilidade, e não a racionalidade, é a pedra de toque para a aproximação de indivíduos que professam crenças divergentes e submissão a uma mesma constituição baseada na concepção de justiça comum. Não pode, portanto, um estado basear-se em doutrina abrangente para unir-se, mesmo que mediante contrato social, uma vez que nenhuma doutrina abrangente é apropriada para um regime constitucional como aceção política.

No modelo proposto por Rawls, não há subjugo ou submissão de uma doutrina por outra crença diversa, e sim a coexistência de doutrinas razoáveis. No seu entendimento, a doutrina abrangente, caso servisse de base para uma constituição, haveria por negar as demais doutrinas existentes, tornando-se verdadeira tirania e eliminando o consenso entre os povos, que é a base do liberalismo político.

Dito isso, Rawls assinala que o consenso sobreposto é essencial para a elaboração de um regime constitucional bem-ordenado e, desse regime, dois pontos centrais afloram para a constituição do liberalismo político: (i) a resolução de qualquer embate entre princípios constitucionais e questões básicas de justiça devem ser resolvidas por meio de valores única e exclusivamente políticos; e (ii) os valores e princípios constitucionais devem ter peso suficiente para superar os demais valores conflitantes a estes.

O Poder Político é apropriado somente quando está de acordo com uma constituição, cujos elementos essenciais se pode razoavelmente esperar que todos os cidadãos em sua condição de livres e iguais endossem princípios e ideais aceitáveis para sua razão humana comum.

O consenso sobreposto pressupõe, portanto, que as doutrinas razoáveis endossem uma mesma concepção política e visão de justiça, o que permite a união sob uma mesma constituição, a aceitação desses princípios constitucionais e, via de consequência, permite a estabilidade do Estado quando as doutrinas de consenso são aceitas pelos cidadãos.

Roberto Gargarella (2008, p. 231) assinala que Rawls responde a críticas para confirmar os termos do consenso sobreposto, entre elas, a de que se trata de uma construção utópica e de que esse consenso nada mais seria que um *modus vivendi*.

Sobre a objeção acerca do *modus vivendi*, Rawls refuta sob a alegação de que os acordos que viabilizam o consenso sobreposto são, sobretudo, acordos morais, e não se assemelham com acordos firmados por pessoas

ou grupos “não comprometidos de jeito nenhum com o destino dos demais”(GARGARELLA: 2008, p. 232). Assim, o autor enfatiza que há, no consenso sobreposto, uma visão convergente de justiça que impede os seus contratantes de abandoná-lo por uma preponderância desta ou daquela crença ou doutrina. Há, também, que se ver que a concepção política desse consenso é, sobretudo, uma concepção moral, ficando muito longe de uma mera tolerância de vida.

Por fim, alicerçando as bases de sua proposição, Rawls enfatiza como se chegar ao consenso sobreposto em dois estágios: inicialmente, por meio do consenso constitucional e, num segundo estágio, o consenso sobreposto. Esse consenso constitucional não seria de profunda convergência entre as pessoas, mas apenas um apanhado de princípios necessários para aplacar lutas políticas internas por representatividade e estabelecer uma certa paz interna.

Não há, portanto, uma visão compartilhada de justiça nem convergência do que se espera para a coletividade. Isso somente se alcança com o segundo estágio, o consenso sobreposto, em que existem ideias convergentes sobre a estrutura básica de um estado, além dos já aludidos princípios constitucionais políticos de representatividade. Nesse aspecto, assinala Rawls(2000, p. 216):

“Gradualmente, à medida que o sucesso da cooperação política se mantém, os cidadãos ganham uma confiança cada vez maior uns nos outros. Isso é tudo quanto precisamos dizer em resposta à objeção de que a idéia de um consenso sobreposto é utópica.”

4. A PRIORIDADE DO JUSTO E DO BEM E A RAZÃO PÚBLICA

O segundo alicerce do liberalismo político, explicitado na quinta conferência de Rawls compilada em sua obra, diz respeito à prioridade do Justo e do bem para a formação da sociedade política. O Justo e o bem, segundo Rawls, são complementares e uma concepção política deve basear-se em várias ideias do bem comum.

É de se ver que essa prioridade do justo e do bem não pode ser baseada em doutrina abrangente, ou informada por crença religiosa. Como toda a construção de Rawls nessa obra, o bem e justo são conceitos de ordem política e, nesse diapasão, encontram limitações desse mesmo conteúdo, de-

vendo consubstanciar-se em ideias políticas compartilhadas por cidadãos livres e iguais. Essa prioridade, segundo o autor “significa que as ideias admissíveis do bem devem respeitar os limites da concepção política de justiça e desempenhar um papel em seu interior”. (RAWLS, 2000, p.223).

Rawls desenvolve seus argumentos em torno de cinco ideias do bem a saber: a) o bem como racionalidade (os membros da sociedade tem um projeto racional de vida); b) bens primários (bens de liberdade); c) concepções do bem e do justo abrangentes e permissíveis; d) virtudes políticas; e e) a ideia do bem em uma sociedade politicamente bem ordenada.

Os bens tidos por primários no liberalismo político dizem respeito ao benefício racional aos indivíduos, no interior de uma concepção política, independente de quaisquer doutrinas abrangentes, já que cada uma dessas tem a sua própria visão de mundo e concepção de bem. São objeto do consenso sobreposto, sendo elencados por Rawls na seguinte ordem:

- Direitos e liberdades fundamentais
- Liberdade de movimento e livre escolhas de ocupação num contexto de oportunidades
- Poderes e prerrogativas de cargos e posições de responsabilidade nas instituições políticas e econômicas da estrutura básica
- Renda e riqueza
- Bases sociais do autorrespeito.

Na concepção política de bens primários, os cidadãos aceitam a responsabilidade pela manutenção das liberdades básicas e da igualdade equitativa de oportunidades, bem como pela distribuição equitativa dos bens primários entre todos no interior dessa estrutura. Baseia-se na capacidade das pessoas em assumir responsabilidade por seus fins e de moderar as reivindicações que fazem as instituições sociais.

O liberalismo político, portanto, só será possível se a sociedade em que se organiza priorizar o justo e o bem comum.

Dito isto, passemos ao terceiro e último fundamento do Liberalismo Político, de que forma ele pode vir a se manifestar no mundo, qual seja, a razão pública.

Esta razão pública é a característica de um povo democrático: é a razão de seus cidadãos, daqueles que compartilham o status de cidadania igual. O objeto dessa razão é o bem público: aquilo que a concepção política de

justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade dos fins a que devem servir.

A evolução da sociedade desembocará num momento, segundo Rawls, em que a razão pública, que informará toda a atividade das pessoas enquanto entes políticos em si considerados, os cidadãos, ao votarem e decidirem questões políticas fundamentais, deverão limitar-se pela razão pública.

Desta feita, os cidadãos somente podem exercer seu poder político sobre questões fundamentais uns sobre os outros na medida em que estejam sob o manto de uma constituição endossada em seus elementos razoáveis pelos cidadãos. Não existe razão pública sem uma constituição que estabeleça os princípios básicos de liberdades e justiça comum, bem como a ordem política mínima referente ao voto e a representatividade.

E nesse momento, Rawls revisita o princípio da legitimidade, debatido na conferência IV, acerca do consenso sobreposto, por meio do qual os homens, mesmo que partidários de doutrinas abrangentes opostas, compartilham a mesma visão de justiça e de liberdades públicas promulgada em texto constitucional, a ela submetem-se porque são iguais entre si, tiveram as mesmas oportunidades e se consideram fonte auto-autenticadoras de reivindicações diversas.

Nesse aspecto, é de se assinalar que o voto, segundo a ordem constitucional, e considerando a razão pública, aproxima-se à teoria de Rousseau – exprime a opinião em qual das alternativas promove o bem comum da melhor maneira possível. É um dever de civilidade e não se pauta em interesses pessoais. Essa construção decorre de todas as questões anteriormente debatidas, pautadas no consenso sobreposto e na prioridade do bem e do justo, principalmente no que diz respeito à concepção unívoca de justiça, eis que o cidadão se submete ao manto constitucional porque os demais, mesmo ligados a outras doutrinas abrangentes, também assim se comportam.

A constituição de um povo, cujo conteúdo é a concepção política de justiça, tendo como elementos essenciais os princípios fundamentais que estabelecem a estrutura do Estado e do processo político, os direitos e liberdades fundamentais e os mandamentos de igualdade e cidadania, deve ser a razão pública a nortear toda e qualquer discussão sobre princípios e políticas que propomos e votamos” (GARGARELLA: 2008, p. 238). A essa supremacia da razão pública, Rawls deu o nome de dever de civilidade, um dever pautado na moral e não na lei.

Como exemplo desse dever, Rawls traz à tona a experiência do Supremo Tribunal Federal, que deve sem justificar suas interpretações na cons-

tituição, utilizar a razão pública para o seu mister. Como ressalta o autor (RAWLS: 2000, P. 286):

“É função dos juízes procurar e desenvolver e expressar, em suas opiniões refletidas, as melhores interpretações que puderem fazer da constituição usando seu conhecimento daquilo que esta e os precedentes requerem”

Assim, os membros do Supremo Tribunal não podem invocar sua moral própria nem os ideais de virtude em geral, muito menos suas convicções religiosas ou filosóficas, nem de outras pessoas. Qualquer manifestação dessa corte deve ser pautada na razão pública, de acordo com os valores políticos e a concepção de justiça conjugada na constituição, resolvendo questões diante de sua visão dos elementos constitucionais essenciais.

Uma dificuldade aparente da aplicação da teoria da razão pública seria o uso de razões não-públicas para definir os conteúdos políticos, como conciliar diversas crenças e doutrinas abrangentes sem que tal influenciasse o estabelecimento das diretrizes de uma estrutura básica, principalmente nas questões de justiça básica.

Para tanto, Rawls revisita os termos da posição original e dos indivíduos iguais entre si, a quem foram ofertadas as mesmas oportunidades, uma vez que possuindo a mesma visão de justiça como equidade, elegerão os princípios constitucionais de acordo o bem público, a razão informada pela concepção de justiça convergente.

5. A ESTRUTURA BÁSICA E AS LIBERDADES FUNDAMENTAIS

As duas últimas conferências de “O Liberalismo Político”, como já dito alhures, tratam da estabilidade do regime diante de um sistema constitucional baseado no consenso sobreposto em que seja incorporado ao texto constitucional a estrutura básica social e política e as liberdades fundamentais.

No conceito apresentado por Rawls(2000, P. 309):

“A estrutura básica é entendida como a maneira pela qual as principais instituições sociais se encaixam num sistema, e a forma pela qual essas instituições distribuem os direitos e de-

veres fundamentais e moldam a divisão dos benefícios gerados pela cooperação social. Desse modo, a constituição política, as formas legalmente reconhecidas de propriedade e a organização da economia, assim como a natureza da família, são todas parte da estrutura básica”

O objetivo, portanto, da teoria de Rawls, no que tange à estrutura básica, cinge-se aos princípios que oferecem diretrizes medianas para questões de justiça social. Rawls considera que a estrutura básica de um estado tem influência na determinação das oportunidades aos seres humanos, podendo garantir justiça social e desenvolvimento pleno, ou, se estabelecida em princípios alheios à justiça, perpetrar desigualdades e violência social.

Rawls, dessa feita, revisita sua obra “Uma teoria da Justiça”, invocando o princípio da diferença como fonte para regular as desigualdades sociais e econômicas. Aplica-se, portanto, à tributação e à distribuição de renda e propriedade, impondo correções decorrentes da situação desigual do indivíduo, de forma a igualar o acesso às oportunidades.

Na última conferência, ainda sobre o tema da estabilidade no liberalismo político, Rawls assinala a possibilidade de liberdades fundamentais entrarem em rota de colisão. Uma vez que nenhuma liberdade fundamental é absoluta, valores por elas representados podem mostrar-se sob conflito aparente, devendo ser resolvido dentro da constituição, estabelecendo-se um sistema coerente e garantido igualmente a todos os cidadãos.

As liberdades fundamentais são uma família em que seus membros, as liberdades individualmente identificadas, devem ajustar-se entre si de forma a dar efetividade e assegurar o caráter equitativo das liberdades políticas. Ademais, as liberdades fundamentais, porque encerram liberdades públicas, dizem respeito à soberania de um país, sendo, portanto, inalienáveis.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A extensa obra de John Rawls aqui resumida traduz-se num modelo perfeito de sociedade plural que, aparentemente, julgou-se utópico, mas que, segundo o autor, é factível e possível num momento evoluído de sociedade construída à luz da justiça como equidade.

A escolha de representantes despidos de qualquer conhecimento sobre suas crenças e doutrinas abrangentes, consubstanciada no véu da ignorân-

cia, seria a única forma de conseguir que, na posição original, fossem estabelecidos os princípios da justiça que informassem um consenso sobreposto de uma sociedade. A estrutura básica seria composta diante de uma razão pública informada pelo bem comum público, em que há visão convergente das pessoas que compõem aquela sociedade, sem que haja qualquer influência das doutrinas a que se perfilham seus componentes.

Por diversas vezes em seu texto, Rawls revisita os conceitos de posição original, de igualdade de oportunidades e do princípio da diferença, porque somente diante dessa construção é possível conceber a legitimidade política, a civilidade, a razão pública, a prioridade do bem e do justo, e outros conceitos identificados pelo autor. Esta obra talvez represente a maior evolução do autor no que tange à concepção política de pessoa e de justiça, o que não era previsto em sua obra anterior, repleta de elementos valorativos.

Também é correto afirmar que o estabelecimento da razão pública e do consenso sobreposto mediante a promulgação de uma constituição, que traga em seu bojo a estrutura básica de liberdades fundamentais e instituições políticas, demonstra o rompimento com qualquer base jusnaturalista.

Quanto à questão representativa, Rawls estabelece a igualdade equitativa no quesito relativo aos direitos políticos, sendo a única liberdade fundamental que não é relativizada pelo princípio da diferença. Esse princípio é a pedra de toque para a diminuição das desigualdades sociais e a possibilidade de igualar os cidadãos em razão das oportunidades.

Rawls apresenta posição política próxima à democracia liberal, demonstrando simpatia ao estado do bem-estar social, porém respeitada a economia de mercado com leve intervenção prevista na constituição. Sua obra, como dito anteriormente, parece projetar um mundo ideal. Porém, assim como o consenso sobreposto representa um estágio evolutivo do consenso constitucional, o modelo Rawlsiano é factível numa sociedade evoluída.²

REFERÊNCIAS

1. DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Trad. Jefferson Luiz Camargo; revisão da tradução Fernando Santos; revisão técnica Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

2 Nota da Autora: Este artigo foi submetido à análise do Dr. Vitor Hugo Mota de Menezes, quando ministrou a disciplina "O partido Político na Contemporaneidade" no curso de Mestrado de Direito de Estado no Minter – USP-CIESA.

2. FABIAN, Eloi Pedro. *Elementos Centrais da Obra Liberalismo Político de John Rawls* – Primeira e Segunda Conferências. Clareira – Revista de Filosofia da Região Amazônica. Volume 1 Número 2 – Ago-Dez/2014 Disponível em: <www.revistaclareira.com.br>. Acesso em 20/02/2018.
3. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
4. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni De. *Um Ensaio sobre o liberalismo político de Rawls: construtivismo político e razão pública*. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais, Vitória, n. 7, p. 81-96, jan./jun. 2010
5. RAWLS, John. *O Liberalismo Político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000
6. _____, *Uma teoria da Justiça*. Trad. Almiro Pissetta e Lenita M.R. Esteves. São Paulo, Martins Fontes, 1997
7. ZAMBAN, Neuro Jose et al. *O Liberalismo Político de John Rawls: a missão de educar a juventude para a democracia no Séc. XXI*. Revista Quaestio Iuris. Vol. 10, n. 03, Rio de Janeiro, 2017, Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/25623/21103>>. Acesso em 28/03/2018.

Intervenção estatal por indução e o princípio da livre concorrência

Rafael Lins Bertazzo¹

RESUMO

A Constituição de 1988 trouxe um extenso rol relacionado à Ordem Econômica, estabelecendo princípios e regras para conformar a atuação dos agentes econômicos e do próprio Estado quando necessita intervir no domínio econômico. Uma das modalidades as quais o Estado tem se valido para intervir na economia tem sido o emprego de normas tributárias com caráter indutor, para estimular ou desestimular comportamento dos contribuintes, sendo possível o emprego do Direito Tributário, enquanto mecanismo indutor, para garantir a observância do princípio da livre concorrência, seja por oneração tributária ou por desoneração.

Palavras-Chaves: Direito Econômico. Direito Concorrencial. Direito Tributário. Intervenção Estatal. Livre Concorrência. Normas Tributárias Indutoras.

1. INTRODUÇÃO

A temática a respeito da intervenção estatal é objeto de diversos campos do Direito, pois a intervenção do Estado em determinada área pode repercutir de forma relevante para o modelo de Estado adotado, bem como pela conformação das instituições constituídas.

¹ Mestre em Direito do Estado pelo Programa de Mestrado Interinstitucional oferecido pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas – CIESA, em parceria com a Universidade de São Paulo – USP. Procurador do Estado do Amazonas. Atualmente ocupando o cargo de confiança de Subsecretário de Assuntos Legislativos da Casa Civil da Prefeitura Municipal de Manaus. Professor Universitário.

No Direito Constitucional, a intervenção estatal revela-se importante para fixar o modelo de Estado adotado, pois Constituições que não estabelecem este tema ou tratam de forma superficial tendem a revelar um Estado liberal ou Estado mínimo, já as Constituições que tratam da temática à fundo tendem a demonstrar a existência de um Estado provedor e prestacional.

Em relação ao Direito Administrativo, a intervenção estatal vem sendo estudada principalmente em virtude da atividade de fomento desenvolvida pela Administração Pública, bem como em relação à organização administrativa, que deverá corresponder ao tamanho de modelo do Estado acima adotado.

No que tange ao Direito Econômico, trata-se de ramo que mais estuda a matéria, pois a intervenção estatal tende a conformar a atividade privada lucrativa aos fins e princípios definidos no conceito de Constituição Econômica, que será estudado oportunamente.

Em relação ao Direito Tributário, a intervenção estatal tem sido frequentemente relacionada ao fenômeno da extrafiscalidade, que trata da utilização do tributo para fins diversos do arrecadatório, principalmente relacionado ao que se entende de normas tributárias indutoras, que são aquelas nas quais o Estado busca estimular ou desestimular comportamentos.

O presente estudo iniciará a conceituação da intervenção estatal, com enfoque às classificações doutrinárias a respeito do tema, mais especificamente à intervenção estatal na economia por indução, adotando-se como metodologia de pesquisa a consulta às fontes doutrinárias correlatas ao tema.

Após, passará a analisar o princípio da livre concorrência no Direito Brasileiro, partindo da análise das disposições do art. 170 e seguintes da Constituição, para compreender a forma de intervenção do Estado na economia com a finalidade de garantir a observância deste princípio.

Ao final, estudar-se-á a intervenção estatal indutora com uso das normas tributárias, com o objetivo de demonstrar que o emprego de normas indutoras no Direito Tributário está contido no fenômeno da extrafiscalidade, bem como verificar-se-á como se pode usar normas tributárias indutoras para a defesa da livre concorrência.

2. A INTERVENÇÃO DO ESTADO NO DOMÍNIO ECONÔMICO: CONCEITUAÇÃO E CLASSIFICAÇÕES

A relação entre os agentes econômicos e o Estado no decorrer da história da humanidade sempre foi objeto de discussões filosóficas, sociológicas e ju-

rídicas, pois a maior ou menor aproximação envolvendo estes sujeitos é crucial para se verificar o modelo de sociedade e de Estado vivenciado em determinado contexto histórico, bem como os fenômenos sociais ali existentes.

O Estado, enquanto organização política, nunca será um fim em si mesmo e sempre terá um caráter instrumental, voltado a propiciar condições para que os indivíduos e sociedade (povo) localizado em determinado território consigam atingir as finalidades destes, com a concretização dos direitos fundamentais.

O magistério de Dalmo de Abreu Dallari, após refletir acerca de diversas teorias da finalidade do Estado, segue no sentido do acima exposto²

Procedendo-se a uma síntese de todas essas ideias, verifica-se que o Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em um meio para os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum, entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento da personalidade humana.

Contudo, para que o Estado crie instrumentos com a finalidade de concretizar os direitos fundamentais dos indivíduos e grupos de indivíduos ali presentes, é necessário refletir acerca de que modelo de Estado foi concebido pela sociedade em decorrência da promulgação da Constituição, se o Poder Constituinte deliberou e consagrou um Estado mínimo, com uma declaração de direitos fundamentais voltada aos direitos civis e políticos ou se seguiu em caminho oposto, no qual a Constituição optou pela criação de um Estado provedor de direitos sociais, de caráter prestacional.

A definição de modelo de Estado Constitucional é importante para a delimitação da temática referente à intervenção do Estado no domínio econômico, pois as Constituições que contenham normas de natureza prestacional, impondo ao Estado a realização de determinadas políticas públicas para a concretização dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos³, que são as chamadas “Constituições Dirigentes” na concepção

2 DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 111.

3 Importante registrar que o vocábulo políticas públicas não se confunde com os direitos e garantias fundamentais ali previstos, pois as políticas públicas são atuações estatais, seja na via administrativa ou legislativa, para a consecução de finalidades previamente estabelecidas, que no estudo ora tratado são os direitos fundamentais previstos no corpo constitucional. Nesse sentido, são as lições de Amauri Feres Saad: Corroborar o que se vem de expor o fato de uma

de Canotilho denotam uma maior intervenção estatal na Economia, como ocorre na atual ordem constitucional brasileira, que possui uma Carta Constitucional extensa, com direitos civis, políticos e direitos sociais, que necessitam da atuação positiva do Estado para a realização destes.

Acerca do impacto do dirigismo constitucional na ordem econômica vigente, deve ser ressaltada a lição de Eros Roberto Grau, para o qual⁴

Que a nossa Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, isso é inquestionável. O conjunto de diretrizes, programas e fins que enuncia, a serem pelo Estado e pela sociedade realizados, a ela confere o caráter de plano global normativo, do Estado e da sociedade. Seu art. 170 prospera, evidenciadamente, no sentido de implantar uma nova ordem econômica.

De fato, a Constituição de 1988 ao estabelecer objetivos fundamentais a serem perseguidos pelos Poderes Constituídos, no art. 3º.⁵, acaba por moldar os rumos de todos os indivíduos e grupos sociais presentes no Estado brasileiro, inclusive os agentes econômicos, que sofrerão o influxo do dirigismo estatal nesta atuação eminentemente privada.

Este influxo acima mencionado, pode-se denominar, segundo aponta o professor Eros Roberto Grau de “Constituição Econômica”, difundido, segundo o ilustre Mestre pela Constituição de Weimar, na qual se previu um conjunto de princípios e regras voltados à ordem econômica insculpidas no corpo constitucional⁶, que no ordenamento jurídico brasileiro, a “Constituição Econômica” corresponde ao Título VII – “Da Ordem Econômica e Financeira”.

política pública pode ser constituída por qualquer das modalidades de atuação estatal. [...] Disto resulta que não é a materialidade o que define uma política pública, pois ela independe formalmente da natureza das atividades e dos atos jurídicos que as compõem.

Políticas públicas, a rigor, não são normas, mas estruturas normativas unificadas por uma materialidade orgânica que reflete objetivos, previamente definidos, a serem, com elas, atingidos - SAAD, Amauri Feres. Regime Jurídico das Políticas Públicas. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 40

4 GRAU, Eros Roberto. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1790

5 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

6 GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 75/77.

A própria previsão constitucional de princípios e regras constitucionais voltados ao domínio econômico já se trata de intervencionismo estatal nesta área, pois o domínio econômico não é público e sim pertencente à iniciativa privada. A previsão do art. 170, da Constituição da República de que “*A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social*” já é dirigismo estatal suficiente para conformar este campo eminentemente privado aos fins adotados pelo Estado Constitucional brasileiro.

A relação entre a “Constituição Econômica” e “Constituição Dirigente” é intimamente ligada, pois ambos os termos surgem em contexto de que se constatou a falência do Estado mínimo, no qual o Mercado regula as relações entre particulares, necessitando de intervenção estatal para equilibrar as relações sociais as quais se constate desigualdade material e econômica entre os indivíduos e grupos sociais, como se observa do magistério de Gilberto Bercovici⁷.

A diferença essencial, que surge a partir do “constitucionalismo social” do século XX, e que vai marcar o debate sobre a Constituição Econômica, é o fato de que as Constituições não pretendem mais receber a estrutura econômica existente, mas querem alterá-la. Elas positivam tarefas e políticas a serem realizadas no domínio econômico e social para atingir certos objetivos. A ordem econômica destas Constituições é “programática” – hoje diríamos “dirigente”. A Constituição Econômica que conhecemos surge quando a estrutura econômica se revela problemática, quando cai a crença na harmonia preestabelecida do mercado. Ela quer uma nova ordem econômica; quer alterar a ordem econômica existente, rejeitando o mito da auto-regulação do mercado. As Constituições Econômicas do século XX buscam a configuração política do econômico pelo Estado. Deste modo, a característica essencial da atual Constituição Econômica, uma vez que as disposições econômicas sempre existiram nos textos, é a previsão de uma ordem econômica programática, estabelecendo uma Constituição Econômica diretiva, no bojo de uma Constituição Dirigente.

7 BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Malheiros, 2013. p. 33/34.

Demonstrada a existência de normas constitucionais voltadas a conformar a atividade econômica aos fins e objetivos ali insculpidos, passa-se a analisar o modo no qual o Estado pode intervir na economia, na qual se verifica diversas classificações doutrinárias a respeito do tema, mas podendo verificar uma identidade em relação à intervenção do Estado enquanto agente regulador e intervenção do Estado explorando direta e excepcionalmente atividade econômica por meio das empresas estatais ou em regime de monopólio estatal.

Para José dos Santos Carvalho Filho, o Estado intervém na economia de duas formas, como agente regulador, na qual atua como sujeito normativo e fiscalizador da Ordem Econômica, na forma do art. 174, da CRFB⁸ e como agente executor, na qual o próprio Estado empreende atividades econômicas de forma excepcional, conforme o previsto no art. 173, da CRFB⁹, conforme se depreende das seguintes lições¹⁰

O Estado atua de duas formas na ordem econômica. Numa primeira, é ele o agente regulador do sistema econômico. Nessa posição, cria normas, estabelece restrições e faz um diagnóstico social das condições econômicas. É um fiscal da ordem econômica organizada por particulares. Pode-se dizer que, sob esse ângulo, temos o Estado Regulador. Noutra forma de atuar, que tem caráter especial, o Estado executa atividades econômicas que, em princípio, estão destinadas à iniciativa privada. Aqui a atividade estatal pode estar mais ou menos aproximada à atuação das empresas privadas. O certo, porém, é que não se limita a fiscalizar as atividades econômicas, mas também ingressa efetivamente no plano de sua execução. Seja qual for a posição que assuma, o Estado, mesmo quando explora atividades econômicas, há de ter sempre em mira o interesse, direto ou indireto, da coletividade. Podemos considerá-lo nesse ângulo como Estado Executor.

No magistério de Lucas Rocha Furtado, a intervenção do Estado ocorre de forma direta ou indireta, apontando que a intervenção direta ocorre

8 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

9 Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

10 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 993

pela exploração de atividade econômica pelas empresas estatais ou por meio de instituição de monopólio estatal. Já a intervenção indireta subdivide-se em duas funções: (1) de ordenação ou de polícia; (2) de fomento, como se depreende a seguir¹¹

A intervenção direta do Estado na ordem econômica ocorre por meio da criação de empresas públicas e de sociedades de economia mista, nos termos definidos pelo art. 173 da Constituição. Conforme examinado no Capítulo 4, a intervenção estatal direta somente pode ocorrer em caráter excepcional (quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo), e em situação de subsidiariedade à iniciativa privada.

Categoria especial de intervenção direta do Estado na economia se verifica quando a União é obrigada, em razão de disposição constitucional expressa, a explorar em regime de monopólio as atividades indicadas no art. 177¹².

(...)

Os instrumentos de intervenção indireta do Estado na ordem econômica dividem-se basicamente em duas atividades:

1. de ordenação ou de polícia, definida pelo texto constitucional como a função de fiscalização; e
2. De fomento, referida pela Constituição como a função de incentivo.

Eros Roberto Grau nos ensina três possíveis modalidades de intervenção estatal no domínio econômico: (a) intervenção por absorção ou participação; (b) intervenção por direção; (c) intervenção por indução¹³

11 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 575/577

12 Art. 177. Constituem monopólio da União:

I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;

II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;

III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;

IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;

V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.

13 Op. Cit. p. 141/142.

No primeiro caso, o Estado intervém no domínio econômico, isto é na atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então como, como agente (sujeito) econômico.

Intervirá, então, por absorção ou participação.

Quando o faz por absorção, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da atividade econômica em sentido estrito; atua em regime de competição com empresas privadas que permanecem a exercitam suas atividades no mesmo setor.

No segundo e terceiro casos, o Estado intervirá sobre o domínio econômico, isto, sobre o campo da atividade econômica em sentido estrito. Desenvolve ação, então, como regulador desta atividade.

Intervirá, no caso, por direção ou por indução.

Quando o faz por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica em sentido estrito.

Quando o faz por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento do mercado.

A partir do cotejo das classificações expostas, ainda que a principal finalidade destas seja didática, verifica-se que a proposta de Eros Roberto Grau é mais abrangente que as outras demonstradas, pois Carvalho Filho limita-se a definir a intervenção regulatória e a executória, sem mencionar a intervenção por indução.

Já a classificação de Lucas Rocha Furtado, baseada diretamente no texto constitucional, apesar de se assemelhar a classificação de Eros Roberto Grau, ao referir-se à intervenção por incentivo (ou fomento), o que seria a modalidade de intervenção por indução, deixa de ser completa pois a intervenção por indução pode ocorrer em aspectos positivos, quando o Estado induz a adoção de comportamento (que se amoldaria ao fomento ou incentivo) ou em aspecto negativo, quando o Estado busca desestimular determinada atividade econômica¹⁴.

14 Acerca da intervenção por indução negativa, Eros Roberto Grau pontua que *“O primeiro respeita ao fato de nem sempre a indução manifestar-se em termos positivos. Também há norma de intervenção por indução quando o Estado, v.g. onera por imposto elevado o exercício de determinado comportamento, tal como no caso de importação de certos bens.*

A intervenção estatal por indução tem-se mostrado a forma mais atuante do Estado no campo privado, notadamente no domínio econômico e com a utilização de mecanismos tendentes a estimular ou desestimular condutas. Trata-se atuação que remonta ao plano deontológico, do dever-ser, pois o comando estatal dirigido ao particular pode inclusive atingir o resultado diverso do esperado pelo Estado.

Exemplifica-se a intervenção estatal por indução na hipótese do Estado aumentar a alíquota do ICMS ou IPI para desestimular o consumo de determinado produto por considera-lo supérfluo e nocivo à saúde. O resultado esperado pode não acontecer e o determinado produto, não obstante o aumento do preço final repassado por meio da elevação de alíquota, tende a continuar ser consumido em larga escala.

3. O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NO DIREITO PÁTRIO

Conforme se pode constatar no capítulo anterior, a Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu diretrizes para a atuação dos agentes econômicos, demonstrando desconfiança com a capacidade autorregulatória do Mercado, na concepção liberalista de Adam Smith.

O art. 170, da CRFB estabelece que a ordem econômica possui por finalidade garantir a existência digna, conforme os ditames da justiça social, comando ao qual é dirigido aos agentes econômicos conformarem-se as atividades com esta finalidade e ao Estado para que, no papel de agente regulador, garanta a observância da finalidade da ordem econômica vigente, mediante a adoção de mecanismos preventivos, repressivos ou indutores.

Para atingir a finalidade da ordem econômica brasileira, o legislador constituinte estabeleceu um rol de princípios a serem observados pelos destinatários da norma, dentre os quais a livre concorrência¹⁵, disposto no

A indução, então, é negativa. A norma não proíbe a importação desses bens, mas a onera de tal sorte que ela se torna economicamente proibitiva. – Op. Cit. p. 143.

15 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
I - soberania nacional;
II - propriedade privada;
III - função social da propriedade;
IV - livre concorrência;
V - defesa do consumidor;
VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
VIII - busca do pleno emprego;

inciso IV, que ao lado da livre iniciativa, é a característica basilar da economia em Estados democráticos e se funda nos direitos de primeira geração.

O princípio da livre concorrência necessita ser estudado em duas partes, pois inicialmente é necessária a conceituação de concorrência, para após entender o que é essa concorrência “livre”, pois esta palavra, como se verá, tem um conceito mais amplo que mera liberdade.

Segundo Lafayette Josué Petter “*livre concorrência tem o sentido de livre jogo das forças de mercado na disputa pela clientela*”¹⁶. Com base nesse conceito, pode-se definir como concorrência, na concepção econômica, a disputa entre agentes econômicos com a finalidade de captação de clientela e consequente circulação lucrativa de bens e serviços.

Em relação ao adjetivo “livre”, pode imaginar em um primeiro momento que este corresponda a liberdade de determinado agente econômico de disputar mercado se assim tiver condições de empreender. Contudo, a livre concorrência também possui um aspecto isonômico, pois só se constatará a existência de concorrência livre na existência de igualdade jurídico-formal entre os agentes econômicos envolvidos, como se conclui a partir da lição do Mestre Lafayette Josué Petter “*a partir de um quadro de igualdade jurídico-formal disputa-se o mercado, abocanhando cada agente econômico a parcela que lhe é devida segundo os méritos que apresentou.*”¹⁷

Nesse contexto de igualdade entre os agentes econômicos é que se fundamenta a intervenção do Estado para garantir a liberdade concorrencial, interpretação a qual se extrai do próprio texto constitucional, no art. 173, §4º, que assim dispõe: “*A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros*”.

Outro dado importante para verificar a existência de livre concorrência ou prática restritiva a esta diz respeito à definição de mercado relevante, que nas palavras de Paula A. Forgioni “*O mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.*”¹⁸

Segundo as lições da Professora acima mencionada, o mercado relevante divide-se em: (1) mercado relevante geográfico; (2) mercado relevante material.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

16 PETTER, Lafayette Josué. **Princípios Constitucionais da Ordem Econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 221

17 Idem. p. 221.

18 FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 211.

O mercado relevante geográfico consiste na¹⁹

Área onde se trava a concorrência relacionada à prática que está sendo considerada restritiva. Destarte, o mercado relevante geográfico não pode ser determinado abstratamente, pois depende da localização do agente econômico e também da natureza do produto e da conduta que está sendo analisada.

Por conseguinte, o mercado relevante material “é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerado o bem ou serviço que oferece”²⁰.

A delimitação do mercado relevante de determinado agente econômico, para verificar a existência da livre concorrência é de suma importância, pois, às vezes aparentes práticas restritivas podem configurar lícitas mediante a exata conceituação da prática nas definições acima transcritas.

Para exemplificar, basta constatar que eventual empresa do ramo de aviação civil no Brasil corresponderá a quase totalidade do mercado relevante material de venda de aeronaves no mercado relevante geográfico considerado em território brasileiro, o que poderia configurar algumas práticas deste agente econômico como restritivas à livre concorrência, mas se ampliar o conceito de mercado relevante para abranger o Mundo, constatar-se-á que esta empresa concorre livremente com as demais do ramo, uma vez que, pela natureza do bem oferecido, de custo aquisitivo elevado, só é possível imaginar concorrência a nível mundial, na presente hipótese.

Outro ponto para detectar a existência de livre concorrência diz respeito à forma de se enxergar o instituto, de forma estática, como um Estado de Coisas pré-definido, ou de forma dinâmica, a qual se supõe como um processo de disputa pelo mercado relevante material.

Nas lições de André Luiz Santa Cruz Ramos²¹

Analizando que a finalidade do antitruste é a defesa da concorrência, em razão dos benefícios que ela traz para o consumidor – inovação constante, maior diversidade de bens e serviços, preços mais baixos, aumento de qualidade dos produtos,

19 Idem p. 213

20 Ibbidem p. 218

21 RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Os Fundamentos contra o Antitruste**. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 108/109.

etc. -, é imprescindível reconhecer que esta finalidade só será atingida se se trabalhar com um conceito correto de concorrência. Caso contrário, os efeitos produzidos serão opostos aos esperados. E é exatamente isso o que tem ocorrido.

Conforme demonstraremos a seguir, os autores que dão suporte ao direito antitruste veem a concorrência, equivocadamente, como um estado de coisas, uma situação estática que pode ser capturada e, portanto, controlada ou manipulada. Em contrapartida, os críticos do direito antitruste, notadamente os seguidores da Escola Austríaca, consideram a concorrência, acertadamente, como um processo dinâmico e incerto de rivalidade e descoberta constantes, algo que, por conseguinte, é absolutamente incompatível com qualquer tipo de intervenção estatal, a qual, em última instância, significa ela mesma a obstrução ou eliminação do processo concorrencial.

As lições acima citadas vão parcialmente ao encontro do que está sendo proposto no presente estudo pois, pela própria conceituação de concorrência já definida, como livre disputa entre agentes econômicos por busca de mercado pressupõe a existência de um processo de convencimento e captação de clientela. Contudo, há que se discordar que enxergar a concorrência como algo dinâmico seja contrária à intervenção estatal, pois esta corrente entende que a concorrência se autorregula, mas não impede a intervenção excepcional do Estado em casos excepcionais e pontuais.

No ordenamento jurídico brasileiro, verifica-se diretamente do texto constitucional que a intervenção do Estado na concorrência dar-se-á de forma excepcional e apenas quando se verificar conduta tendente à eliminação desta, na forma do art. 173, §4º.

O modelo concorrencial brasileiro, desta feita, prima, em regra, pela prevenção e correção das práticas restritivas pelo próprio mercado. Contudo, caso não haja esta autorregulação, ao Estado é dado o poder de intervir nas relações concorrenciais com o fim de evitar maiores danos ao mercado e aos consumidores do mercado. Ou seja, compreender de forma dinâmica a concorrência em nada impede a intervenção estatal subsidiária.

Um último apontamento acerca do princípio da livre concorrência no direito brasileiro é digno de nota. A doutrina brasileira, costuma atribuir ao princípio da livre concorrência caráter instrumental, pois a partir de igualdade e liberdade na disputa por mercado, pode-se observar melhores preços aos consumidores, a adoção de práticas sustentáveis pelos agentes

econômicos, a observância à legislação trabalhista, dentre outros, uma vez que o agente econômico descumpridor destes fatalmente será excluído do processo concorrencial.

Utiliza-se mais uma vez do magistério de Lafayette Josué Petter²²

O princípio constitucional econômico da livre concorrência tem mesmo um caráter instrumental, pois a concorrência não constitui um fim em si mesma. Entretanto, detectada sua presença numa dada realidade, dali se extraem consequências importantes: o preço de produtos e serviços corresponderá ao estipulado pelo livre jogo das forças do mercado no justo equilíbrio entre a procura e a oferta, com significativos benefícios, no mais das vezes, para os consumidores e para a coletividade.

Acerca do caráter instrumental do princípio da livre concorrência e parâmetros para a intervenção estatal Giovanni Saavedra aponta²³

Compreendido o fim da livre concorrência, deve-se definir qual é a sua relação com os demais princípios da ordem econômica, como por exemplo, os incisos V (Defesa do Consumidor) e VI (Defesa do Meio Ambiente). Para compreender essa relação é necessário, primeiramente, fixar o entendimento de que, no fundo, sempre que se discute a aplicação do princípio da livre concorrência está-se discutindo em que medida o Estado pode intervir na economia, pois parece claro que a CF/88 pretende apenas permitir a intervenção estatal quando o telos da livre concorrência não estiver sendo cumprido (ver, a esse respeito: REsp 929.758/DF) ou quando outro princípio da ordem econômica estiver sendo lesado, como é o caso do inciso V do art. 170 da CF/88 que trata da Defesa do Consumidor. Nesse sentido, manifestou-se o STJ, por exemplo, ao afirmar que sempre que a intervenção estatal envolver princípios da ordem econômica e social, tem o Estado o dever de fundamentar esta intervenção (REsp 625.337/RS). Como se vê, o princípio da livre concorrência não pode ser considera-

22 Op. Cit. p. 223

23 SAAVEDRA, Giovanni Agostini. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1808

do como um fim mesmo, mas deve sempre ser compreendido em relação com os demais princípios, valores, regras e normas fundamentais da CF/88.

4. MODALIDADES DE INTERVENÇÃO ESTATAL POR INDUÇÃO POR MEIO DE TRIBUTAÇÃO COM REFLEXOS NA LIVRE CONCORRÊNCIA

Conforme foi objeto de exemplificação no Capítulo 2º, não é incomum a intervenção do Estado por indução mediante o manejo de normas tributárias, sendo, talvez, uma das formas mais comuns de intervenção estatal nesta modalidade.

A finalidade principal do Sistema Tributário Nacional é propiciar recursos para possibilitar o Estado a concretizar os objetivos fundamentais descritos no art. 3º, da Constituição da República, uma vez que já se reconheceu acima que o modelo de Estado Brasileiro definido pela vigente ordem constitucional é caracterizado por ser instrumento para a consecução dos direitos fundamentais da sociedade.

Contudo, a função do tributo não é meramente arrecadatória. A doutrina, de forma unânime, reconhece que o tributo possui finalidades para além da captação de recursos, podendo estimular comportamentos e condutas sociais, fenômeno que é concebido como a extrafiscalidade.

Acerca das funções do tributo, Hugo de Brito Machado leciona²⁴

Embora se trate de matéria própria da ciência das finanças, não se pode deixar de fazer referência à função dos tributos. O objetivo do tributo sempre foi o de carrear recursos financeiros para o Estado. No mundo moderno, todavia, o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos ou regiões, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia. Aliás, registros existem da utilização do tributo, desde a Antiguidade, com a finalidade de interferir nas atividades econômicas; mas os autores em geral apontam o uso do tributo com essa finalidade como um produto do moderno intervencionismo estatal. A

24 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 95.

essa função intervencionista do tributo dá-se o nome de função extrafiscal.

O Sistema Tributário Nacional não tem a finalidade meramente arrecadatória, devendo a atividade fiscal do Estado ser exercida em conformidade para respeitar os direitos fundamentais conferidos na parte inicial da Constituição da República, tanto que as disposições relativas às limitações ao poder de tributar previstas no art. 150, devem ser lidas como especificidades dos princípios da legalidade, igualdade e liberdade previstos no art. 5º.

Cumpra ressaltar que o fenômeno da extrafiscalidade é gênero que abarca a norma tributária indutora, um dos instrumentos de intervenção do Estado na economia, conforme ensina José Luis Ribeiro Brazuna²⁵

A norma tributária indutora pode ser identificada na norma tributária pela verificação da existência de uma função indutora de comportamentos, diversa das outras duas funções que podem vincular a norma tributária, quais sejam a função de distribuição da arrecadação tributária e a função simplificadora.

Pertence a norma indutora, desse modo, ao gênero da extrafiscalidade, sendo, entretanto, dotada da especificidade de que o objetivo do legislador é provocar um determinado comportamento do contribuinte, ao passo que, nas demais hipóteses de extrafiscalidade, o seu objetivo é o de regular uma determinada situação, sem necessariamente querer induzir determinadas condutas.

Dado o caráter instrumental da atividade tributante do Estado, observa-se que esta é capaz de influenciar nas condutas e abstenções da sociedade, limitando ou estimulando direitos, mas jamais os aniquilando, pois os instrumentos de conformação estatal postos para concretização de direitos abarcam o conceito de política pública de Amauri Feres Saad, já exposto neste estudo e de acordo com a jurisprudência dos tribunais pátrios²⁶.

25 BRAZUNA, José Luis Ribeiro. **Defesa da Concorrência e Tributação**. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 126/127

26 No sentido do conceito de política pública, segue o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. RESPONSABILIDADE DO ESTADO DE RORAIMA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM QUE, À LUZ DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELO DEVER DO ESTADO DE FORNECER OS MEDICAMENTOS, POR TEMPO INDETERMINADO, DE VEZ QUE A PACIENTE É PORTADORA DE EPILEPSIA, DESDE OS DEZ ANOS DE IDADE, NÃO HAVENDO COMO DETERMINAR O PERÍODO EM QUE CONTINUARÁ SENDO ACOMETIDA POR ESTA DISFUNÇÃO. SÚMULA 7/ST.

Defende-se que as normas de Direito Tributário podem ser conceituadas como políticas públicas em favor da intervenção estatal na economia, com suporte nas lições de Edvaldo Brito, que ensina²⁷

O sistema, assim, concebido, foi aprimorado na perspectiva do desenvolvimento e do bem-estar pela ampliação dos incentivos, eliminação de tributos sem funcionalidade como o impropriamente chamado imposto de selo, eliminação de tributos sobre lucros irrisórios, substituição do imposto sobre vendas e consignações, que incidia em casta, pelo imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias cuja base de cálculo em cada operário é, apenas, o valor agregado da mercadoria.

Preservaram-se os princípios da unidade econômica e social: a) uniformidade de tributo federal em todo o território nacional; b) proibição ao embaraço de tráfego de pessoas e mercadorias por meio de tributos interestaduais e intermunicipais; c) a não discriminação de tributos estaduais e municipais quanto à origem ou destino de bens; d) igualdade de incidência de tributos federais sobre as obrigações da dívida pública estadual e municipal e sobre os proventos dos agentes da União, dos Estados e dos Municípios.

[...]

Um sistema tributário é sempre organizado visando a uma determinada política econômica e acolhe uma política fiscal que é instrumento dessa atuação econômica²⁸. É assim que o sistema tributário brasileiro pretende a realização do desenvolvimento econômico, objetivando a tributação a intervenção estatal nos limites constitucionalmente permitidos.

ACÓRDÃO BASEADO EM FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO DA MATÉRIA, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, SOB PENA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO STF. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...]

II. Ao decidir a controvérsia, o Tribunal de origem considerou ser devido o fornecimento de medicamentos, de vez que "a autora ingressou em juízo requerendo o fornecimento de medicamento necessário ao seu tratamento, enquanto subsistir a necessidade, tendo em vista que é portadora de epilepsia e faz uso de uma medicação específica três vezes ao dia", e que "**Carta Constitucional assegura o direito à saúde mediante políticas públicas a serem garantidas pelo Estado**". Assim, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a controvérsia, acerca do fornecimento de medicamentos, sob enfoque eminentemente constitucional, o que torna inviável a análise da questão, em sede de Recurso Especial, sob pena de usurpação da competência do STF. Precedentes do STJ (AgRg no AREsp 584.240/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/12/2014; AgRg no REsp 1.473.025/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/12/2014).

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1463727/RR, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015)

27 BRITO, Edvaldo. Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 176

28 Grifos nossos.

A respeito da intervenção estatal por indução utilizando-se as normas de Direito Tributário para influir na economia, mais especificamente na livre concorrência podemos apontar a existência de duas possibilidades: (1) por oneração; (2) por desoneração.

A primeira hipótese, intervenção estatal indutora por oneração, ocorre na hipótese do Estado instituir ou majorar tributos com a expectativa de surtir efeitos na concorrência travada entre os agentes econômicos. Na Constituição da República, esta hipótese está prevista no art. 146-A, incluído pela Emenda à Constituição n. 42/2003²⁹.

Pela leitura do comando constitucional, constata-se que a intenção do legislador constituinte derivado não foi de criar novas modalidades tributárias e sim critérios de tributação diferenciados, mediante a edição de Lei Complementar, para prevenir eventuais desequilíbrios que possam ocorrer na disputa concorrencial.

José Luis Ribeiro Brazuna, em obra já citada, cita alguns exemplos de possibilidade de imposições tributárias com fundamento no art. 146-A, da CRFB³⁰: (1) Imposto sobre lucros não distribuídos³¹; (2) CIDE sobre atos de concentração.

No tocante à hipótese de instituição de CIDE sobre atos de concentração, trata-se de típica norma tributária indutora, pois não se tem por objeto inviabilizar eventual fusão ou incorporação entre agentes econômicos e sim desestimular a prática de atos de concentração envolvendo grandes empresas com prejuízo aos demais concorrentes, que poderão vir a ser aniquilados com a fusão dos sujeitos.

Além do controle dos atos de concentração previsto pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, na forma do art. 88, da Lei n. 12.529/2011, nada impede a instituição de CIDE com a finalidade de desestimular eventual concentração que possa corresponder à possível totalidade do mercado relevante envolvendo os agentes econômicos, preservando a concorrência e evitando a formação de monopólios, que, apesar de ser um fato econômico, em muitas vezes é prejudicial aos indivíduos consumidores.

No tocante à segunda modalidade, intervenção estatal indutora por desoneração tributária, o art. 146-A, da CRFB também serve de suporte para tal desiderato, mas há outras normas constitucionais, tal como o art. 151,

29 Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo.

30 Op. Cit.217/219

31 Esta hipótese seria de competência da União, por se tratar de Imposto Residual, na forma do art. 154, I, da Constituição da República.

I³², da Lei Maior, que permite a concessão de incentivos fiscais com a finalidade de promover o desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do país.

A utilização de incentivos fiscais pode ser instrumento interessante para a ampliação da livre concorrência, notadamente para expansão do mercado relevante material e geográfico, pois se pode imaginar a concessão de isenção de ICMS ou IPI a determinado bem com a finalidade de expansão da concorrência para locais que não tinham acesso a este.

Também pode-se utilizar de incentivos fiscais para permitir a instalação de indústrias e empresas em determinadas regiões do país, com o objetivo de promover o desenvolvimento regional e fomentar a concorrência para um plano regional, saindo do eixo industrial tradicional do Brasil.

Diego Bomfim pontifica que as normas tributárias indutas por exoneração, com a finalidade de tratar situações desiguais constitucionalmente reconhecidas, não são violadoras ao princípio da livre concorrência³³

Além de todos os requisitos exigidos pelo regime tributário, as exonerações fiscais terão também de respeitar o princípio da livre concorrência. Por certo que, nesse caso, pelo fato de, obrigatoriamente, as exonerações fiscais estarem envoltas aos anseios extrafiscais, não caberá a alegação de aplicação do princípio da neutralidade tributária, quando a mera existência de regimes tributários diferentes já é suficiente para que se efetive uma ofensa à concorrência (natureza de regra jurídica no caso de tributação afeita a anseios fiscais).

Nesse caso, como já foi dito, o princípio da livre concorrência não se manifesta como um dever de tratamento nas mesmas condições, já que a concessão de incentivos fiscais está embasada na premissa de tratamento desigual para, com isso, estimular (já que se trata de exonerações) determinadas condutas. Aqui, o grande espaço ao desenvolvimento das normas promocionais de conduta tributária.

A Zona Franca de Manaus, assegurada pelo ADCT, art. 40, pode ser considerado um exemplo de intervenção estatal indutora por desoneração

32 Art. 151. É vedado à União:

I - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País;

33 BOMFIM, Diego. **Tributação & Livre Concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 240/241

tributária para estimular o crescimento econômico do Estado do Amazonas e expandir o parque industrial brasileiro para a Região Norte, ampliando-se o mercado relevante geográfico das indústrias, tradicionalmente concentradas no Sul-Sudeste Brasileiro.

5. CONCLUSÃO

Por todo exposto concluiu-se que a Constituição da República, conquanto classificada como Constituição Dirigente possui traços marcantes de intervenção estatal na economia, para que se assegure a conformação dos agentes econômicos com os fins do Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Após, concluiu-se que o princípio da livre concorrência é um instrumento para que o Estado e os agentes econômicos cumpram a finalidade da Ordem Econômica Brasileira, ocorrendo a intervenção estatal para observância da livre concorrência na forma da Lei n. 12.529/2011, com o fim de evitar a eliminação desta, intervenção a qual segundo a lógica constitucional ocorre de forma subsidiária, na hipótese da autorregulação do Mercado mostrar-se inexistência ou deficiente.

Por fim, verificou-se que a norma tributária que tem característica extrafiscal pode trazer comportamento indutor, sendo a norma tributária indutora espécie da norma tributária com características extrafiscais. Pontuou-se, por derradeiro, que a intervenção estatal indutora por norma tributária pode ocorrer tanto pela oneração quanto desoneração tributárias.

REFERÊNCIAS

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Econômica e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros, 2013;

BOMFIM, Diego. *Tributação & Livre Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2011;

BRAZUNA, José Luis Ribeiro. *Defesa da Concorrência e Tributação*. São Paulo: Quartier Latin, 2009;

BRITO, Edvaldo. *Reflexos Jurídicos da Atuação do Estado no Domínio Econômico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017;

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016;

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. rev. atual. e ampli. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012;

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

GRAU, Eros Roberto. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013;

_____. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017;

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

PETTER, Lafayette Josué. *Princípios Constitucionais da Ordem Econômica*. Revista dos Tribunais, 2005;

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Os Fundamentos contra o Antitruste*. Rio de Janeiro: Forense, 2015;

SAAD, Amauri Feres. *Regime Jurídico das Políticas Públicas*. São Paulo: Malheiros, 2016.;

SAAVEDRA, Giovani Agostini. In CANOTILHO, J.J. Gomes, et. al. (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

A flexibilização dos percentuais de aditivos em contratos públicos de obras de engenharia

René Levy Aguiar¹

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os procedimentos administrativos relacionados, especificamente, à possibilidade de modificação dos contratos públicos de obras fora dos limites estabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, sem representar fuga de licitação, observadas em inúmeras discussões doutrinárias, inclusive, entre os órgãos de controle externo e tribunais superiores. Para tanto, avalia-se a restrição preceituada no referido Instituto Federal Licitatório, frente a seu dito caráter absoluto. Deste modo, realiza-se abordagem qualitativa da realidade das regras gerais dos contratos administrativos, dos princípios que regem a Administração Pública, bem como seus reflexos. Assim, as informações e os dados coletados são examinados de modo dinâmico, com enfoque crítico-dialético, recorrendo-se inicialmente aos instrumentos técnicos da reflexão e da pesquisa bibliográfica, para definição, com critérios objetivos, das quais as efetivas possibilidades de alterações dos contratos administrativos face ao princípio do interesse público. Por fim, apesar do temor em se ultrapassar os percentuais limites legais, reconhece-se a possibilidade de, em casos excepcionais, o gestor público não ficar restrito ao valor balizado.

Palavras-chave: aditivos - alterações quantitativas e qualitativas - contratos públicos - licitações - limites legais.

1 Advogado (OAB AM 13.355), Geólogo, Mestre em Geotecnia e Doutor em Engenharia Civil pela Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo. Ex-coordenador do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, para atendimento das demandas, nem sempre atua diretamente para consecução de seus fins, em muitos casos, visando melhor alcançar suas metas, realiza inúmeras aquisições de bens, serviços e obras, celebrando ajustes com particulares baseados nos rígidos princípios e mandamentos das normas de direito público e, subsidiariamente, das regras gerais do direito civil. Dessa forma, a licitação pública é salvo casos específicos e previstos na legislação vigente, procedimento administrativo condicional que deve anteceder à formalização dos contratos administrativos, com objetivo de se obter a proposta mais vantajosa, em homenagear os princípios da economicidade e da eficiência.

O contrato administrativo, onde o interesse público tem primazia sobre o interesse do particular, certamente contém cláusulas exorbitantes e derogatórias do direito comum. Mesmo assim, o princípio básico da faculdade de alteração unilateral do contrato pela Administração se funda na ideia de que toda modificação que agrave os encargos do contratado obriga a mesma compensar economicamente ao particular, restabelecendo assim, o equilíbrio financeiro original.

Não obstante ser matéria que suscita debates interessantes, a corrente majoritária da doutrina, sustenta que os limites das alterações se operam, principalmente, em razão da indisponibilidade e da intransigibilidade dos princípios de direito público. Portanto, em casos especiais, ante a ocorrência de fatores supervenientes, que alterem as condições inicialmente contratadas, não tem cabimento as restrições de limite de 25% do valor inicial atualizado do contato, para acréscimo ou supressão de serviços, obras ou compras, prevista nos §§ 1º e 2º do artigo 65 da Lei Federal nº 8.666/93, em observância aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e do interesse público envolvido a ser alcançado, sem modificar a identidade do objeto e desrespeitar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos sob pena de responsabilidade e nulidade de seus atos.

Nesse contexto, o artigo busca analisar, a partir da literatura, a possibilidade de se identificar os melhores critérios jurídicos para proceder às alterações dos contratos administrativos de obras além dos limites percentuais contidos no artigo 65 da Lei nº 8.666/93, sem que isso infrinja o procedimento licitatório, as leis e os princípios que norteiam o direito administrativo.

Além dessa macro abordagem, visa de forma mais específica, apresentar, com base na doutrina e artigos científicos, bem como nos julgados dos

tribunais superiores e de contas, com vem sendo tratado o tema, de forma a possibilitar a indicação de corrente jurídica majoritária e eventual consolidação e de recomendações exaradas em casos concretos.

A segurança quanto a esses entendimentos, da forma mais cristalina possível, certamente poderá auxiliar a definir os critérios necessários para que o gestor público possa proceder a celebração de alterações dos contratos administrativos além dos limites percentuais fixados na lei, sem macular os procedimentos administrativos com vícios passíveis de responsabilidades aos ordenadores de despesas.

Para consecução desses objetivos, fez-se abordagem qualitativa, com a intenção de permitir que as informações e os dados coletados fossem examinados de modo dinâmico, a partir de enfoque crítico-dialético, para que se compreender a sistemática operacional dos contratos administrativos, em específico, a celebração de termos aditivos de acréscimos e supressões além dos limites percentuais contidos na Lei de Licitações e Contratos Públicos, face às variadas correntes doutrinárias e julgados persistentes.

Metodologicamente, recorreu-se inicialmente aos instrumentos técnicos da reflexão, da lógica jurídica estabelecida nas decisões dos órgãos de controle externo e dos tribunais superiores e da pesquisa bibliográfica, colhendo-se os dados necessários para proceder à análise comparativa, que pudesse servir de eficaz instrumento para obtenção de respostas, de definições e para o estabelecimento de critérios a possibilitar conclusões que autorizem superar os limites de alterações nos contratos de obras públicas.

Assim, este artigo exhibe panorama dos diferentes posicionamentos técnico-jurídicos, acerca da possibilidade de flexibilização dos limites percentuais da celebração de aditivos em contratos que o poder público, por vezes, sente-se obrigado a avaliar para a conclusão de obras de engenharia, visando priorizar o atendimento dos interesses coletivos, conforme ensinamentos extraídos de jurisprudência consolidada e de renomados doutrinadores com expertise na seara do direito administrativo.

O contrato administrativo possui características e particularidades voltadas ao interesse da Administração, que estabelecem relação vertical com os contratados. Portanto a liberdade de vontades entre as partes, característica dos contratos, neste caso é limitada pelas chamadas cláusulas exorbitantes, ou melhor, denominando, prerrogativas do interesse público, que permitem a alteração das condições de execução do contrato, independentemente da concordância do contratado (LEITE JÚNIOR, 2009; Justen Filho, 2009).

Segundo Mello (2001), o tema relativo à flexibilização dos limites percentuais em contratos administrativos tem permitido prosperar diferentes soluções, constituindo agenda permanente entre os doutrinadores mais influentes no assunto, que frequentemente divergem no concernente à interpretação dos textos normativos regentes da matéria, acrescentando que, ao longo do tempo, as soluções legais nem sempre foram integralmente uniformes, ao menos em sua linguagem explícita, suscitando discórdias sobre o alcance quanto a possível admissibilidade de alterações fora dos limites fixados no instituto federal licitatório.

Para o doutrinador Justen Filho (2012) é indispensável determinar e definir, de modo claro, o conteúdo dos interesses perseguidos pela Administração Pública e pelos particulares, realizando ponderação entre eles, segundo os valores e os princípios consagrados constitucionalmente.

A necessidade de adequação técnica verificada durante a execução do contrato não obedece a qualquer limite de natureza quantitativa, pois negaria a própria finalidade da lei - alcançar a plena eficiência da prestação contratada. Obras públicas, principalmente as de grande vulto, demandam, em regra, longo espaço de tempo, no transcorrer do qual podem ocorrer alterações. Realidades emergentes normalmente exigem alterações no objeto contratado, de maneira a possibilitar o efetivo, ou melhor, atendimento das finalidades almejadas (DALLARI, 2005).

2. RESULTADOS E DISCUSSÕES

A possibilidade de alteração dos contratos administrativos está versada nos artigos 58, inciso I e 65 da Lei Federal nº. 8.666/93, quando estabelecem o poder da alteração e rescisão contratual unilateral do contrato administrativo é inerente à administração pelo que podem ser feitas – mesmo que não previstas, expressamente, em lei ou consignadas em cláusula contratual em determinadas condições e submetidas a determinados parâmetros, unilateralmente, vale dizer, mesmo que com que tal alteração não concorde o contratado, sendo perfeitamente natural ao contrato administrativo à faculdade de o Estado introduzir alterações unilaterais. Trata-se de instrumentá-lo com os poderes indispensáveis à persecução do Interesse Público. Assim, caso a administração fique totalmente vinculada pelo que avençou, com o correlato direito de o particular exigir a integral observância do pacto, eventuais alterações do Interesse Público - decorrentes de fatos supervenientes ao contrato - não teriam como ser atendidas. Em suma, a possibilidade de o Poder Público

modificar unilateralmente o vínculo constituído é corolário da prioridade do Interesse Público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade (SUNDFELD, 2008; FURTADO & CAVALCANTE, 1999).

Portanto, conforme se pode notar, o contrato, como acordo de vontades para criar obrigações e direito recíprocos, com base na autonomia da vontade e igualdade jurídica entre as partes, é instituto típico de direito privado. Todavia, quando uma das partes é o Poder Público, agindo nessa qualidade, ou seja, com supremacia de poder, em face das prerrogativas que lhe são conferidas para a satisfação do Interesse Público, as regras de direito privado cedem espaço para aquelas que compõem o regime de direito público (MONTEIRO, 2001 *apud* MOTTA, 2005).

Corroborando com a corrente predominante, o princípio básico da facultade de alteração unilateral do contrato pela Administração se funda na ideia de que toda modificação que agrave os encargos do contratado obriga a mesma Administração a compensar economicamente os novos encargos ao particular, restabelecendo assim, o equilíbrio financeiro original. Por essa razão, a Lei de Licitações, ao mesmo tempo em que disciplinou e estabeleceu os casos de alteração unilateral pela Administração, em seu artigo 65, condicionou tal evento à revisão das cláusulas econômico-financeiras do ajuste, para que o equilíbrio contratual seja sempre mantido.

Não obstante ser matéria que suscita debates interessantes, a corrente majoritária da Doutrina, sustenta que, em casos especiais, ante a ocorrência de fatores supervenientes, que alterem as condições inicialmente contratadas, não tem cabimento as restrições de limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato, para acréscimo ou supressão de serviços, obras ou compras, prevista no § 1º do artigo 65 da referida Lei Federal. Frise-se destacar, que a hipótese da alínea “a” se refere à alteração contratual que se devera a mudança qualitativa do objeto contratado, ao passo que a alínea “b” se relaciona à alteração contratual que se devera a mudança quantitativa do objeto contratado (PEREIRA JUNIOR, 2009).

Logo, a necessidade de modificar projeto, especificações ou quantidades de material, a menos que seja imposta por fato que venham a ocorrer durante a execução do contrato. Será sempre insinuante de desleixo no cumprimento daquele dever.

Consigne-se, por fim, que as modificações qualitativas ou quantitativas de um contrato público constituem excepcionalidade a ser cabalmente justificada diante de fatos supervenientes à contratação. A Lei nº. 8.666/93 trouxe para a Administração o dever de somente iniciar a licitação depois

de aprovar projeto básico, em caso de obras e serviços, e de definir a especificação completa do bem, incluindo quantidades e condições de sua guarda e armazenamento, no caso de compras (PEREIRA JUNIOR, 2009).

Cabe ressaltar, no entanto, que a melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. Não há muito cabimento para essa hipótese em contratos de execução instantânea ou cujo objeto seja simples e sumário (JUSTEN FILHO, 2009).

Portanto, tem-se que as alterações contratuais, motivadas por adequações técnicas consideradas necessárias, nas especificações e no projeto original, que lastrearam o procedimento licitatório, não são embasadas em mera discricionariedade administrativa, em que a Administração tem o poder de efetuar ou não as ditas modificações. Encontra-se, pois, a Administração, em razão dos princípios vetores da supremacia do interesse público sobre o interesse privado e da sua indisponibilidade pela Administração, inevitavelmente vinculada à solução que melhor atenda ao dito interesse, razão por que lhe cumpre modificar os termos da avença sempre que as circunstâncias de fato assim o exigirem.

Importante destacar os episódios inesperados na execução do contrato, que prejudicam a sua execução da forma em que fora pactuada inicialmente, que não podem ser confundidos com outras eventuais superveniências (caso fortuito, força maior, fato príncipe, fato da administração), porque estas sobrevêm ao contrato, ao passo que aquelas o antecedem, mas se mantêm desconhecidas até serem reveladas através das obras e serviços em andamento. Além disso, as interferências imprevistas não são impeditivas da execução do contrato, mas sim criadoras de maiores dificuldades e onerosidades para a conclusão dos trabalhos, o que enseja a adequação dos preços e dos prazos à nova realidade encontrada no local, de modo que preços e dilação de prazos são o de que na comum das intenções das partes, na celebração do contrato, não foram cogitadas as dificuldades, nem computados os custos extraordinários que a nova situação impõe (MEIRELLES, 2008; MELLO, 2013).

Contudo, é certo que a possibilidade de alteração contratual, por força de modificações do projeto ou das especificações, para ensejar melhor adequação técnica aos seus objetivos, não é ilimitada, pois não se permite, por exemplo, alterações do projeto ou das especificações que deturpem o objeto contratado. Em determinadas situações, pode se constituir, para a

Administração Pública o dever de modificar o projeto, na medida em que esse seja o único caminho para realização do interesse da sociedade como todo, ou, tecnicamente o interesse coletivo primário. Nessa hipótese não se configura ato discricionário - onde há julgamento da conveniência e da oportunidade - porque o agente público não possui a opção entre alterar ou não alterar o contrato administrativo - ele está vinculado a tal modificação.

Nessa esteira doutrinária, verifica-se que a Administração sempre terá o poder-dever de alterar o contrato, justificadamente, quando for necessário para atingir a plenitude do objeto contratual, seja por acréscimo ou mesmo por diminuição de serviços, seja para alongar ou para diminuir o prazo de execução, ou mesmo para aumentar ou diminuir o valor contratual, com a finalidade de preservar o equilíbrio econômico-financeiro da avenca. O que a Administração não pode alterar é o objeto do contrato - isto é pacífico tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Tais dificuldades materiais imprevistas e anormais, de um lado, obrigam os contratados a realizar serviços em quantidades superiores às dimensionadas ou relativos a itens não previstos, sob pena de deixar de executar o objeto do contrato ou executá-lo parcialmente; de outro lado, dão-lhe o direito de ser totalmente ressarcidos, seja através de um aumento de preço fixado nos respectivos contratos, quando o aumento for quantitativo, ou pela fixação de novos preços, se o aumento for decorrente da execução de itens não previstos - qualitativo (ALVIN; ALVIN & TAVOLARO, 2006).

Quando por razões técnicas, a alteração contratual for indispensável à efetivação do interesse público, há vinculação administrativa, ou seja, a administração tem o dever de efetuar a modificação. Em ambas as hipóteses, a modificação pode extrapolar os limites estabelecidos na lei, como regra geral, para as extensões contratuais, já que o limite real é ditado pelo satisfatório atendimento do interesse coletivo primário.

Para a correta apreciação do tema, acrescenta-se o Parecer do Subprocurador-Geral do Ministério Público de Contas do Tribunal de Contas da União, Dr. Lucas Rocha Furtado, sustentou a possibilidade jurídica da alteração contratual acima do limite legal imposto pela Lei nº 8.666/93, que foi integralmente adotado no Acórdão 215/99-TCU:

“VI -

(...)

Além de bilaterais e qualitativas, sustentamos que tais alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realiza-

das quando a outra alternativa - a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço. Caso contrário, poder-se-ia estar abrindo precedente para, de modo astucioso, contornar-se a exigência constitucional do procedimento licitatório e a obediência ao princípio da isonomia.

Ora, se o interesse coletivo primário exigir revisão contratual, esta deve ser implementada pela Administração, porque aquele é seu objetivo, ademais indisponível. Sabe-se que a rescisão contratual, por Interesse Público, com vistas a nova licitação e contratação, a que já se fez referência, traz uma série de consequências: a indenização de prejuízos causados ao ex-contratado, como, por exemplo, os custos com a dispensa dos empregados específicos para aquela obra; o pagamento ao ex-contratado do custo da desmobilização; os pagamentos devidos pela execução do contrato anterior até a data da rescisão; a diluição da responsabilidade pela execução da obra; e a paralisação da obra por tempo relativamente longo – até a conclusão do novo processo de contratação e a mobilização do novo contratado –, atrasando o atendimento da coletividade beneficiada. Somente quando tais consequências forem gravíssimas ao interesse coletivo primário é que se justificaria a revisão contratual, qualitativa e consensual, que importe em superação dos limites econômico-financeiros previstos nos §§ 1º e 2º da Lei 8.666/93. (...).”

Em outro julgado, proferido pelo Tribunal de Contas da União, Acórdão nº. 211/2006 - Plenário, acolheu as conclusões apresentadas no Parecer elaborado por Adilson de Abreu Dallari, no sentido da legalidade da possibilidade de alteração contratual, à semelhança da ora aventada.

A razão que justifica tal entendimento reside no fato de existir a possibilidade de alterações contratuais, fundamentadas na busca da melhor alternativa para o atendimento da finalidade pretendida com a contratação. Nada mais é do que a aplicação de princípio basilar do Direito Administrativo, que prioriza o atendimento ao interesse público.

Outro importante aspecto a ser realçado diz respeito às licitações para construção de obras públicas que devem ser precedidas de projeto básico (art. 7º, §2º, da Lei nº. 8.666/93). Na execução do objeto contratual, o projeto vai sendo detalhado e desse detalhamento decorrem modificações (alterações, adaptações ou complementações) do projeto inicial, que muitas vezes

elevam substancialmente o custo de sua execução. Surgida a necessidade, o contrato pode ser estendido a fim de adequar-se o projeto à realidade. Essa extensão tem por limite o interesse coletivo primário (AMARAL, 1996).

Donde se conclui que somente são admissíveis as modificações do projeto básico que visem ao melhor atendimento do interesse público primário, qual seja, o da sociedade, assim, a própria definição de projeto básico constante no art. 6º, inciso IX, alínea “b” da Lei nº 8.666/93, prevê a possibilidade de sua alteração durante a execução das obras. As alterações causadas por necessidades técnicas supervenientes, não estariam sujeitas aos limites do art. 65, § 1º da Lei de Licitações, os quais seriam aplicáveis, apenas, para os casos de alterações quantitativas.

Frise-se ainda, que em favor da alteração contratual, deve-se ponderar entre a vantagem advinda do prosseguimento da obra decorrente da entrega do objeto, em prazo menor, do eventualmente necessário para processar outra contratação, mormente considerando-se as dificuldades técnicas de identificação que a nova empresa contratada terá que enfrentar.

Considerando-se todas essas circunstâncias e variáveis acima consideradas, e ante a impossibilidade técnica de prosseguimento da obra de acordo com o projeto básico, entende-se presentes as condições que lastreiam a possibilidade legal da alteração das cláusulas do contrato, para contemplar a modificação do projeto e possibilitar a conclusão do objeto contratado. Vale registrar que as alterações pretendidas, nos moldes acima considerados, não desnaturam o objeto do contrato e nem mesmo o princípio da prévia licitação, além do que, prestigia os princípios da eficiência e economicidade.

Objetivando estabelecer parâmetros norteadores à questão em foco, a Decisão nº 215/1999 - Plenário, cujo Relator foi o Ministro José Antônio de Macedo, se tornou paradigma no Tribunal de Contas da União sobre a matéria de alteração contratual acima do limite legal previsto no art. 65 da Lei Federal nº. 8.666/93, fixando:

“O Tribunal Pleno, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE: 8.1. com fundamento no art.1º, inciso XVII, § 2º da Lei nº 8.4431/92, e no art.216, inciso 11, do Regimento Interno deste Tribunal, responder à Consulta formulada pelo ex-Ministro de Estado de Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, Gustavo Krause Gonçalves Sobrinho, nos seguintes termos: I - tanto as alterações contratuais quantitativas - que modificam a dimensão do objeto - quanto as unilaterais qua-

litativas que mantêm intangível o objeto, em natureza e em dimensão, estão sujeitas aos limites preestabelecidos nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº 8.666/93, em face do respeito aos direitos do contratado, prescrito no art.58, I, da mesma Lei, do princípio da proporcionalidade e da necessidade de esses limites serem obrigatoriamente fixados em lei; nas hipóteses de alterações contratuais consensuais, qualitativas e excepcionalíssimas de contratos de obras e serviços, é facultado à Administração ultrapassar os limites aludidos no item anterior, observados os princípios da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade, além dos direitos patrimoniais do contratante privado, desde que satisfeitos cumulativamente os seguintes pressupostos: não acarretar para a Administração encargos contratuais superiores aos oriundos de uma eventual rescisão contratual por razões de interesse público, acrescidos aos custos da elaboração de um novo procedimento licitatório; II - não possibilitar a inexecução contratual, à vista do nível de capacidade técnica e econômico-financeira do contratado; III - decorrer de fatos supervenientes que impliquem em dificuldades não previstas ou imprevisíveis por ocasião da contratação inicial; IV - não ocasionar a transfiguração do objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos; V - ser necessárias à completa execução do objeto original do contrato, à otimização do cronograma de execução e à antecipação dos benefícios sociais e econômicos decorrentes; VI - demonstrar-se - na motivação do ato que autorizar o aditamento contratual que extrapole os limites legais mencionados na alínea “a”, supra - que as consequências da outra alternativa (a rescisão contratual, seguida de nova licitação e contratação) importam sacrifício insuportável ao interesse público primário (interesse coletivo) a ser atendido pela obra ou serviço, ou seja gravíssimas a esse interesse; inclusive quanto à sua urgência e emergência;”

Há de se observar que a decisão é cautelosa ao admitir que as alterações qualitativas ultrapassem os limites legais apenas em caráter excepcional, e, ainda assim, condicionada à observância de todos os requisitos aludidos.

Salienta-se, no entanto, que há doutrina divergente quanto à aplicação dos limites das alterações quantitativas para as alterações qualitativas promovidas pela Administração. Vários autores defendem que os limites em questão não se aplicam às eventuais alterações qualitativas.

Segundo essa corrente, se o legislador quisesse que tais limites servissem para alterações qualitativas, ele o teria feito expressamente. Não é correto aplicar os limites preceituados nos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei nº. 8.666/93 em relação às alterações qualitativas, o que ensejaria uma espécie de interpretação extensiva, que foge aos lindes da própria legalidade mesmo em seu sentido amplo (GUIMARÃES, 2003; JUSTEN FILHO, 2012).

A partir desses últimos entendimentos, compreende-se que quando surge uma nova necessidade, a Administração poderá alterar o contrato de modo a adequá-lo á nova realidade em percentuais superiores aos limites estabelecidos para as alterações quantitativas. Mas a liberdade com relação aos limites das alterações qualitativas deve possuir parâmetros. Assim, para evitar atos abusivos e desvirtuamentos, faz-se necessário observar não somente o princípio da razoabilidade, mas os demais do Direito Administrativo - proporcionalidade, economicidade, finalidade, eficiência -, dentre outros. Em consonância com tais princípios, a alteração qualitativa não pode transformar o objeto de modo a alterar a sua funcionalidade básica, a identidade do objeto deve ser preservada.

Verifica-se, assim, que parte da doutrina desconhece a existência de limites intransponíveis para realização das alterações contratuais, principalmente quando o interesse público primário encontrar-se ameaçado por fatos ou circunstâncias desconhecidas por ocasião da licitação ou, ainda, quando o administrador age visando homenagear princípios administrativos seja da eficiência, da economicidade e correlatos a evitar prejuízos à coisa pública ou ao objeto parcialmente existente, demonstrando tecnicamente que a celebração do termo aditivo será mais benéfico ao conjunto da obra, que celebrar nova licitação para complementação do objeto.

Outra vertente, mais conservadora, indica que os limites das alterações quantitativas não são aplicáveis às alterações qualitativas, a questão não é pacífica. No entanto, há entendimento firmado pelo TCU de que as alterações qualitativas estão limitadas da mesma forma que as alterações quantitativas conforme citado nos acórdãos linhas acima.

3. CONCLUSÕES

As alterações contratuais, sejam quantitativas ou qualitativas, não devem seguir necessariamente os estritos limites de 25% do valor do contrato ou de 50% (seja no caso de reformas ou obras de engenharia), pois, conforme robustos e fartos achados de jurisprudenciais e doutrinários colaciona-

dos nesta pesquisa, torna-se cristalino, que o legislador infraconstitucional ao estabelecer os limites a que se reportam os §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Públicos, não desconsiderou que os mesmos poderiam ser excedidos, faz inferir que a cautela legislativa visa tão somente coibir abusos ou excessos a desvirtuar o objeto licitado.

Frise-se ainda, que lógica quando da leitura dos dispositivos legais não devem ser feitas de forma estanque, mas considerar o conjunto, ou seja, onde a citada legislação esta inserida, o contexto e por fim, entender que existe um interesse impessoal e maior ser atendido. Assim, verifica-se que para extrapolar os limites fixados pela Lei nº. 8.666/93 a motivação administrativa esteja fundada na necessidade do atendimento do interesse público primário, no respeito ao objeto contratual originalmente pactuado e nos princípios do Direito Administrativo, resguardando-se os direitos dos contratados - aspecto técnico e equação econômico-financeira -, para garantir a segurança dos negócios jurídicos perfeitos celebrados no âmbito da administração pública.

REFERÊNCIAS

ALVIN, A.; ALVIN, E. A. & TAVOLARO, L. A. *Licitações e contratos administrativos – uma visão atual à luz dos tribunais de contas*. 1ª ed., Curitiba: Juruá, 2006.

AMARAL, A. C. C. *Ato administrativo, licitações e contratos administrativos*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1996.

BRASIL, Governo Federal. *Lei de licitações e contratos administrativos: Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993*, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 20 de março. 2013.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. *Consulta sobre a possibilidade de alteração de contrato administrativo em valor que excederia os limites estabelecidos na Lei n. 8.666/93*. Conhecimento. Esclarecimentos à autoridade consulente. Arquivamento. Decisão nº. 215/1999, Plenário, Ministro Relator: José Antônio B. de Macedo, DOU 21/05/1999. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=DECISAO-LEGADO-10401>>. Acesso em: 20.abr.2013.

_____ . *Levantamento de auditoria nas*

obras do Complexo Viário Jacu-Pêssego, em São Paulo. Determinações. Comunicações. Decisão nº. 211/2006, Relator: BENJAMIN ZYMLER, Brasília. Publicado no DOU: 01/03/2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-55591>>. Acesso em: 06.mai.2013.

DALLARI, A. A. *Parecer referente aos indícios de irregularidades em contrato do Levantamento de Auditoria nas obras do Complexo Viário Jacu-Pêssego, em São Paulo. Comunicações. Processo nº. 007.533/2005-1, de 27 de julho de 2005. Parecer Jurídico. Tribunal de Contas da União, Relator: BENJAMIN ZYMLER, fls. 896/922 - vol. 4, Brasília. Número do Acórdão: 211, Ano do Acórdão: 2006, Número da Ata: 08/2006, publicado no DOU: 01/03/2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight?key=ACORDAO-LEGADO-55591>>. Acesso em: 20.abr.2013.*

FURTADO, L. R. & CAVALCANTI, A. S. *Os Limites legais às alterações de contratos administrativos: possibilidade de extrapolação. Revista do Tribunal de Contas da União. R. TCU, Brasília, v. 30, n. 82, p. 17-24, out/dez - 1999.*

GUIMARÃES, F. V. *Alteração unilateral do contrato administrativo: interpretação de dispositivos da Lei nº. 8.666/1993. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.*

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13ª ed., São Paulo: Dialética, 2009.*

_____. *Parecer versando sobre modificações contratuais excedentes ao limite de 25% do valor original da contratação (art. 65, § 2º, da Lei 8.666). Consulta. Processo nº. 510/09-SRMM, de 27 de agosto de 2009. Parecer Jurídico. Secretaria da Região Metropolitana de Manaus, fls. 270/329, Manaus. Exarado em: ago.2009.*

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 15ª ed., São Paulo: Dialética, 2012.*

LEITE JÚNIOR, E. H. *Parecer referente acerca da possibilidade jurídica de se promover alteração nos termos originais execução dos serviços e obras de engenharia para a construção da ponte estaiada sobre o rio Negro. Consulta. Processo nº. 510/09-SRMM, de 27 de agosto de 2009. Parecer Jurídico. Secretaria da Região Metropolitana de Manaus, fls. 233/268, Manaus. Exarado em: jun.2009.*

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, C. A. B. de. *Extensão das alterações dos contratos administrativos: a questão dos 25%*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, v. 1, n. 6, p. 1-21, set - 2001.

_____. *Curso de direito administrativo*. 30ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTEIRO, Y. D. P. *Contrato administrativo - alterações qualitativas no objeto: cautelas necessárias*. BLC nº. 10, 2001. In: MOTTA, C. P. C. (2005). *Eficácia nas licitações e contratos: comentários, doutrina e jurisprudência*. 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey. p. 491. 2005.

PEREIRA JUNIOR, J. T. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública - Lei nº. 8.666/ 93*. 8ª ed., São Paulo: Renovar, 2009.

SUNDFELD, C. A. *Contratos administrativos - acréscimos de obras e serviços - alterações*. Revista Trimestral de Direito Público nº. 2, São Paulo: Malheiros, p. 152. 1992.

Precatório: aspectos práticos e interpretação jurisprudencial

Roberta Ferreira de Andrade Mota¹

1. INTRODUÇÃO

De acordo com a definição contida no sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça², precatórios são requisições de pagamento expedidas pelo Judiciário para cobrar de Municípios, Estados ou da União, assim como de autarquias e fundações, valores devidos após condenação judicial definitiva.

No âmbito estadual, expede-se precatório para pagamento de valores superiores a vinte salários mínimos³.

Os ofícios requisitórios são expedidos pelo juízo da execução e dirigidos ao Presidente do respectivo Tribunal, que requisita o pagamento ao Governador do Estado do Amazonas.

A Constituição Federal de 1988 proibiu a designação de casos ou pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para pagamento de precatórios, que deve ser feito exclusivamente na ordem cronológica de apresentação do ofício ao Presidente do Tribunal⁴.

Portanto, é a data do protocolo do ofício requisitório expedido pelo juízo da execução perante o respectivo Tribunal que estabelece a posição

1 Pós-Graduada Direito em Direito Processual Civil e Direito Tributário pela Universidade Federal do Amazonas – UFAM. Procuradora do Estado do Amazonas.

2 Fonte: www.cnj.jus.br/programas-e-acoess/precatorio.

3 Lei n. 2.748, de 04/09/2002, definiu como de pequeno valor os débitos iguais ou inferiores a vinte salários mínimos perante a Fazenda do Estado, quinze salários mínimos perante a Fazenda do Município de Manaus e dez salários mínimos perante a Fazenda dos demais Municípios do Estado.

4 Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.

do precatório na ordem cronológica de pagamento⁵, exceto se constatado equívoco de dados ou documentos, hipótese em que a data de apresentação será a do recebimento do ofício com as informações complementares⁶.

Para fins de inclusão no orçamento, a data final de apresentação é 1º de julho para pagamento no exercício seguinte⁷.

Desse modo, os ofícios requisitórios apresentados ao Tribunal entre 2 de julho de um ano até 1º de julho do ano seguinte serão incluídos no orçamento do ano vindouro, ou seja, os precatórios protocolados entre 02/07/2020 e 01/07/2021 compõem o orçamento de 2022 e os precatórios protocolados entre 02/07/2021 e 01/07/2022 compõem o orçamento de 2023.

Os valores devem ser depositados com atualização, nos termos do artigo 21 da Resolução n. 303/2019-CNJ.

2. NATUREZA DO CRÉDITO

A Constituição Federal definiu os créditos alimentares⁸, sendo considerados comuns os créditos que não se encaixam na definição de alimentar, por exclusão.

Assim, é alimentar o crédito que se destina ao sustento do credor e comum os demais tipos de crédito, de modo que o pagamento do crédito alimentar tem preferência sobre o crédito comum.

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, dando provimento ao recurso ordinário interposto pelo Estado do Amazonas, definiu que crédito decorrente de danos morais é de natureza comum, e não alimentar:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PRECATÓRIO JUDICIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E

5 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 12. O precatório, de acordo com o momento de sua apresentação, tomará lugar na ordem cronológica de pagamentos, instituída, por exercício, pela entidade devedora. § 1º Para efeito do disposto no caput do art. 100 da Constituição Federal, considera-se como momento de apresentação do precatório o do recimento do ofício perante o tribunal ao qual se vincula o juízo da execução.

6 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 7º (...) § 6º No caso de devolução do ofício ao juízo da execução por fornecimento incompleto ou equivocado de dados ou documentos, a data de apresentação será aquela do recebimento do ofício com as informações e documentação completas.

7 CF, art. 100 (...) § 5º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos, oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente.

8 CF, art. 100 (...) §1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo.

ESTÉTICOS. ART. 100, § 1º, DA CF/1988. CLASSIFICAÇÃO. CRÉDITO PRIORITÁRIO. DESCABIMENTO. APELO PROVIDO.

1. Ainda que o rol elencado no art. 100, § 1º, da CF/1988 seja meramente exemplificativo, a classificação de determinado crédito como de natureza alimentar não prescinde da identificação precípua de sua destinação básica, qual seja, o sustento do credor e da respectiva família. Esse critério, aliás, foi utilizado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 470.407/DF, ao incluir os honorários advocatícios no conceito de verba alimentar.

2. A indenização por danos morais apresenta cunho extrapatrimonial e, portanto, não pode ser caracterizada como crédito de natureza alimentar. Isso porque a referida verba remunera a dor subjetiva da vítima. Logo, não se destina primordialmente à subsistência do credor.

3. A ampliação indevida pelos beneficiários da regra contida no § 1º do art. 100 da Constituição Federal pode comprometer a própria eficácia do mencionado normativo, conferindo caráter ordinário a um regramento constitucional que tem por escopo, justamente, atender situações de urgência ou de premente necessidade.

4. Desse modo, merece ser anulada a decisão do Presidente do Tribunal de origem que determinou o processamento prioritário de precatório judicial expedido para o pagamento de indenização por danos morais e estéticos.

5. Recurso ordinário em mandado de segurança a que se dá provimento.

RMS 52676/AM. T2. Min. Og Fernandes. DJe 21/03/18. (grifos não originais)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 2/STJ. PRECATÓRIO. PREFERÊNCIA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NATUREZA ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO.

RMS 54252/AM. Rel. Min. Mauro Campbell Marques. DJe 12/08/20. (decisão monocrática)

Desse modo, quando a condenação se referir apenas a danos morais, deve ser impugnada a classificação do crédito como alimentar.

Todavia, quando a condenação incluir parcelas vencidas de pensão durante o curso do processo, além dos danos morais, devem ser expedidos dois precatórios distintos, nos termos do § 4º do artigo 7º da Resolução n. 303 do CNJ⁹.

3. PARCELA PREFERENCIAL

Dentro da categoria alimentar, ainda há o crédito preferencial¹⁰, limitado ao triplo do valor definido como obrigação de pequeno valor, ou seja, até sessenta salários mínimos no âmbito estadual.

A Resolução n. 303/2019-CNJ trouxe como novidade o pagamento da parcela superpreferencial no âmbito do juízo da execução, porém uma liminar concedida na ADI 6556 suspendeu os §§ 3º e 7º do artigo 9º¹¹.

Assim, o pagamento da parcela preferencial voltou à sistemática anterior, sendo antecipado no mesmo orçamento do precatório.

O § 2º do artigo 100 da CF exige o preenchimento dos seguintes requisitos:

a) ser o crédito de natureza alimentar, ou seja, a parcela preferencial não pode ser deferida ao credor do crédito de natureza comum, nos termos do entendimento firmado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA NO RECEBIMENTO DE PRECATÓRIO DE NATUREZA COMUM POR IDOSO OU POR

9 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 7º (...)

§ 4º. Sendo o exequente titular de créditos de naturezas distintas, será expedida uma requisição para cada tipo, observando-se o disposto nos § 1º, 2º e 3º deste artigo.

10 CF, art. 100. § 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares, originários ou por sucessão hereditária, tenham 60 (sessenta) anos de idade, ou sejam portadores de doença grave, ou pessoas com deficiência, assim definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório.

11 Resolução 303/2019-CNJ. Art. 9º (...)

§ 3º Deferido o pedido, o juízo da execução expedirá a requisição judicial de pagamento, distinta de precatório, necessária à integral liquidação da parcela superpreferencial, limitada ao valor apontado no caput deste artigo.

(...)

§ 7º Adquirindo o credor a condição de beneficiário depois de expedido o ofício precatório, ou no caso de expedição sem o prévio pagamento na origem, o benefício da superpreferência será requerido ao juízo da execução, que observará o disposto nesta Seção e comunicará ao presidente do tribunal sobre a apresentação do pedido e seu eventual deferimento, solicitando a dedução do valor fracionado.

PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO TEXTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE.

1. Para a obtenção da preferência no pagamento de precatório, faz-se necessária a conjugação dos requisitos constantes do art. 100, §2º, da Constituição Federal, ou seja, dívida de natureza alimentar e titular idoso ou portador de doença grave. Portanto, a interpretação extensiva levada a efeito pela Corte de origem não encontra amparo no texto constitucional.

2. Agravo interno não provido.

AgInt no RMS 59676/RO. T1. Min. Benedito Gonçalves. DJe 11/09/19.

b) ser o titular do crédito maior de 60 anos, portador de doença grave ou pessoa com deficiência, assim definidos na forma da lei, na data da expedição de precatório¹². A Resolução n. 303/2019-CNJ assim dispôs:

Art. 11. Para os fins do disposto nesta Seção, considera-se:

I – idoso, o exequente ou beneficiário que conte com sessenta anos de idade ou mais, antes ou após a expedição do ofício precatório;

II – portador de doença grave, o beneficiário acometido de moléstia indicada no inciso XIV do art. 6 da Lei n 7.713, de 22 de dezembro de 1988, com a redação dada pela Lei n 11.052, de 29 de dezembro de 2004, ou portador de doença considerada grave a partir de conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após o início do processo; e

III – pessoa com deficiência, o beneficiário assim definido pela Lei n 13.146, de 6 de julho de 2015¹³.

Em relação ao portador de doença grave, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de impossibilidade de interpreta-

12 Isenção do imposto de renda para servidor público portador de moléstia grave: é taxativo o rol do artigo 6º da lei 7.713/88, alterado pela lei 11.052/2004 (REsp 1116620/BA. S1. Min. Luiz Fux. DJe 25/08/10. DECTRAB 194/19) Recurso repetitivo – tema 250.

13 Lei n. 13.146/2015. Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

ção extensiva do texto constitucional, tanto em relação à natureza do crédito, quanto em relação à composição da verba:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. INTERPRETAÇÃO DO § 2º DO ARTIGO 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DIREITO DE PREFERÊNCIA NO RECEBIMENTO DE PRECATÓRIO DE NATUREZA COMUM POR IDOSO OU POR PORTADOR DE DOENÇA GRAVE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO TEXTO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

RMS 54069/GO. T1. Min. Benedito Gonçalves. DJe 21/11/19.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC NÃO CONFIGURADA. IMPOSTO DE RENDA. PORTADORES DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º, XIV, DA LEI 7.713/1988. ISENÇÃO SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA E PENSÃO. INTERPRETAÇÃO LITERAL. ART. 111, II, DO CTN. INCLUSÃO DE DIFERENÇAS SALARIAIS, RECONHECIDAS JUDICIALMENTE EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. NÃO INCLUSÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. PREJUDICIALIDADE.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC.
2. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de que o Imposto de Renda não incide sobre os proventos de aposentadoria ou pensão percebidos por portadores de moléstias graves nos termos do art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988.
3. Dois são os requisitos para a isenção: a) subjetivo: que o contribuinte seja portador de uma das doenças listadas na norma tributária (art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988) e b) objetivo: que a verba percebida corresponda à aposentadoria ou pensão, ainda que a doença seja superveniente ao ato de transferência para a inatividade laboral.
4. A norma do art. 111, II, do CTN desautoriza a possibilidade de alargar a interpretação da norma isentiva para alcançar remuneração de outra natureza (in casu, crédito decorrente de diferenças salariais, reconhecido judicialmente em Reclamatória Trabalhista), ainda que disponibilizada no período no qual o contribuinte já esteja no gozo da isenção.

5. Aplicada a orientação jurisprudencial do STJ no caso concreto, fica prejudicado o conhecimento do recurso pela alínea “c”.

6. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

REsp 1825124/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 11/10/2019.

No mesmo sentido: REsp 1729087/AL. T2. Min. Herman Benjamin. DJe 25/05/18.

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. ISENÇÃO. SERVIDOR PÚBLICO EM ATIVIDADE, PORTADOR DE MOLÉSTIA GRAVE. ART. 6º DA LEI 7.713/88. BENEFÍCIO RECONHECIDO A PARTIR DA APOSENTADORIA.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a isenção prevista no art. 6º, XIV, da Lei 7.713/1988 incide somente sobre os rendimentos da inatividade, não se aplicando sobre o que recebido na ativa.

2. Recurso Especial provido.

REsp 1535025/AM, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015.

No tocante à doença, o rol legal compreende as seguintes doenças:

- a) tuberculose ativa;
- b) alienação mental;
- c) neoplasia maligna;
- d) cegueira;
- e) esclerose múltipla;
- f) hanseníase;
- g) paralisia irreversível e incapacitante;
- h) cardiopatia grave;
- i) doença de Parkinson;
- j) espondiloartrose anquilosante;
- l) nefropatia grave;
- m) estado avançado da doença de Paget (osteíte deformante);
- n) contaminação por radiação;

- o) síndrome da deficiência imunológica adquirida (AIDS);
- p) hepatopatia grave;
- q) moléstias profissionais.

Sucedem que, não tendo enquadramento no rol legal, a doença pode ser considerada grave “a partir de conclusão da medicina especializada”, nos termos do artigo 11-II da Resolução n. 303/2019-CNJ.

Assim sendo, na hipótese da doença se enquadrar no rol legal, desde que devidamente descrita em laudo médico, é preciso que o precatório se refira a proventos de aposentadoria, pensão ou reserva/reforma (militar). Também são isentos os proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional.

De acordo com o site da Receita Federal (<https://receita.economia.gov.br/orientacao/tributaria/isencoes/irpf/molestia-grave>), não gozam de isenção:

I - os rendimentos decorrentes de atividade empregatícia ou de atividade autônoma, isto é, se o contribuinte for portador de uma moléstia, mas ainda não se aposentou;

II - os rendimentos decorrentes de atividade empregatícia ou de atividade autônoma, recebidos concomitantemente com os de aposentadoria, reforma ou pensão;

III - Os valores recebidos a título de resgate de entidade de previdência complementar, Fapi ou PGBL, que só poderá ocorrer enquanto não cumpridas as condições contratuais para o recebimento do benefício, por não configurar complemento de aposentadoria, estão sujeitos à incidência do IRPF, ainda que efetuado por portador de moléstia grave.

Portanto, diferenças salariais em geral, decorrentes de remuneração de servidor/militar ativo, não geram direito à isenção do imposto de renda e, conseqüentemente, à antecipação da parcela preferencial (vide AgRg no REsp 1349674/PE. T2. Min. Mauro Campbell Marques. DJe 10/12/12).

A parcela preferencial só pode ser antecipada uma vez em cada precatório, porém se o credor tiver mais de um precatório no mesmo exercício, pode receber em cada um deles, nos termos do entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO PREFERENCIAL. PESSOA IDOSA. INCLUSÃO. PAGAMENTO DE MAIS DE UM CRÉDITO NO MESMO EXERCÍCIO ORÇAMENTÁRIO. POSSIBILIDADE.

1. Para fins de inclusão na lista de credores a serem contemplados com a antecipação do crédito humanitário, o art. 100, § 2º, da CF/1988 exige que o débito seja de natureza alimentícia e o titular do crédito seja maior de 60 (sessenta) anos de idade, na data de expedição do precatório, ou portador de doença grave.

2. A despeito de o comando constitucional estabelecer que o limitador quantitativo do pagamento com preferência seria o valor equivalente ao triplo do fixado para a RPV, a jurisprudência desta Corte vem entendendo que “o limite previsto pelo art. 100, § 2º, da CF/88 deve incidir em cada precatório isoladamente, sendo incogitável extensão a todos os títulos do mesmo credor. Dessarte, ainda que o mesmo credor preferencial tenha vários precatórios contra o mesmo ente público, terá direito à preferência em todos eles, respeitado o limite referido em cada um isoladamente. Tanto é assim que o dispositivo constitucional fala em ‘fracionamento’, e tal termo só pode ser empregado em referência a um único precatório”. (AgRg no RMS 46.197/RO, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 10/9/2015).

3. Agravo interno desprovido.

AgInt no RMS 44792/RO. T1. Min. Gurgel de Faria. DJe 02/08/19.

4 . DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Em relação aos honorários sucumbenciais, quando a natureza do crédito for comum, devem ser expedidos precatórios distintos: verba comum da parte e verba alimentar do advogado.

No tocante aos honorários contratuais, o entendimento do Colendo Supremo Tribunal Federal é no sentido da impossibilidade de fracionamento para recebimento em apartado do crédito principal¹⁴ (vide também: ARE

14 EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS EM AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LITISCONSÓRCIO SIMPLES FACULTATIVO. EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FRACIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. O Supremo Tribunal Federal, ao realizar o julgamento conjunto dos ARE 797.499-AgR-EDv, RE 919.793-AgR-EDv, RE 930.251-AgR-EDv e RE 919.269-AgR-EDv, deu provimento aos embargos de divergência para determinar que a execução dos ho-

1207892 AgR/DF. T2. Min. Cármen Lúcia. DJe 24/10/19. No mesmo sentido: RE 1037387 AgR/RS. T2. Min. Gilmar Mendes. DJe 09/12/19).

Assim, é possível o recebimento dos honorários sucumbenciais apartados do crédito principal, por constituir direito autônomo do advogado, mediante expedição de RPV ou Precatório em nome do advogado, conforme o valor¹⁵. Todavia, os honorários contratuais não podem ser destacados do crédito principal para recebimento em apartado e terão a mesma natureza do crédito principal.

Neste sentido, assim dispôs a Portaria n. 1993/2020-TJ/AM:

Art. 3.º – O ofício precatório será elaborado individualmente, por beneficiário, salvo no caso de penhora, honorário contratual ou cessão parcial de crédito, hipóteses em que os correspondentes valores deverão ser somados ao do beneficiário originário, conforme preconiza o art. 7.º da Resolução n.º 303, de 18 de dezembro de 2019, do Conselho Nacional de Justiça¹⁶.

De igual forma, a Resolução n. 303/2019-CNJ estabeleceu:

Art. 8.º O advogado fará jus à expedição de ofício precatório autônomo em relação aos honorários sucumbenciais.

(...)

§ 2º. Cumprido o artigo 22, § 4º, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, a informação quanto ao valor dos honorários contratuais integrará o precatório, realizando-se o pagamento da verba citada mediante dedução da quantia a ser paga ao beneficiário principal da requisição.

norários advocatícios ocorra de forma una e indivisa. 2. Por outro lado, esta Corte firmou o entendimento no sentido de que a execução de valores singularizados a integrantes de litisconsórcio facultativo não viola o § 8º do art. 100 da Constituição (RE 568.645-RG, Rel.ª Min.ª Cármen Lúcia). 3. O acórdão proferido pelo Tribunal de origem divergiu parcialmente desses entendimentos. 4. Embargos de declaração acolhidos, com excepcional atribuição de efeitos modificativos, a fim de prover o agravo interno, de modo a dar parcial provimento ao recurso extraordinário para determinar que a execução dos honorários advocatícios se dê de forma una e indivisa. RE 517.385 AgR-ED/RS. T1. Min. Roberto Barroso. DJe 09/10/19.

15 Súmula Vinculante 47/STF: “Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza”.

16 Art. 7º. Os ofícios precatórios serão elaborados individualmente, por beneficiário.
§ 1º Não se observará o disposto no caput deste artigo em caso de penhora, **honorário contratual** ou cessão parcial de crédito, hipóteses em que **os correspondentes valores deverão ser somados ao do beneficiário originário**, (grifos não originais)

O precatório expedido em nome da sociedade de advogados não faz jus à parcela preferencial¹⁷, nem sofre incidência de imposto de renda e contribuição previdenciária.

Por isso, a alteração da titularidade da pessoa física do advogado para a pessoa jurídica deve ocorrer antes da expedição do Precatório¹⁸, sob pena de prevalecer a origem do crédito e do sujeito passivo originário para efeito de tributação¹⁹, uma vez que o Colendo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Tema 361, decidiu, em repercussão geral, que “a cessão de crédito não implica a alteração da natureza” (RE 631.537. Pleno. Min. Marco Aurélio. DJe 03/06/2020).

Quanto ao imposto de renda, a sua incidência se dá apenas sobre os honorários sucumbenciais de precatório expedido em favor do advogado²⁰, na forma simples, que pode ser calculado no sítio eletrônico da Receita Federal.

5. REVISÃO DOS CÁLCULOS

A Resolução n. 303/2019-CNJ assim estabeleceu:

Art. 26. Não se cuidando de revisão de ofício pelo presiden-

-
- 17 CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRECATÓRIO. PREFERÊNCIA. ART. 100, §2º, DA CARTA MAGNA. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. PREFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO REFERENTE À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ADI 4425/DF. IMPOSSIBILIDADE DE CONFUSÃO ENTRE A PESSOA JURÍDICA E A FÍSICA. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL DO STJ. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. (...) RMS 41820/PA. T2. Min. Humberto Martins. DJe 24/11/15.
- 18 ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECATÓRIO. CRÉDITO FORMADO EM NOME DA PESSOA FÍSICA DO ADVOGADO. POSTULADA ALTERAÇÃO DA TITULARIDADE DE PRECATÓRIO, QUANDO DO PAGAMENTO DA REQUISIÇÃO. SOCIEDADE DE ADVOGADOS QUE NÃO CONSTA DA PROCURAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. ART. 85, § 15, DO CPC/2015. PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA DE IMPOSTO DE RENDA PREVISTA PARA PESSOA JURÍDICA, QUANDO DO PAGAMENTO DO PRECATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DESTA CORTE, EM CASO ANÁLOGO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPROVIDO. (...) RMS 57.744/MG, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 09/06/2020.
- 19 RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. PAGAMENTO DE PRECATÓRIO JUDICIAL OBJETO DE CESSÃO DE CRÉDITO. ALÍQUOTA APLICÁVEL. NATUREZA DO CRÉDITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$ 3.000,00. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATORIO DOS AUTOS. RECURSO ESPECIAL DOS CONTRIBUINTES DESPROVIDO. (...) REsp 1405296/AL, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2017, DJe 28/09/2017;
- 20 PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PRECATÓRIOS. RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA SOBRE HONORÁRIOS CONTRATUAIS. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PREVISÃO LEGAL. PRECEDENTES.
1. O Superior Tribunal de Justiça assentou jurisprudência no sentido de que a previsão do artigo 46, caput, da Lei n. 8.541/1998, relativamente à retenção em fonte do Imposto de Renda incidente sobre os rendimentos pagos em cumprimento de decisão judicial, alcança o pagamento de honorários advocatícios que sejam decorrentes de decisão judicial. Precedentes.
 2. Os honorários contratuais, por sua natureza, não se enquadram na previsão legal do art. 46, § 1º, II, da Lei n. 8.541/1992, norma referente aos honorários de sucumbência, os quais são os rendimentos efetivamente pagos em cumprimento de decisão judicial. Precedentes.
 3. Agravo interno não provido.
- (AgInt no REsp 1862786/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/11/2020, DJe 27/11/2020).

te do tribunal ou determinada pela Corregedoria Nacional de Justiça, o pedido de revisão de cálculos fundamentado no art. 1º-E da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, será apresentado ao presidente do tribunal quando o questionamento se referir a critérios de atualização monetária e juros aplicados após a apresentação do ofício precatório.

§ 1º O procedimento de que trata o *caput* deste artigo pode abranger a apreciação das inexatidões materiais presentes nas contas do precatório, incluídos os cálculos produzidos pelo juízo da execução, não alcançando, sob qualquer aspecto, a análise dos critérios de cálculo.

§ 2º Tratando-se de questionamento relativo a critério de cálculo judicial, assim considerado aquele constante das escolhas do julgador, competirá a revisão da conta ao juízo da execução.

Art. 27. Em qualquer das situações tratadas no art. 26, constituem-se requisitos cumulativos para a apresentação e processamento do pedido de revisão ou impugnação do cálculo:

a) o requerente apontar e especificar claramente quais são as incorreções existentes nos cálculos, discriminando o montante que entende correto e devido;

b) a demonstração de que o defeito no cálculo se refere à incorreção material ou a fato superveniente ao título executivo, segundo o Código de Processo Civil; e

c) a demonstração de que não ocorreu a preclusão relativamente aos critérios de cálculo aplicados na elaboração da conta de liquidação na fase de conhecimento, liquidação, execução ou cumprimento de sentença, nos termos dos arts. 507 e 508 do Código de Processo Civil.

§ 1º Ao procedimento de revisão de cálculo, aplica-se o contraditório e a ampla defesa, autorizado o pagamento de parcela incontroversa.

§ 2º Havendo impugnação ou pedido de revisão de parte do crédito, o precatório será atualizado pelo seu valor integral conforme a metodologia de que se valeu o impugnante, devendo a parcela não controvertida ser paga segundo a cronologia de rigor.

§ 3º Decidida a impugnação ou o pedido de revisão, sobre os valores ainda não liberados e reconhecidos como devidos, in-

cidirão, além de correção monetária, juros de mora a cargo do ente devedor desde a data em que deveria ter sido integralmente pago o precatório, excluído, no caso dos juros, o período da graça constitucional.

Art. 28. Erro ou inexatidão material abrange a incorreção detectada na elaboração da conta decorrente da inobservância de critério de cálculo adotado na decisão exequenda, assim também considerada aquela exarada na fase de cumprimento de sentença ou execução.

No entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o erro de cálculo constitui matéria de ordem pública:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. PRECATÓRIO. REALIZAÇÃO DE NOVOS CÁLCULOS. INEXATIDÕES MATERIAIS. ART. 461, I DO CPC. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA À COISA JULGADA. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. É possível a revisão de cálculo em sede de precatório na hipótese em que se constata a existência de erro material. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp. 1.175.999/PR, Rel. Min. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 4.8.14; e AgRg no REsp. 1.289.419/CE, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 2.8.2012.

2. Agravo Interno dos Particulares a que se nega provimento. AgInt no AREsp 504.184/RJ. T1. Min. Napoleão Nunes Maia Filho. DJe 01/04/2019. (grifos não originais)

AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÕES NÃO DEDUZIDAS NAS CONTRARRAZÕES. INOVAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC/1973. INEXISTÊNCIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. ERRO MATERIAL DE CÁLCULO PASSÍVEL DE CORREÇÃO. PRECEDENTES. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. É defeso suscitar teses que não foram aventadas nas contrarrazões do recurso especial por consistir em inadmissível inovação recursal.

2. Quanto à insurgência relativa à inexistência de violação ao art. 535 do CPC/1973, a parte agravante carece de interesse recursal, pois a decisão monocrática não reconheceu a referida violação alegada pela parte ora agravada, estando no mesmo sentido da pretensão da parte agravante.

3. Esta Corte Superior possui jurisprudência no sentido de que “os erros de cálculo são passíveis de correção em qualquer tempo, de ofício ou a requerimento da parte, sem que isso importe em violação a coisa julgada, quando constatadas inconsistências de ordem material na elaboração dos cálculos, com a efetiva necessidade de correção” (AgRg no AREsp 113.266/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 6/11/2015).

4. Agravo interno não provido.

AgInt nos EDcl no REsp 1.384.547/MT. T4. Min. Luis Felipe Salomão. DJe 23/08/2019. (grifos não originais)

Entretanto, a Corte Superior também faz distinção entre erro de cálculo e critério de cálculo, a respeito do qual se opera a preclusão:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AUTOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO NA ORIGEM - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECLAMO. INSURGÊNCIA DOS AGRAVANTES.

1. Conforme a jurisprudência deste Tribunal Superior, o erro passível de correção a qualquer tempo é somente o material, ou seja, o erro de cálculo evidente, de modo que, por outro lado, os critérios de cálculo utilizados na liquidação da sentença são passíveis de preclusão se não impugnados oportunamente. Incidência da Súmula 83/STJ.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1561774/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 24/09/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CÁLCULO FIXADOS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECLUSÃO. ERRO MATERIAL. INEXISTÊNCIA.

1. A jurisprudência desta Corte Superior orienta que o erro de cálculo que autoriza a aplicação do art. 463 do CPC/1973 para correção a qualquer tempo “é aquele evidente, decorrente de simples equívoco aritmético ou inexatidão material, e não o erro relativo aos critérios de fixação de cálculo” (AgRg nos EDcl no AREsp 615.791/RS, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe 23/10/2015). Precedentes.

2. Hipótese em que a Corte local afirmou que houve preclusão quanto à discussão dos cálculos para a execução diante da não impugnação tempestiva da conta apresentada e que seria descabida a aplicação do art. 463, I, do CPC/1973 na espécie por não se pleitear correção de erro material decorrente de simples equívoco aritmético, mas de alteração de elementos ou critérios de fixação dos cálculos, consignando, ainda, que os cálculos promovidos na liquidação respeitaram os exatos termos do acórdão executado.

3. Contexto em que o conhecimento do recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, pois Tribunal a quo, atento ao conjunto fático-probatório, decidiu em conformidade com o entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1051154/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019)

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO COMPLEMENTAR. ERRO SOBRE CRITÉRIOS DE CÁLCULO. PRECLUSÃO.

1. Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Embora esta Corte reconheça que o erro material de cálculo é cognoscível a qualquer tempo, independentemente de coisa julgada, também é firme a orientação de que só se considera erro de cálculo aquele derivado de simples cálculo aritmético ou inexatidão material, o que não se amolda ao caso dos autos, em que a Corte de origem afirma a existência de erro acerca dos critérios de cálculo utilizados. Precedentes.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EDcl no REsp 1518739/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/12/2019, DJe 19/12/2019)

A novidade trazida pela Resolução n. 303/2019-CNJ foi a possibilidade de arguição da revisão de cálculo perante o juízo da execução, nas hipóteses de inobservância de critério de cálculo, assim considerado aquele constante das escolhas do julgador, sobre o qual se opera a preclusão, se não arguido a tempo e modo na fase própria.

Restou reservada ao Presidente do Tribunal a competência para apreciar os critérios de atualização monetária e juros aplicados após a apresentação do ofício precatório, incluídas as inexatidões materiais presentes nas contas do precatório, mas não abrangidos os critérios de cálculo.

Talvez na tentativa de esclarecer a diferença, a Resolução n. 303/2019-CNJ estabeleceu que erro ou inexatidão material abrange a incorreção detectada na elaboração da conta decorrente da inobservância de critério de cálculo adotado na decisão exequenda, o que parece contradizer o entendimento acima do Superior Tribunal de Justiça.

Enfim, caberá ao julgador decidir se a matéria arguida constitui erro ou inexatidão material referente a critério de cálculo.

6 . ENCARGOS INCIDENTES SOBRE O CRÉDITO

A Resolução n. 303/2019-CNJ exige, no ofício requisitório a ser expedido pelo r. juízo da execução, a indicação dos encargos incidentes sobre o crédito:

Art. 6º No ofício precatório constarão os seguintes dados e informações:

(...)

XI – o número de meses – NM a que se refere à conta de liquidação e o valor das deduções da base de cálculo, caso o valor tenha sido submetido à tributação na forma de rendimentos recebidos acumuladamente RRA, conforme o art. 12-A da Lei n 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

XII – o órgão a que estiver vinculado o empregado ou servidor público, civil ou militar, da administração direta, quando se tratar de ação de natureza salarial, com a indicação da condição de ativo, inativo ou pensionista, caso conste dos autos; e

XIII – quando couber, o valor: a) das contribuições previdenciárias, bem como do órgão previdenciário com o respectivo CNPJ; b) da contribuição para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS; e c) de outras contribuições devidas, segundo legislação do ente federado.

No âmbito da Justiça do Trabalho amazonense, a planilha de cálculo já indica a incidência da contribuição previdenciária e do imposto de renda, quando cabível.

Na Justiça comum, é possível identificar as seguintes situações:

a) condenação apenas nas parcelas do FGTS: não incide contribuição previdenciária, nem imposto de renda (artigo 15 da Lei n. 8036/90);

b) quanto às demais parcelas oriundas do contrato temporário (saldo de salário, 13º proporcional, horas extras trabalhadas²¹), incide INSS (artigo 214, § 6º, do Decreto n. 3048/99) e IR (simples, observada a faixa da tabela de incidência do imposto de renda disponível no site), exceto verbas indenizadas (férias não gozadas – artigo 28, § 9º, *d* da Lei n. 8212/91²²);

c) férias e licença especial não gozadas cobradas pelo servidor aposentado: não incide contribuição previdenciária²³, nem imposto de renda, nos termos das Súmulas 125²⁴ e 136²⁵ do STJ;

21 Súmula 463/STJ: Incide imposto de renda sobre os valores percebidos a título de indenização por horas extraordinárias trabalhadas, ainda que decorrentes de acordo coletivo.

22 Súmula 386/STJ: São isentas de imposto de renda as indenizações de férias proporcionais e o respectivo adicional. (REsp 1111223/SP. S1. Min. Castro Meira. DJe 04/05/09. DECTRAB 186/265. RSSTJ 35/323) Recurso repetitivo – tema 121.

23 Não incide contribuição previdenciária na indenização de licença prêmio e férias não gozadas: AgRg no Ag1181310/MA. T2. Min. Eliana Calmon. DJe 26/08/10.

24 Súmula 125/STJ: O pagamento de férias não gozadas por necessidade do serviço não está sujeito à incidência do imposto de renda.

25 Súmula 136/STJ: O pagamento de licença-prêmio não gozada por necessidade do serviço não está sujeito ao imposto de renda.

d) abono de permanência: incide imposto de renda²⁶;

e) danos morais e parcelas da pensão vencidas durante o curso do processo: não incide contribuição previdenciária, nem imposto de renda, nos termos da Súmula 498 do STJ²⁷;

f) danos materiais em geral (por exemplo: indenização decorrente de acidente de trânsito, multa processual por descumprimento de liminar): não incide contribuição previdenciária, nem imposto de renda;

g) diferenças salariais (gratificação de curso, promoção de militar, parcela de quintos) de servidor público ativo concursado: incide contribuição previdenciária e imposto de renda (RRA conforme meses abrangidos pela condenação);

h) diferenças salariais de servidor de cargo comissionado: incide INSS e IR (RRA conforme meses abrangidos pela condenação);

i) servidor inativo: a contribuição previdenciária incidirá apenas sobre a parcela dos proventos que supere o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social de que trata o artigo 201 da Constituição Federal (Lei Complementar n. 30, de 27/12 2001, artigo 50-II).

Tanto a contribuição previdenciária quanto o imposto de renda incidem apenas sobre o valor corrigido (sem juros), uma vez que o STF, ao apreciar o Tema 808 (RE 855.091²⁸), decidiu que o artigo 16, parágrafo único, da Lei 4.506/64²⁹, não foi recepcionado pela CF.

Registre-se que o STJ já havia apreciado o tema em recurso repetitivo, tendo decidido que não incide imposto de renda sobre juros de mora legais vinculados a verbas trabalhistas reconhecidas em decisão judicial (EDcl no REsp 1227133/RS. S1. Min. Cesar Asfor Rocha. DJe 02/12/11. DECTRAB 210/66 – Tema 470).

Contudo, do ponto de vista operacional, eventual retenção a maior pode ser recebida pelo contribuinte quando do ajuste anual, nos termos do artigo 20 da IN RFB 1717/2017:

Art. 20. Não ocorrendo a devolução prevista no art. 18 ou a dedução nos termos do art. 19, a restituição do indébito de

26 Tema 424 (recurso repetitivo): incide imposto de renda sobre o abono de permanência (CF, art. 40, § 19; EC 41/2003, art. 2º, § 5º, e art. 3º, § 1º; Lei 10.887/2004, art. 7º) (REsp 1192556/PE. S1. Min. Mauro Campbell Marques. DJe 06/09/10).

27 Súmula 498/STJ: Não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.

28 Foi fixada a seguinte tese: "Não incide imposto de renda sobre os juros de mora devidos pelo atraso no pagamento de remuneração por exercício de emprego, cargo ou função".

29 Serão também classificados como rendimentos de trabalho assalariado os juros de mora e quaisquer outras indenizações pelo atraso no pagamento das remunerações previstas neste artigo.

imposto sobre a renda retido sobre rendimentos sujeitos ao ajuste anual, bem como a restituição do indébito de imposto sobre a renda pago a título de recolhimento mensal obrigatório (carnê-leão) ou de recolhimento complementar será requerida pela pessoa física à RFB exclusivamente mediante a apresentação da DIRPF.

Quando houver abatimento dos honorários contratuais, extraídos do valor devido à parte, a base de cálculo da incidência do IR e da contribuição previdenciária da parte será o valor total da condenação (sem abatimento).

Assim é que a Resolução n. 303/2019-CNJ dispôs:

Art. 7º Os ofícios precatórios serão elaborados individualmente, por beneficiário.

§ 1º Não se observará o disposto no caput deste artigo em caso de penhora, honorário contratual ou cessão parcial de crédito, hipóteses em que os correspondentes valores deverão ser somados ao do beneficiário originário.

Art. 8º O advogado fará jus à expedição de ofício precatório autônomo em relação aos honorários sucumbenciais.

(...)

§ 2º Cumprido o art. 22, § 4º, da Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, a informação quanto ao valor dos honorários contratuais integrará o precatório, realizando-se o pagamento da verba citada mediante dedução da quantia a ser paga ao beneficiário principal da requisição.

Art. 36. Na cessão de crédito e na compensação, a retenção de tributos observará o disposto na legislação em vigor na data do pagamento.

Parágrafo único. As contribuições previdenciárias e o recolhimento do FGTS não sofrem alterações em razão da cessão de crédito, penhora ou destaque de honorários contratuais.

Merece destaque o entendimento manifestado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os honorários contratuais são destacados do valor líquido a ser recebido pelo cliente (credor do precatório), ou seja, após os descontos:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS. RESERVA DO PERCENTUAL. OMISSÃO DO CONTRATO. BASE DE INCIDÊNCIA. VALOR LÍQUIDO RECEBIDO PELO CLIENTE.

1. É pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que “a alegação de inobservância de regras de distribuição processual entre os órgãos fracionários de um Tribunal constitui nulidade relativa que deve ser arguida pela parte interessada na primeira oportunidade, sob pena de preclusão” (REsp 1.370.263/MG, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 25/09/2014).

2. Dispõe a Lei n. 8.906/94 que “se o advogado fizer juntar aos autos o seu contrato de honorários antes de expedir-se o mandado de levantamento ou precatório, o juiz deve determinar que lhe sejam pagos diretamente, por dedução de quantia a ser recebida pelo constituinte, salvo se este provar que já as pagou” (§ 4º do art. 22).

3. Realizada as exigências da habilitação, há direito potestativo do advogado em receber os seus honorários, nos termos em que contratados, decotando-se diretamente do crédito a ser auferido pelo vencedor.

4. No tocante à base de cálculo, na omissão do contrato, a dedução dos honorários deverá ocorrer de acordo com a quantia efetivamente recebida pelo cliente, ou seja, sobre seu valor líquido. Deveras, o destaque da remuneração do advogado dar-se-á após a exata definição do crédito a ser recebido pelo credor, posteriormente ao desconto dos consectários legais.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1376513/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 22/11/2017)

7. CONCLUSÃO

Sem a pretensão de esgotar o tema, o objetivo foi abordar aspectos práticos dos precatórios, diante da nova Resolução n. 303, editada pelo Conselho Nacional de Justiça em 18/12/2019, com vigência a partir de 2020³⁰,

30 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 87. Esta Resolução entre em vigor na data de 1º de janeiro de 2020, revogando-se as

e apresentar a interpretação do Colendo Superior Tribunal de Justiça sobre as questões arguidas.

A Resolução n. 303/2019-CNJ atribuiu ao Presidente do Tribunal as seguintes competências:

- a) aferir a regularidade formal do precatório;
- b) organizar e observar a ordem de pagamento dos créditos, nos termos da CF;
- c) registrar a cessão de crédito e a penhora, quando comunicado sobre sua ocorrência;
- d) decidir sobre impugnação aos cálculos do precatório e o pedido de sequestro, nos termos da Resolução;
- e) processar e pagar o precatório, observando a legislação pertinente e as regras estabelecidas na Resolução; e
- f) velar pela efetividade, moralidade, impessoalidade, publicidade e transparência dos pagamentos.

Ao juízo da execução, ficou reservada a prática de atos decisórios sobre revisão de critério de cálculo³¹, diferenças de utilização de índices de correção monetária e juros³², penhora³³ e até cessão de crédito, em havendo delegação do presidente³⁴.

Os elementos contidos no ofício precatório expedido pelo juízo da execução estabelecem os critérios para atuação do presidente, ao indicar a natureza do crédito, o valor corrigido e os juros, bem como a data-base, dentre outros previstos no artigo 6º da Resolução n. 303/2019-CNJ, de modo que a correção do erro deve ser requerida ao juízo da execução, quando da intimação prevista no § 5º do artigo 7º da Resolução n. 303/2019-CNJ³⁵.

Ao Presidente caberá apenas a correção de erro de digitação, assim considerado o decorrente de desconformidade da informação contida no precatório com o processo originário, nos termos do § 7º do artigo 7º da Resolução n. 303/2019-CNJ.

Resoluções nº 115, de 29 de junho de 2010, nº 123, de 09 de novembro de 2010 e nº 145, de 02 de março de 2012.

31 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 26 (...) § 2º Tratando-se de questionamento relativo a critério de cálculo judicial, assim considerando aquele constante das escolhas do julgador, competirá a revisão da conta ao juízo da execução.

32 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 23. Eventuais diferenças decorrentes da utilização de outros índices de correção monetária e juros que não os indicados neste capítulo, constantes ou não do título executivo, deverão ser objeto de decisão do juízo da execução e, sendo o caso, autorizada a expedição de novo precatório.

33 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 37. A penhora de créditos será solicitada pelo juízo interessado diretamente ao juízo da execução responsável pela elaboração do ofício precatório, que estabelecerá a ordem de preferência em caso de concurso, independentemente de ter sido apresentada a requisição de pagamento ao tribunal.

34 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 45. (...) § 3º O presidente do tribunal poderá delegar ao juízo da execução o processamento e a análise do pedido de registro de cessão.

35 Resolução n. 303/2019-CNJ. Art. 7º (...) § 5º Antes do envio da requisição, o juízo da execução intimará as partes para manifestação.

Assim, a Resolução n. 303/2019-CNJ reforçou a limitação da atuação do Presidente do Tribunal, delegando ao juízo da execução atribuição para prática de diversos atos decisórios, mesmo depois de expedido o ofício, o que representa a possibilidade de interposição de recurso, limitada em relação ao precatório, dada sua natureza administrativa^{36 37}.

36 Súmula 311/STJ: os atos do presidente do tribunal que disponham sobre processamento e pagamento de precatório não têm caráter jurisdicional.

37 Súmula 733/STF: não cabe recurso extraordinário contra decisão proferida no processamento de precatórios.

Arbitragem tributária: efetivação de direitos fundamentais e redução da litigiosidade

Talita Bastos Loureiro Ramos¹
Vitória Furtado Araujo²

RESUMO

O presente artigo versa acerca do instituto da arbitragem tributária, tendo como objetivo analisar o excesso de demandas que assolam o Poder Judiciário, dando ênfase nas execuções fiscais, e como isso dificulta o acesso à justiça, apresentar aspectos conceituais sobre arbitragem tributária, bem como aborda o Projeto de Lei nº 4468/2020 em trâmite no Senado Federal que busca o estabelecimento deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro. Ademais, relata sobre os limites da arbitragem para Fazenda Pública. O artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, enquanto na metodologia jurídica, segue a linha do historicismo crítico, além de utilizar dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça, fazendo uso da pesquisa documental. Com a apresentação destes tópicos, obteve-se as vantagens que a arbitragem tributária traria para o sistema jurídico.

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Direito Tributário. Fazenda Pública.

1 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharel em Direito pela Faculdade Martha Falcão Wyden (2019). E-mail: talitaloureiro@outlook.com.

2 Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Amazonas. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (2019). E-mail: vfaraujo18@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O princípio do acesso à justiça foi apresentado na Constituição da República Federativa do Brasil como sendo um direito e garantia fundamental. Há uma inegável relação direta do princípio do acesso à justiça com o princípio da razoável duração do processo, uma vez que este também consta no texto da Constituição da República a título de direito fundamental. Assim, em busca de efetivar tais direitos e levando em consideração o sucesso alcançado em Portugal com a implementação desta prática, atualmente, o ordenamento jurídico pátrio debate a instituição de um método alternativo de solução de conflito conhecido como Arbitragem Tributária.

Nesse sentido, em razão do excesso de demandas que assolam o Poder Judiciário muitas vezes se verifica o descumprimento das normas estabelecidas pela legislação vigente. Logo, o objeto em estudo será apresentar a Arbitragem, dando um viés para o âmbito tributário, como uma medida extrajudicial para solucionar o conflito, considerando que o objetivo da arbitragem tributária, além de reforçar a tutela eficaz dos direitos e interesses legalmente protegidos dos sujeitos passivos, é conceder uma maior celeridade na resolução de conflitos que opõem à administração tributária ao sujeito passivo, bem como reduzir as inúmeras pendências dos processos administrativos e fiscais.

Com efeito, por meio deste estudo, busca-se apresentar os dados do Conselho Nacional de Justiça referente aos números de processos que envolvem a Fazenda Pública, o projeto de lei que tramita no Senado Federal a respeito da instituição da Arbitragem Tributária, bem como relatar os limites da arbitragem para a Fazenda Pública. Consequentemente, traz-se a Arbitragem Tributária como uma das formas de reduzir o número de processos que abarrotam o Poder Judiciário bem como uma facilitadora para o acesso à justiça.

A escolha do tema dá-se em razão da necessidade de um aprofundamento teórico sobre as vantagens da arbitragem tributária, bem como por ser um tema atual e que carece de atenção já que as execuções fiscais representam grande parte do congestionamento do Poder Judiciário.

Destarte, o artigo utiliza o método hipotético-dedutivo, tendo em vista que há verificação de um problema, enquanto na metodologia jurídica, segue a linha do historicismo crítico, já que valoriza a intenção da lei e fundamenta sua crítica na contextualização histórica da aplicação do direito, além de proceder uma pesquisa documental e bibliográfica com base na

legislação vigente, doutrinas, jurisprudências e dados estatísticos. Outrossim, a pesquisa é qualitativa por conta do seu caráter subjetivo, bem como quantitativa por realizar a análise de dados estatísticos coletados pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para os fins didáticos aqui propostos, no primeiro momento serão abordados o excesso de litigiosidade e o acesso à justiça, bem como os dados do CNJ, logo em seguida será discorrido sobre a Arbitragem Tributária, tratando sobre o projeto de lei referente ao tema, ato contínuo sobre a limitação que a Fazenda Pública sofre quando se trata de arbitragem.

2. O ACESSO À JUSTIÇA E O EXCESSO DE LITIGIOSIDADE

O acesso à justiça, direito constitucional³ e supraconstitucional⁴, tem como objetivo principal a garantia de que qualquer pessoa poderá solucionar seus litígios por meio do imparcial Estado-juiz.

A busca pela efetivação deste direito fundamental passou por uma evolução ao longo dos anos, de modo que Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em seu livro “Acesso à Justiça”, didaticamente dividiram os marcos deste processo em ondas. A primeira onda tratou da assistência jurídica aos pobres (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 12), tendo como marco no Brasil a Lei 1.060/50, que estabeleceu normas de concessão de assistência judiciária aos necessitados.

A segunda onda buscou elucidar o acesso à representação dos direitos difusos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 18), sendo marcada pela publicação do Código de Defesa do Consumidor e a legitimação do Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública. Por fim, a terceira onda buscou transformar o conceito de “acesso à justiça” por meio da propagação dos métodos alternativos de soluções de conflitos (CAPPELLETTI; GARTH; 1988, p. 25).

Naturalmente, quanto mais acessível a justiça se tornou, mais processos se acumularam perante o judiciário brasileiro, de sorte que a necessidade de uma implementação efetiva dos métodos alternativos de soluções de conflitos se faz mais necessária a cada dia.

Elucidando este contexto, o Conselho Nacional de Justiça, anualmente, realiza um levantamento dos dados estatísticos relativos ao acesso à jus-

3 Art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

4 Art. 8º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

tiça e uma vasta gama de indicadores processuais intitulado “Justiça em Números” (CNJ, 2020, p. 9). O relatório mais recente, publicado em 2020 sobre o ano-base 2019, explicitou que o Poder Judiciário brasileiro contava com 77 milhões de processos pendentes de baixa no ano-base de 2019, de modo que destes, 55,8% (ou seja, 25.902.800) eram processos em fase de execução. Não obstante, dos processos em fase de execução, 70% (ou seja, 18.131.960) são execuções fiscais (CNJ, 2020, p. 150).

Assim é descrito o impacto das execuções fiscais no desempenho do judiciário:

A maior parte dos processos de execução é composta pelas execuções fiscais, que representam 70% do estoque em execução. **Esses processos são os principais responsáveis pela alta taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando aproximadamente 39% do total de casos pendentes e congestionamento de 87% em 2019.** Há de se destacar, no entanto, que **há casos em que o Judiciário esgotou os meios previstos em lei e ainda assim não houve localização de patrimônio capaz de satisfazer o crédito**, permanecendo o processo pendente. Ademais, **as dívidas chegam ao judiciário após esgotados os meios de cobrança administrativos** — daí a difícil recuperação (CNJ, 2020, p. 150) (grifos nossos)

Não obstante o relatório prossegue afirmando que “historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do poder judiciário” (CNJ, 2020, p. 155), de modo que “o tempo médio de tramitação do processo de execução fiscal baixado no Poder Judiciário é de 8 anos” (CNJ, 2020, p. 161), podendo chegar a quase 11 anos em alguns tribunais, a exemplo do Tribunal de Justiça do Maranhão (CNJ, 2020, p. 162).

É patente a necessidade de se buscar uma alternativa para o problema que se apresenta: o excesso de litígios infrutíferos que apenas contribuem para o congestionamento da justiça.

Considerando tais dados e a necessidade de efetivação do acesso à justiça por meio dos métodos alternativos de soluções de conflitos percebe-se que o legislador ordinário já deu os primeiros passos na direção da efetivação de direitos fundamentais: por meio da Lei 13.129/15, que alterou a Lei 9.307/96 (Lei da Arbitragem) passou a ser permitido no ordenamento jurí-

dico brasileiro a utilização da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, §1º da Lei 9.307/96).

Por si só este dispositivo já permitiria que fossem realizadas arbitragens tributárias, uma vez que ao poder público é permitido dispor do crédito tributário, desde que autorizado por lei específica, como no caso dos Programas de Recuperação Fiscal, popularmente conhecidos pela sigla REFIS.

Porém, como ficará demonstrado, o legislador ordinário está buscando regular a arbitragem tributária de forma mais completa por meio de projetos de lei, tal qual o PL 4.468/2020, que trata da arbitragem especial tributária.

3. ASPECTOS CONCEITUAIS DA ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA

A arbitragem foi introduzida no ordenamento jurídico pátrio pela Lei nº 9.307 de 1996, ocorrendo seu impulsionamento com a edição do Decreto Presidencial nº 4.311/2002. Sendo assim, a arbitragem é uma instituição privada, convencionada pelas partes, composta de pessoas capazes que tratam exclusivamente de direitos patrimoniais disponíveis, tendo o juiz arbitral o poder de analisar o conflito conforme seu próprio entendimento. Vale ressaltar que ao final o árbitro profere uma sentença com força de título executivo judicial, conforme Art. 515, VII do Código de Processo Civil. Isto posto, a arbitragem passou a ser uma das formas de resolução de conflito mais utilizadas fora do Poder Judiciário.

Sendo assim, o Código de Processo Civil de 2015 incluiu a arbitragem no rol de normas fundamentais, ocorrendo em seguida, com o advento da Lei nº 13.129 de 2015, a possibilidade de a Administração Pública utilizar a arbitragem. Como se pode observar:

Art. 1º, § 1º. A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Assim, o Direito por ser, segundo próprio dizer do Supremo Tribunal Federal, um organismo vivo, encontra-se em constante modificação, buscando aperfeiçoar-se face as novas demandas sociais. Afinal, o Direito é um fator social.

Logo, assim surge uma relevante área jurídica que atualmente carece de atenção, trata-se do sistema contencioso tributário brasileiro, fonte de um

grande prejuízo financeiro e institucional do país em razão do excesso de demandas e penhoras infrutíferas.

Importa ainda destacar que em razão do grande número de processos e da morosidade na resolução dos conflitos de ordem tributária, ocorre o retardamento da arrecadação pelo Estado e por consequência a dificuldade dos contribuintes em relação às suas atividades econômicas.

À vista disto, através da Arbitragem Tributária é possível inovar no direito, garantindo não só a segurança jurídica como também os princípios da certeza, da transparência e da confiabilidade. Pensando nisto, a Senadora Daniella Ribeiro apresentou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.468 de 2020 para incluir a arbitragem especial tributária no sistema jurídico, sendo titulada como “especial” para distingui-la da arbitragem instituída pela Lei nº 9.307/1996.

Um dos principais objetivos do mencionado projeto é sanar controvérsias sobre matérias fáticas no curso de fiscalização ou de estimar crédito derivado de decisão judicial transitado em julgado. Outrossim, estabelece requisitos para sua elaboração, aborda sobre o laudo e compromisso arbitral, ação de anulação de laudo arbitral e sobre tribunal arbitral. Contudo, como não há previsão no Código Tributário Nacional, o projeto não alcança crédito fiscal constituído e, por conseguinte, não desarmoniza com a legislação vigente.

Vale destacar, que a Arbitragem Tributária também pode ser utilizada de modo preventivo, tendo em vista que a sua finalidade é estabelecer ato administrativo que propicie certeza jurídica para os contribuintes e para os fiscos.

O anteprojeto explana que a arbitragem tributária pode ser utilizada para consulta fiscal, quantificação de crédito admitido judicialmente e suscetível de compensação pelos contribuintes. Sendo assim, o seu estabelecimento ocorrerá por compromisso arbitral.

Isto posto, a arbitragem tributária garantiria não só o acesso à justiça, mas também a aplicação de outros princípios constitucionais como a razoável duração do processo e segurança jurídica, beneficiando tanto o fisco quanto o contribuinte. Do mesmo modo, a especialização do árbitro assegura uma resposta adequada, ciência não exclusiva da área jurídica, bem como favoreceria o equilíbrio dos índices de litigância tributária.

Salienta-se que o propósito não é que a arbitragem incorpore a competência do judiciário, mas sim que ambas as instâncias atuem concomitantemente, servindo como alternativa àqueles que procuram uma saída especializada e imediata fora do judiciário.

Apesar da instituição da arbitragem tributária ainda estar sendo debatida no Brasil, na Europa, especificamente em Portugal, tal método já vem sendo aplicado desde 2011, conforme trataremos no tópico seguinte.

4. ARBITRAGEM TRIBUTÁRIA E FAZENDA PÚBLICA: UM COMPARATIVO ENTRE A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA E A INICIATIVA LEGISLATIVA BRASILEIRA

Assim como no Brasil, Portugal passou por um momento de crescimento excepcional do volume de processos judiciais fiscais, com tempo de tramitação elevado, o que levou ao congestionamento do judiciário. Contudo, por meio do Decreto-Lei nº10/2011, mais conhecido como Regime Jurídico da Arbitragem em Matéria Tributária, essa situação vem se alterando.

Em seu preâmbulo, o DL 10/2011 estabelece os principais objetivos da arbitragem tributária, quais sejam, o fortalecimento da tutela efetiva dos direitos e interesses legalmente protegidos, a maior celeridade na resolução de demandas administrativo-tributárias, e a redução do contencioso fiscal administrativo e judicial. Percebe-se que o instituto da arbitragem tributária é considerado multifacetado não somente no Brasil, sendo utilizado como mecanismo concretizador de direitos fundamentais, bem como ferramenta de diminuição de litigiosidade em Portugal.

O art. 2º do Decreto-Lei nº10/2011 estabelece o âmbito de aplicação da legislação autorizativa da arbitragem tributária, evidenciando que seu foco são os atos administrativos praticados em sede tributária que dão origem ao crédito tributário ao invés de tratar do direito patrimonial puro e simples. *In verbis*:

Artigo 2.º Competência dos tribunais arbitrais e direito aplicável

1 - A competência dos tribunais arbitrais compreende a apreciação das seguintes pretensões:

- a) A declaração de ilegalidade de actos de liquidação de tributos, de autoliquidação, de retenção na fonte e de pagamento por conta;
- b) A declaração de ilegalidade de actos de fixação da matéria tributável quando não dê origem à liquidação de qualquer tributo, de actos de determinação da maté-

ria colectável e de actos de fixação de valores patrimoniais; (*Redacção da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro*) (...)

2 - Os tribunais arbitrais decidem de acordo com o direito constituído, sendo vedado o recurso à equidade.

Tal estratégia, apesar de não ser óbvia, tem mostrado excelentes resultados, conforme exposto na revista do Centro de Arbitragem Administrativa – CAAD Notícias. Dados demonstram que desde 2011 o número de processos arbitrários cresceu exponencialmente, tendo atingido seu ápice em 2014, quando foram iniciados 850 novos procedimentos arbitrais, bem como que o tempo médio de tramitação do procedimento arbitral é de, em média, 4 meses e meio. Isto significa que em menos de 150 dias o contribuinte já possui uma decisão final, a qual 64% das vezes lhe é favorável.

O exemplo de Portugal é verdadeiro testemunho da potencial mudança que aguarda o Brasil por ocasião da votação de Projetos de Lei como o nº4.468/2020. Semelhantemente à legislação portuguesa, a arbitragem tributária especial não visa combater créditos tributários já constituídos, mas sim os que estiverem em curso de procedimento fiscalizatório.

Art. 1º A arbitragem especial tributária poderá ser instaurada no curso da fiscalização, mediante solicitação do contribuinte ou provocação da Administração Tributária, para prevenir conflitos mediante solução de controvérsias sobre matérias de fato, observando o disposto nesta lei.

Parágrafo único. Este procedimento não poderá ser instaurado nos casos de crédito tributário que já tenha sido constituído mediante lançamento tributário ou auto de infração e imposição de multa.

Outrossim, em sede arbitrária seria vedada discussão acerca da constitucionalidade de normas jurídicas, lei em tese e decisões contrárias aos precedentes vinculativos previstos no art. 927 do Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), conforme preleciona o art. 2º do PL 4.468/2020:

Art. 2º As controvérsias tributárias que podem ser objeto da arbitragem tributária de que trata esta Lei são aquelas relativas

a matérias fáticas, sendo vedado:

I - discussão sobre constitucionalidade de normas jurídicas;

II - discussão sobre lei em tese;

III - decisão contrária a entendimento consolidado pelo Poder Judiciário nas hipóteses de que trata o art. 927 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), bem como julgamentos em sede de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal.

Pode se falar em verdadeira reserva de judiciário quanto a estes temas que, por sua relevância e eventual impacto jurídico e econômico, merecem a tutela jurisdicional.

Diferentemente do que previsto no sistema arbitral tributário português, a iniciativa legislativa brasileira não prevê a atuação de árbitro singular, devendo o tribunal arbitral ser formado por três árbitros: um indicado pela autoridade tributária, um indicado pelo contribuinte e um terceiro árbitro que deverá ser indicado de comum acordo pela autoridade tributária e contribuinte. Ante a impossibilidade de indicação conjunta, o terceiro árbitro deverá ser escolhido pelo próprio tribunal.

Patente é que, apesar de um ordenamento jurídico inspirar o outro, não seria possível utilizar o mesmo modelo que outro país sem que fossem realizadas as adaptações necessárias. A legislação de um país, os procedimentos previstos e seus possíveis desdobramentos devem sempre considerar o contexto social, político e econômico no qual se inserem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme apresentado, a garantia do acesso à justiça trouxe aos ordenamentos jurídicos diversos benefícios e alguns desafios. A inafastabilidade da jurisdição deve ser compatibilizada com os demais princípios orientadores do processo, tais como o da celeridade. Neste ponto restou demonstrado que a justiça brasileira tem parcialmente falhado em sua missão: o tempo médio de tramitação de qualquer processo era de 5 anos e dois meses em 2019 (CNJ, 2020, p. 181).

Tal média escala para a casa dos 8 anos em se tratando, especificamente, de execuções fiscais (CNJ, 2020, p. 161). Neste contexto se encontra o problema aqui estudado: o tradicional tratamento dado aos litígios fiscais tem

se mostrado ineficiente e em desconformidade com as previsões da Constituição Federal de 1988.

Partindo desta premissa, inicialmente foi realizado cotejo analítico acerca do instituto da arbitragem. Regulada por meio da Lei 9.307/96, a arbitragem é o instituto por meio do qual quaisquer pessoas capazes podem dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, caput). Enquanto instituto voltado para o direito privado, a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade (art. 2º), entretanto, ao se voltar para a Fazenda Pública a arbitragem se limita àquela de direito (art. 2º, §3º), em respeito ao princípio da legalidade.

A ampliação do escopo da arbitragem para abranger a Fazenda Pública só se consolidou a partir das leis 13.105/15 (Código de Processo Civil de 2015) e 13.129/15, que sedimentaram o entendimento que antes já era discutido doutrinariamente. Não obstante tais avanços em direção à modernização da resolução de conflitos, os dados colhidos pelo Conselho Nacional de Justiça demonstram que o desde 2015 não houve alteração significativa no tempo médio de tramitação processual (CNJ, 2020, p. 181).

Neste contexto se insere o Projeto de Lei 4,468/2020, de iniciativa da Senadora Daniella Ribeiro, que pretende instituir a arbitragem tributária especial, voltada para os procedimentos de fiscalização de tributos, nos quais ainda não haja constituição de crédito tributário.

Por meio da previsão legislativa supracitada o contribuinte poderá se valer de uma decisão técnica e célere, uma vez que se busca manter a densidade teórica e normativa das decisões judiciais, ao mesmo tempo em que se reduz a morosidade do judiciário, efetivando o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Destarte, é notório que a arbitragem tributária é uma alternativa factível ao judiciário, não havendo pretensão de que se preste a substituí-lo. A julgar pela experiência portuguesa comprova-se que ambas as instituições podem caminhar lado a lado, cada um voltado para a sua finalidade precípua, resultando não só na garantia do acesso à justiça e da segurança jurídica para contribuinte e autoridade tributária, mas também a efetiva redução da litigiosidade que assola o judiciário brasileiro e a recuperação de milhões de reais em créditos tributários.

REFERÊNCIAS

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

BRASIL. *Código de Processo Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 24 mai. 2021.

_____. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em 23 mai. 2021.

_____. *Decreto nº 4.311, de 23 de Julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm>. Acesso em 31 mai. 2021.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 4468, de 2020*. Institui a arbitragem especial tributária e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/144536>>. Acesso em 24 mai. 2021.

CENTRO DE ARBITRAGEM ADMINISTRATIVA. *Estatísticas CAAD*. CAAD Notícias, Lisboa, maio/2014, p. 3-8, 2014. Disponível em: <https://issuu.com/caad.arbitragem/docs/caad_noticias_mar_2014>. Acesso em: 24 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasília). *Justiça em Números 2020: ano-base 2019*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmoros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2021.

MAIA, Amanda Monique. Arbitragem Tributária: Uma Análise do Regime Português. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 32, n. 1: 31-60, jan./jun. 2016. Disponível em: <<https://www.fdsm.edu.br/adm/artigos/80c15441deb55ee4090c035a1f38b3f2.pdf>>. Acesso em 22 mai. 2021.

BASTOS, Filipe Brito. *A Arbitragem em direito administrativo e o direito fundamental de acesso ao direito nos tribunais portugueses*. In: Arbitragem e Direito Público. Lisboa: AAFDL, 2015.

SCHMIDT, Gustavo da Rocha. *Arbitragem na administração pública*. Curitiba: Juruá, 2018.

SOUSA, Jorge Manuel Lopes de. *Comentário ao Regime Jurídico da Arbitragem Tributária*. In Guia da Arbitragem Tributária. Nuno Villa-Lobos e Tânia Carvalhais Pereira (orgs.), 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

TIBURCIO, Carmen. PIRES, Thiago Magalhães. *Arbitragem envolvendo a Administração Pública: notas sobre as alterações introduzidas pela Lei 13.129/2015*. *Revista de Processo*. vol. 254, 2016.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 10/2011, de 20 de Janeiro*. Regula o regime jurídico da arbitragem em matéria tributária. Disponível em: <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/rjamt/Pages/regime-juridico-da-arbitragem-em-materia-tributari-1354.aspx>. Acesso em 23 mai. 2021.

Direito ao FGTS em contrato por prazo determinado: uma análise sobre a jurisprudência do STF

Thiago Oliveira Costa¹

Palavras-Chave: Distinção. FGTS. *Ratio decidendi*. Regimes jurídicos funcionais.

1. INTRODUÇÃO

Um dos temas que ganhou a atenção do Supremo Tribunal Federal (STF) nos últimos anos foi a questão acerca de quais seriam os efeitos produzidos por um contrato de emprego declarado nulo, especificamente por inobservância à regra constitucional do concurso público. Sobre a matéria foram editados dois temas de repercussão geral e julgada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), que resultaram na elaboração de uma solução prática para aplicação em casos análogos.

Tempos depois, uma controvérsia similar é igualmente submetida à repercussão geral e um novo tema criado: avaliar se a solução proposta para o regime de emprego público aplicar-se-ia também ao regime especial de contrato por prazo determinado. A resposta dada pelo STF à indagação foi um sonoro sim; para tanto, a corte apoiou-se em suas próprias decisões, firmadas com base no regime trabalhista, e, na conclusão, asseverou que estava reafirmando sua jurisprudência.

¹ Pós-graduado em Direito Constitucional e Administrativo. Procurador do Estado do Amazonas.

A proposta neste artigo é identificar a *ratio decidendi* do precedente originário e avaliar a adequação da transposição dela para um outro tipo de demanda, caracterizada pela distinção de regime funcional.

2. REGIME JURÍDICOS FUNCIONAIS

A prestação de labor por pessoa física ao Estado pode se materializar por variadas formas de vínculo, com regimes jurídicos funcionais diversos. Adotaremos no presente trabalho a classificação de Carvalho Filho (2010), que, com a ressalva de pequenas variações de nomenclatura, repete-se no âmbito da ampla doutrina de direito administrativo. Nessa esteira, serão considerados três espécies principais de regimes funcionais: estatutário, de emprego público e especial.

Na primeira espécie, regime estatutário, a relação jurídico funcional é regida precipuamente pelo estatuto da pessoa federativa, estabelecendo-se um vínculo de natureza estatutária, não contratual, entre servidor e ente público. Nada obstante a predominância da regência infraconstitucional, a Constituição Federal (CF) estabelece um rol de direitos em seu art. 39, §3º. Outra nota distintiva é que a validade do ingresso no cargo pressupõe prévia aprovação em concurso público².

A segunda espécie é o regime de emprego público, em que a regência se dá pelos termos do contrato – é, portanto, um vínculo de natureza contratual – e pela legislação trabalhista; por vezes é denominado como vínculo celetista em razão da predominância da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no tratamento da matéria. Sendo vínculo jurídico de natureza trabalhista atrai para si a proteção gravada no art. 7º da CF e consequentemente o rol de direitos que são enumerados nos incisos subsequentes, a título de exemplo, seguro-desemprego, aviso prévio, piso salarial, etc. Nesse rol, destaca-se, ao nosso escopo, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), posicionado no inciso III do referido dispositivo e regulamentado pela Lei 8.036/90. Outra característica relevante é que tem como condição de validade a aprovação prévia em concurso público, tal como ocorre com o provimento dos cargos efetivos do regime estatutário.

A terceira e derradeira espécie é o regime especial em que o vínculo com a Administração Pública é estabelecido por meio de contrato temporário. Apesar de se assemelhar com o regime de emprego público, no tocante à natureza contratual, difere-se quanto à disciplina normativa.

2 Cargo em comissão é exceção a essa regra.

No âmbito constitucional, a matéria é tratada no art. 37, IX, norma de eficácia limitada que remete ao legislador a tarefa de estipular os casos de contratação por prazo determinado. Cabe, então, a cada ente federativo editar lei específica apta a disciplinar seu regime especial, onde constarão, notadamente, os direitos e deveres dos contratantes. Outra particularidade é a inexistência de um rol constitucional de direitos garantidos, o que acarreta maior liberdade ao legislador para desenhar um vínculo funcional de acordo com suas possibilidades e necessidades. Tem-se assim que ao empregado público, em uma relação contratual válida, são assegurados os direitos de ordem constitucional, acrescidos dos contratuais e dos demais previstos em fontes próprias do direito do trabalho; enquanto, no contrato temporário, os direitos são limitados àqueles previstos em lei específica e/ou contrato, não havendo, repita-se, garantia de direitos constitucionais preestabelecida.

Por fim, o regime especial caracteriza-se como hipótese de exceção à regra do concurso público, já que a validade do vínculo não está condicionada à aprovação em certame – outro aspecto que o contrapõe ao regime de emprego público.

As características robustas de cada um desses regimes e a clareza das normas jurídicas regentes previne, no mais das vezes, a ocorrência de confusão classificatória e evita que surjam controvérsias relacionadas à aplicação de normas de um regime em outro. A solidez dessa classificação, no entanto, foi colocada à prova quando o Poder Judiciário foi instado a se manifestar sobre a eficácia, de dois desses regimes funcionais, quando o vínculo fosse declarado nulo. Sobre essa questão, avançaremos no tópico subsequente expondo o tratamento jurisprudencial do STF sobre a matéria.

3. A EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA DO DIREITO AO FGTS EM CASO DE NULIDADE CONTRATUAL

A resolução da questão sobre o direito ao FGTS em caso de nulidade contratual deu origem a três temas de repercussão geral: 191, 308 e 916, os dois primeiros referentes ao regime de emprego público e o último destinado ao regime especial, além de uma ADI, onde se avaliou, em controle abstrato, a constitucionalidade do art. 19-A da Lei 8.036/90 (BRASIL, 1990), cuja redação é a seguinte: “É devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário”.

De leitura do artigo em epígrafe, extrai-se que, caso verificada a nulidade do contrato de trabalho, por ausência de concurso público, o trabalhador faz jus ao depósito do FGTS em sua conta vinculada. Esse dispositivo legal é a fonte de toda a controvérsia e ao seu redor gravitam os quatro casos que serão esmiuçados nos parágrafos abaixo.

O processo de uniformização jurisprudencial inicia-se com o exame do RE 596.478, Tema 191 da repercussão geral, ocasião em que a Suprema Corte afirmou como tese o seguinte:

É constitucional o art. 19-A da Lei 8.036/1990, que dispõe ser devido o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS na conta de trabalhador cujo contrato com a Administração Pública seja declarado nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, desde que mantido o direito ao salário. (STF, 2014)

A base fática que deu origem a esse precedente vinculante é a existência de um contrato de emprego, regime funcional de emprego público, que fora declarado nulo por desrespeito à regra constitucional do concurso público. Concluiu-se que, apesar da nulidade, o contrato produziria efeitos limitados, dentre eles, o direito ao FGTS.

Na ocasião do julgamento, o Ministro Dias Toffoli, redator do acórdão, enfatizou o contexto histórico – advento da Constituição de 1988 que impôs aos entes públicos que adotassem um regime jurídico único em seus vínculos laborais, cujo provimento se daria por meio de concurso público –, para sustentar que o art. 19-A da Lei 8.036/90 serviria precipuamente para conferir algum grau de proteção aos trabalhadores vinculados à Administração, cuja admissão não foi precedida de concurso.

Essa consideração suscitou imediata preocupação na Ministra Ellen Gracie que, em resposta, alertou sobre o caráter permanente da norma e que os efeitos da decisão por eles proferida se perpetuaria em casos futuros de contratação no serviço público, mesmo após esse período de transição. Em seguida, Toffoli e Gilmar Mendes ponderaram que a preocupação não se sustentaria, posto que o problema era transitório e que a nova Constituição em vigor previu inclusive a figura do contrato por prazo determinado, instituto detentor de um regime jurídico próprio, o qual evitaria a repetição desse tipo de problema.

Dada a importância desse aspecto do debate, transcreve-se abaixo a passagem supramencionada:

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, identifico no art. 19-A da Lei nº 8.036/90, objeto de exame agora pelo Tribunal e também de uma ação direta de inconstitucionalidade, que se trata de nítida norma de transição para resolver situações do período anterior à Constituição de 1988. Muitos entes públicos demoraram a criar o seu regime jurídico único, exatamente nesta linha de se impedir ou evitar que, em razão das declarações de nulidade, se levasse o trabalhador, que, presume-se, prestou o serviço ao Estado, prestou o trabalho, serviu, portanto, ao órgão público que o contratou, a uma situação de desamparo. Buscou-se, portanto, trazer uma maior justiça e uma maior tranquilidade, inclusive para as aplicações que essa Corte tem feito de exigir o concurso público na forma do art. 37, desfazendo uma série de contratos de trabalho que afrontavam a nova Constituição.

Identifico exatamente isto: uma necessidade de se estabelecer uma regra de transição. E daí se fixou uma declaração, uma nítida declaração, quanto a serem indenizadas as horas de trabalho, e, por consequência, vem o art. 19-A e explicita ser “devido o depósito do FGTS na conta vinculada do trabalhador”, senão ficaria esse trabalhador em uma situação de total desamparo. [...]

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA)

Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite só uma interrupção antes da sua conclusão? Eu verifico que o seu raciocínio realmente se prende às necessidades circunstanciais da ocasião, mas nós estamos diante de uma norma que não é transitória, é uma norma permanente. Ela segue em vigor, ela seguirá produzindo efeitos indefinidamente.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Se nós pressupusermos que os órgãos públicos continuarão a contratar sem fazer concurso público.

A SENHORA MINISTRA ELLEN GRACIE (RELATORA)

Acontece, tem acontecido bastante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - E hoje temos o modelo do contrato por prazo determinado, que tem um regime próprio.

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI: Tem um regime próprio, exatamente. Eu entendo que é uma nítida norma que

procurou incidir em um momento de transição de um modelo para outro. (BRASIL, 2014)

Esse trecho, que reforça a tese do voto vencedor, deixa bastante evidente que a conclusão ali exarada não serviria para resolver controvérsias referentes ao contrato temporário, justamente por esta espécie de vínculo possuir um regime jurídico próprio e diverso do que o que estava sendo examinado.

A matéria é novamente apreciada pelo STF, no RE 705.140, Tema 308 de repercussão geral, culminando na edição da tese a seguir destacada:

A Constituição de 1988 comina de nulidade as contratações de pessoal pela Administração Pública sem a observância das normas referentes à indispensabilidade da prévia aprovação em concurso público (CF, art. 37, § 2º), não gerando, essas contratações, quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos empregados contratados, a não ser o direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/90, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. (BRASIL, 2014)

A inovação da nova tese circunscreve-se à explícita limitação dos efeitos do contrato de emprego nulo, afastando a pretensão referente à produção plena de efeitos, tal como ocorreria em um contrato válido, em que são devidas verbas como aviso prévio, seguro-desemprego, etc.

Por fim, o art. 19-A da Lei 8.036/90 foi submetido a controle abstrato de constitucionalidade, por meio da ADI 3127. Destaca-se aqui que um dos argumentos que davam arrimo a tese de inconstitucionalidade foi o de que o dispositivo interferiria na autonomia administrativa dos entes públicos no tocante à prerrogativa de organização de seus regimes funcionais. Para refutar essa alegação, o Ministro Zavascki, assim fundamentou:

A alegação é improcedente. Ao dispor sobre a disciplina do FGTS, a União atuou nos limites da competência que o art. 22, I, da Constituição lhe outorgou para legislar em matéria de direito do trabalho. Ainda que digam respeito a empregados contratados pela Administração Pública, as normas questionadas na inicial incidem tão somente sobre relações jurídicas de natureza trabalhista, o que já é suficiente para

descredenciar a tese de intrusão na autonomia administrativa dos entes políticos. (BRASIL, 2015)

Noutras palavras, o colegiado assentou que o supracitado dispositivo legal limitava-se a normatizar questões concernentes às relações jurídicas de natureza trabalhista. Considerou-se, ainda, que a norma não criava direito ao depósito de FGTS a todos aqueles que estavam sendo desligados do serviço público, mas tão somente assegurava o direito de levantamento do saldo na conta. Nesse sentido:

O enunciado do § único do art. 19-A, em especial, não impôs à Administração que procedesse ao pagamento do FGTS a todos quanto tenham sido desligados do serviço público até 28/7/2001. **O que a norma autorizou foi que, na hipótese de haver saldo nas contas vinculadas, referente ao período trabalhado em condições irregulares, o correspondente valor pudesse ser levantado pelo titular da conta**, a partir de agosto de 2002, não sendo permitida, após 28/7/2001, a reversão ao erário dos depósitos sob a justificativa da anulação contratual.

Após intenso debate sobre a matéria e efetivo respeito ao contraditório, produziu-se então um precedente vinculante com vistas a assegurar harmonia e eficiência à ordem jurídica. Escapa aos limites deste trabalho examinar o mérito dessa decisão, mas consideramos que o precedente foi construído em sintonia com a sistemática de recursos repetitivos e produziu uma solução prática para resolução de casos análogos: sempre que o julgador se deparar com uma demanda que tenha como pedido a condenação ao pagamento de FGTS em razão da declaração de nulidade de um contrato, submetido ao regime funcional de emprego público, deverá julgá-lo precedente.

Paralelamente a esse problema emergia no Poder Judiciário outra espécie de demanda, com semelhanças, mas com diferenças significativas. Era submetida à apuração da Suprema Corte a questão sobre a produção e extensão de efeitos do contrato temporário, regime especial, quando este igualmente estivesse eivado de nulidade. O recurso paradigma é o RE 765.320, que dá origem a Tema 916 de repercussão geral.

O primeiro aspecto relevante dessa decisão é a base fática, cujo caso subjacente é um vínculo de regime estatutário, ou seja, caracterizado pela

natureza distinta tanto em relação ao regime de emprego público quanto ao especial, como revela o excerto abaixo:

3. Consta dos autos que o reclamante, ora recorrente, foi contratado pelo Estado de Minas Gerais para a função de oficial de apoio judicial juntamente ao TJMG, a qual foi exercida durante quase 4 (quatro) anos. O Tribunal de origem rejeitou os pedidos do recorrente aos fundamentos de que, além de a contratação em discussão estar legalmente respaldada, não há que se falar que o apelante faça jus ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço nem às demais verbas pretendidas, como ora se pretende, eis que não previsto tal direito na legislação atinente, revelando-se de todo **incompatível com o regime estatutário que regula o liame jurídico que envolve as partes ora litigantes**. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Apesar da natureza completamente distinta do vínculo, o relator assim tratou a questão:

Por outro lado, **é irrelevante a circunstância de o recorrente ter sido submetido ao regime estatutário** após sua contratação pelo Estado de Minas Gerais; o que importa é que foi admitido aos quadros do reclamado sem observância dos pressupostos do art. 37, IX, da CF/88, o que acarretou a nulidade da contratação e lhe conferiu direito à percepção dos salários referentes ao período laborado e ao levantamento dos depósitos efetuados no FGTS, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990. (BRASIL, 2016, grifo nosso)

Em seguida, discorreu sobre os requisitos de validade da contratação temporária. E concluiu que:

A contratação do recorrente afigura-se flagrantemente contrária ao art. 37, II e IX, da CF/1988, porquanto foi realizada sem prévia aprovação em concurso público, por tempo indeterminado, para o desempenho de serviços ordinários permanentes do Estado e sem a devida exposição do interesse público excepcional que a justificasse.

É clara, portanto, a nulidade da contratação da parte, nos termos do art. 37, § 2º, da Constituição Federal.⁴ O art. 19-A da Lei 8.036/1990 dispõe que é devido o depósito na conta vinculada do trabalhador cujo contrato de trabalho seja declarado nulo nas hipóteses previstas no art. 37, §2º, da Constituição Federal, quando mantido o direito ao salário. (BRASIL, 2016)

Dali em diante, na fundamentação, é estabelecido que a jurisprudência havia se pacificado no sentido de que os Temas 191 e 308 da repercussão geral aplicar-se-iam também aos contratos por prazo determinado, o que se considerou com apoio na citação de diversas decisões sobre o tema³ – as decisões citadas igualmente se amparavam naqueles dois temas centrais.

O voto é encerrado no sentido de que a jurisprudência estava sendo reafirmada, o que culminou com a tese abaixo transcrita:

A contratação por tempo determinado para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público realizada em desconformidade com os preceitos do art. 37, IX, da Constituição Federal não gera quaisquer efeitos jurídicos válidos em relação aos servidores contratados, com exceção do direito à percepção dos salários referentes ao período trabalhado e, nos termos do art. 19-A da Lei 8.036/1990, ao levantamento dos depósitos efetuados no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS. (BRASIL, 2016)

Após essa decisão, o STF encerra o ciclo de análises sobre a matéria e passa a inserir qualquer pretensão recursal subsequente, que tenha como causa de pedir o direito ao FGTS, seja no contrato de emprego ou no contrato temporário, em algum desses precedentes vinculantes.

4. *RATIO DECIDENDI* E A DISTINÇÃO QUE SE VERIFICA NO REGIME DE EMPREGO PÚBLICO EM RELAÇÃO AO REGIME ESPECIAL

Nas palavras de Cruz e Tucci (2004, p.12), “todo precedente judicial é composto por duas partes distintas: a) as circunstâncias de fato que emba-

3 ARE 846.441-AgR, ARE 880.073-AgR, ARE 867.655-AgR, RE 888.316-AgR, RE 863.125-AgR, RE 591.260-AgR-ED, ARE 839.606-AgR-ED.

sam a controvérsia; e b) a tese ou princípio jurídico assentado na motivação (*ratio decidendi*) do provimento decisório”.

Tema dos mais polêmicos do direito processual é estabelecer um critério de distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, que não se restrinja à singela diferenciação entre as razões determinantes que dão sustentação à conclusão em contraposição às afirmações passageiras, manifestadas marginalmente ao longo da decisão.

Para desempenhar essa intrincada tarefa, em relação ao Tema 191, utilizaremos, inicialmente, o método de Goodhart (1930), que, diferentemente do conceito de Cruz e Tucci, não distingue base fática de *ratio decidendi*, ao revés, extrai dos próprios fatos as razões de decidir. Na trilha do seu método, tomaremos como fatos materiais os seguintes:

- (1) existência de um contrato de emprego (regime funcional de emprego público);
- (2) provimento do cargo sem observância de concurso público.

Pelo critério, a primazia está nos fatos em detrimento das opiniões do julgador. Assim, para extrair a *ratio decidendi*, é preciso a princípio distinguir os fatos materiais, aqueles que efetivamente serviram de suporte à conclusão, dos fatos imateriais, os que, embora existentes, foram considerados, explícita ou implicitamente, insignificantes para o deslinde da controvérsia.

No caso em exame, os fatos acima elencados foram explicitamente declarados no acórdão e sobre eles foram fundadas as razões conclusivas. Pela aplicação do método, não havendo distinção expressa entre fatos materiais e imateriais, todos os apresentados devem ser considerados como materiais, razão pela qual assim os consideramos.

Nessa toada, ao perscrutar o Tema 916, seguindo o mesmo critério, estabelecemos dois fatos materiais:

- (1) existência de um vínculo jurídico de natureza estatutária (regime funcional estatutário);
- (2) provimento do cargo sem observância de concurso público.

O cotejo entre o conjunto de fatos materiais deixa evidente que a identidade entre eles se limita a um dos dois fatos presentes em cada uma das situações. Essa dissonância impossibilita, ao menos com base no método aplicado, considerar que a *ratio decidendi* do tema 191 seja transposta ao tema 916.

Por outro ângulo, há aqueles que consideram que a *ratio decidendi* é extraída das razões jurídicas, da interpretação e dos fundamentos erigidos pelo

juiz em sua tarefa de criação de uma norma geral a partir da resolução de um caso específico. Nessa linha, Rupert Cross (1991 apud MARINONI, 2019, p. 163) assevera que “a ratio decidendi de um caso é qualquer regra de direito expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como passo necessário para alcançar sua conclusão, tendo em vista a linha de raciocínio por ele adotada ou uma parte de sua instrução para o júri”. Em direção semelhante:

Na fundamentação da Corte, será necessário investigar a maneira como os pontos de direito foram relacionados com as alegações das partes e com os fatos. Os pontos de direito que realmente importam são aqueles que, não apenas lembrados pela Corte, relacionam-se com os fatos de forma a se constituir na base para a solução do caso.(MARINONI, 2019, p. 177)

Por essa perspectiva, chama-se atenção para as razões expostas nos precedentes que trataram do regime de emprego público.

A primeira questão primordial, que direcionou a conclusão, foi reconhecer que o contrato, apesar de nulo, produziria efeitos limitados: direito ao salário e ao levantamento do FGTS. Ao construir essa solução jurisprudencial, o STF afastou a noção clássica de nulidade negócio jurídico, que apregoa a não produção de qualquer efeito pelo contrato eivado de vício insanável. Ao ponderar outras normas constitucionais e a vontade legislativa, os membros do colegiado entenderam por bem resguardar efeitos mínimos, uma solução intermediária entre outras duas hipóteses possíveis: produção de todos os efeitos, tal como ocorre em um contrato válido; ou a de nenhum deles, seguindo a concepção tradicional de nulidade. É dizer: se o contrato válido produz entre seus efeitos o direito ao salário, aviso-prévio, seguro-desemprego, FGTS, entre outros; o contrato nulo, a seu turno, se limitará a produzir dois daqueles efeitos.

A própria tese produzida no Tema 308 expõe que o que se está assegurando é o direito ao ‘levantamento do FGTS’. Nessa esteira, o que o julgador pressupõe é que ao longo do contrato o FGTS estava sendo mensalmente depositado, visto que é natural que o empregador realize os depósitos na conta do empregado com vínculo celetista. Nada obstante, no contrato temporário, não há garantia constitucional de direito ao FGTS; inexistente, salvo previsão legal ou contratual em sentido contrário, dever do contratante em realizar depósito dessa parcela, de modo que ao término da relação não existem valores depositados a serem levantados.

Outra questão que se impõe, com a confusão de regimes, é a que se ocupa da extensão dos efeitos do negócio jurídico. Se, na primeira hipótese, a nulidade influencia para limitar a produção de efeitos; no segundo caso, de modo paradoxal, atribui-se um efeito ao contrato nulo que sequer se verifica no contrato válido. Seguindo essa linha de raciocínio, é possível imaginar a situação peculiar de um sujeito – cujo contrato em que era parte foi declarado nulo – dispor de mais benefícios do que aquele que esteve em uma relação em conformidade com o ordenamento jurídico.

Não menos importante é a constatação de que o vício, que norteia todo desenvolvimento do julgado, decorre do provimento de posição na Administração Pública sem prévia aprovação em concurso público. No precedente originário, essa questão é bastante adequada, já que, por imposição constitucional, tal formalidade é indispensável. Por outro lado, o contrato temporário caracteriza-se como uma das hipóteses de exceção à obrigatoriedade do concurso. Aqui, mais uma vez, pesa a base fática subjacente ao *leading case* do Tema 916, em que a origem da controvérsia envolvia um vínculo de natureza estatutária, espécie que, tal como o vínculo de emprego, não dispensa a aprovação em certame.

Além dessas fortes razões, mais dois pontos devem ser enfatizados. O primeiro, situado no Tema 318, foi a utilização do exemplo do contrato temporário para servir de contraponto ao tema em debate. Mesmo que se considere essa afirmação como *obiter dictum*, ela aos menos nos permite reconhecer que a *ratio decidendi* do precedente produzido no referido tema não inclui demandas referentes a contratos temporários. O segundo, é extraído da ADI 3127, na qual um dos fundamentos, que alicerçaram o reconhecimento da constitucionalidade, foi o de que o texto legal avaliado foi editado com lastro na competência da União para criar normas trabalhistas e que sua aplicação se limitaria aos empregados da Administração Pública; ou seja, *a contrario sensu*, o argumento é de que a aplicação do art. 19-A da Lei 8.360/90 em contratos temporários ensejaria vício de constitucionalidade por interferência na autonomia administrativa dos entes públicos.

Por essas considerações, parece-nos inadequada a transposição da *ratio decidendi* do regime de emprego público para o regime especial, impressão que automaticamente se obtém da leitura dos fundamentos do Tema 916, onde as razões são tomadas de empréstimo do Temas 191 e 308, especialmente considerando o desfecho onde é realizada uma explícita reafirmação de jurisprudência.

Ao receber novo tema de repercussão geral, o próprio STF reconhece, de algum modo, essa distinção, mas se furta em aprofundá-la, apoiando-se

no precedente do regime de emprego público. Em nossa percepção, tanto pela distinção da base fática, quanto pela diversidade dos influxos normativos que cada uma das situações recebe, estamos diante de um caso de nítida distinção, o que acarretaria a necessidade de que o regime especial obtivesse um exame individualizado, que levasse em consideração as peculiaridades que lhe são próprias.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desse artigo pontuamos os caracteres distintivos entre o regime de emprego público e o especial, ressaltando que os fortes traços diferenciadores impediriam um tratamento uniforme para resolver a controvérsia de ambas as hipóteses, percepção que nos conduziu à conclusão de que o aproveitamento da *ratio decidendi* de um regime em outro foi inadequado, seja pela assimetria fática, seja pelos diversos influxos normativos que cada um dos regimes recebe.

Esse desvio de procedimento, é relevante sublinhar, compromete sobremaneira o valoroso sistema de recursos repetitivos, pois, em virtude da desconsideração de etapas fundamentais do contraditório e do devido processo legal, cria-se uma solução insuficiente que irradiará, de forma vinculante, em todas as instâncias do Poder Judiciário. E a carência de alicerces robustos de fundamentação, além de afetar a resolução do próprio problema, produz outros efeitos adversos. No caso examinado, a inconformidade dos demandantes com a solução imperfeita prolongou diversos litígios, em uma vã tentativa das partes de convencer os órgãos julgadores acerca da distinção. Outra consequência foi o surgimento de demandas acessórias acerca de pontos como prescrição ou atualização financeira, questões que variam significativamente, a depender do regime, e que deságuam na forma de novos litígios, que poderiam ser perfeitamente evitados.

O desfecho é um precedente que perdurará por tempo indefinido, sem um mecanismo de alteração eficaz, o que acentua ainda mais a relevância do cuidado indispensável de fundamentação, especialmente quando o que se está em jogo é a produção de um precedente qualificado pela força vinculante de sua decisão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)] *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 jan. 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.036, de 11 de maio de 1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 596478/RR*. Recorrente: Estado de Roraima. Recorrido: Maria Ivaneide Sousa Lima. Rel. Min. Ellen Gracie. Brasília, DF, 11 de setembro de 2014. Diário da Justiça, Brasília-DF, 5 de novembro de 2014. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=274977299&ext=.pdf>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 705140/RS*. Recorrente: Glaucia Rosaura dos Santos. Recorrido: Fundação Estadual do Bem-Estar do Menos-FEBEM. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 28 de agosto de 2014. Diário da Justiça, Brasília-DF, 5 de novembro de 2014. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7131636>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3127/DF*. Requerente: Governador do Estado de Alagoas. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 26 de março de 2015. Diário da Justiça, Brasília-DF, 5 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9028978>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 765320/MG*. Recorrente: Cassio Murilo Fagundes. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, DF, 15 de setembro de 2016. Diário da Justiça, Brasília-DF, 23 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11702753>>. Acesso em: 23 de agosto de 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in english law*. Oxford: Clarendon Press, 1991.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10 ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUXBURY, Neil. *The nature and authority of precedent*. New York: Cambridge University Press, 2008.

GOODHART, Arthur L. *Determining the ratio decidendi of a case*. The Yale Law Journal, vol. 40, no. 2, 1930. Disponível em: <www.jstor.org/stable/790205>. Acesso em: 19 de agosto de 2021.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. *Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo*. 2 ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. 6 ed. São Paulo: Editora Thomson Reuters Brasil, 2019

NEIVA, Rogério. *Direito e processo do trabalho aplicados à administração pública e fazenda pública*. 2 ed. São Paulo: Método, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Precedente judicial como fonte de direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2004.

Análise econômica das parcerias público-privadas: A perspectiva de eficiência do modelo contratual e os obstáculos a superar

Victor Herzer da Silva¹

RESUMO

O presente estudo aborda os contornos econômicos da relação jurídica que se forma nas parcerias público-privadas, partindo do resgate histórico das finalidades do arranjo contratual, enquanto propulsor da cooperação privada no sistema de infraestrutura, direcionando tal análise para o contexto normativo brasileiro. Serão investigados aspectos de avaliação de custos de transação e as dificuldades de se alcançar eficiência, em uma conjuntura de elevada incompletude contratual e assimetria de informações. O ensaio tangenciará a diretriz do *value for money* e examinará as ferramentas que se pode adotar para evitar ineficiências no curso da relação contratual. Por fim, a abordagem culminará na projeção de afastamento ou mitigação das imperfeições que potencialmente incidem no modelo de parceria público-privada, trilhando ao objetivo central, que é a articulação harmônica entre a eficiência econômica e a eficiência da Administração Pública.

¹ Mestrando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS). Procurador-Geral Adjunto para Assuntos Jurídicos (PGE/RS). victorherzer@edu.unisinos.br.

Palavras-chave: Parceria público-privada. Infraestrutura. Investimentos. Análise econômica. Eficiência. Custos de Transação. Riscos. Assimetria informacional.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio é perscrutar, pelo prisma da análise econômica do Direito, as principais implicações no emprego das parcerias público-privadas (PPPs), enquanto elemento catalisador dos investimentos em infraestrutura no Brasil.

Perpassando o quadro histórico que levou ao enfraquecimento das reservas públicas no mercado internacional de infraestrutura, serão observadas as circunstâncias de concepção da parceria público-privada, a estruturação legal do modelo no ordenamento jurídico nacional e os traços distintivos em relação à concessão comum.

Após, avançaremos por aspectos fundamentais da análise econômica da modalidade jurídica de contratação, examinando seu potencial para alcançar determinado nível de eficiência, trilhando pela difícil missão de conciliar eficiência administrativa e eficiência econômica, sem negligenciar a necessária mitigação dos efeitos negativos que podem advir de falhas conhecidas, como a assimetria de informações.

2. A CONFORMAÇÃO DA PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA NO DIREITO BRASILEIRO E SEU PAPEL COMO MECANISMO DE ALAVANCAGEM DOS INVESTIMENTOS EM INFRAESTRUTURA

2.1 Os gargalos financeiro-orçamentários e a redução da presença estatal no sistema de infraestrutura

Historicamente, a realização de obras e serviços ligados à infraestrutura foi intensivamente concentrada na atuação estatal. Investimentos em áreas como rodovias, portos, aeroportos, energia, abastecimento de água e saneamento, foram por muito tempo executados, em sua imensa maioria, pelos governos. Em parte por incidência de normas que reservaram ao Estado a competência em tais segmentos, mas especial e principalmente pelas características dos projetos.

No Brasil, possui matriz constitucional a atribuição, ao Estado, da responsabilidade pela organização, implementação e controle do sistema de infraestrutura (MOREIRA, 2020). O simples exame do rol de competências constitucionais reservadas à União, aos Estados federados e aos Municípios (artigos 21, 25 e 30, da CF/88), é suficiente para entrever o grau de domínio governamental nessa seara.² O extenso elenco engloba desde serviços de transporte e de gás canalizado, até serviços e instalações de energia elétrica, infraestrutura portuária e aeroportuária, serviços de telecomunicações, entre outros.³

Sem descurar de que os investimentos nesses setores da economia constituem pontos estratégicos para o desenvolvimento econômico de qualquer país, é inegável que o afastamento histórico da iniciativa privada se deu, em maior parte, pelos atributos que marcam os respectivos projetos. Invariavelmente eles exigem grande volume de recursos⁴, considerados aqui os elevados custos iniciais, bem como os de operação e manutenção. Ademais, a amortização dos valores investidos se dá em longo prazo e há natural incerteza sobre o comportamento da demanda futura (FERNANDEZ *et al.*, 2014).

Não obstante essa conjugação de fatores tenha levado os entes públicos a figurar tradicionalmente como os provedores exclusivos dos serviços em áreas básicas como as supracitadas, é certo que a sucessão de crises fiscais, associadas a incompatibilidade de previsões orçamentárias e falhas gerenciais recorrentes nas gestões públicas, fizeram despertar a imprescindibilidade de repensar e oportunizar maior participação de agentes privados na alavancagem de setores-chave da economia nacional, a exemplo dos modais de transporte (FERNANDEZ *et al.*, 2014). No Brasil, a despeito da concentração estatal de competências, o constituinte concebeu hipóteses específicas de concessão de serviços públicos relacionados a infraestrutura⁵, possibilitando a implantação de novos métodos de atuação administrativa, dentro da lógica de “colaboração gerencial na administração pública” (MOREIRA NETO, 1998, p. 49).

2 Comentando as opções do constituinte nacional nessa temática, Egon Bockmann Moreira (apud NÓBREGA, 2020, p. 16) considera que o “sistema brasileiro de infraestrutura configura verdadeiro monopólio público constitucionalizado.”

3 Sobre a gênese e a caracterização de serviços públicos, a partir das definições estipuladas nos preceitos constitucionais, destaca-se a lição de Eros Roberto Grau (2018), ao incursionar pelos meandros do debate classificatório.

4 Pela redação original da Lei Federal 11.079/04, era vedada a celebração de contrato de parceria público-privada com valor inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais). Posteriormente, objetivando uma ampliação de uso dessa modalidade de arranjo contratual, a regra foi modificada pela Lei 13.529/17, reduzindo-se o limitador para R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

5 v.g.: Art. 21. Compete à União:

(...)

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95:)

2.2 O surgimento das parcerias público-privadas e o critério distintivo de escolha do modelo

Gestado em meio à crise econômica que atingiu o Reino Unido na década de 1980, o modelo de *parceria público-privada* surgiu no bojo do programa denominado *Private Finance Initiative* (PFI), mas foi apenas em meados da década de 1990, durante a retomada e expansão do PFI, que o arranjo jurídico-contratual recebeu essa nomenclatura, pela qual é designado até hoje (CÂMARA, 2011).

Posteriormente, o modelo foi transposto a diversos outros países, inclusive ao Brasil, por meio da Lei Federal 11.079/2004⁶, que disciplina a sua estrutura normativa básica. Note-se que, em termos de classificação por natureza jurídica, a PPP se enquadra como um contrato administrativo de concessão, distinto da ‘concessão comum’ regulada pela Lei Federal 8.987/95.⁷ É nesse sentido que José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 397) se refere à PPP como “contrato de concessão especial de serviços públicos.”

Dessarte, no âmbito do regime jurídico próprio das PPPs, elas podem performar uma das duas modalidades previstas, *concessão patrocinada* ou *concessão administrativa*. Nos exatos termos do §1º do art. 2º da Lei 11.079/04, a espécie *patrocinada* caracteriza-se nesta fórmula:

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

6 Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Esta Lei aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (Redação dada pela Lei nº 13.137, de 2015).

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

7 Art. 1o As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

A *concessão administrativa*, por seu turno, é o ajuste contratual que abarca “prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.” (art. 2º, §2º).

Destes lineamentos gerais já transparece o principal critério distintivo que norteia, no planejamento de um projeto de desestatização, a escolha entre a adoção do modelo de parceria público-privada ou do modelo de concessão comum. É a contraprestação pecuniária alcançada pelo parceiro público ao parceiro privado, de modo que o retorno do investimento particular se realiza, na modalidade patrocinada, pela combinação de aportes públicos e de tarifa paga pelo usuário; ao passo que, na modalidade administrativa, a remuneração da empresa apoia-se exclusivamente na contraprestação governamental (NAKAMURA, 2019).

O segundo importante diferencial da PPP é a distribuição de riscos. Enquanto na concessão comum a integralidade dos riscos recai sobre o concessionário (art. 25, Lei 8.987/95), na parceria público-privada há compartilhamento de riscos entre os contratantes, inclusive aqueles referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III, Lei 11.079/04). Afora as possibilidades de desvirtuamento em ambas as sistemáticas, do ponto de vista econômico-financeiro é inegável que a fórmula de alocação de riscos proposta na estrutura legal da PPP aumenta significativamente a atratividade dos negócios⁸, mesmo que a repartição de obrigações, nesse modelo, possa repercutir também pela face inversa, com a partilha de ganhos econômicos efetivos, em havendo redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (art. 5º, IX, Lei 11.079/04).

A natureza do projeto e a modelagem econômico-financeira do negócio, envolvendo a prospecção de diversos fatores, vão indicar qual a modalidade indicada para determinada contratação. Para um sistema viário, por

8 Abordando as peculiaridades da matriz de riscos em concessões, o estudo de Gabriela Miniussi Engler Pinto (2017, p. 237-238) demonstra que um contrato de PPP com riscos corretamente alocados, ou seja, atribuídos (separadamente) à parte com maior capacidade de absorção, pode proporcionar melhor precificação do serviço e consequente ganho de eficiência: “Nos contratos de concessão, a regra de ouro é que os riscos alocados ao concessionário devem ser por ele controláveis e precificáveis. Caso contrário, se o concessionário for obrigado a suportar riscos que não gerencia, haverá necessidade de contingenciamento para fazer frente às incertezas daí decorrentes. O efeito principal será a oneração da proposta econômica dos licitantes e a transferência indireta desse encargo à própria administração pública ou aos usuários, que pagarão mais caro pelo serviço.”

exemplo, dependendo do volume de tráfego e da projeção de desenvolvimento da respectiva região, os estudos podem apontar para a concessão comum ou para a PPP (na espécie concessão patrocinada) enquanto estrutura contratual recomendada (FALCÃO *et al.*, 2011). A construção e operação de um estabelecimento prisional, entretanto, somente vai se amoldar aos contornos da PPP por concessão administrativa.

Tudo isso revela que a opção pela parceria público-privada deve ser fundamentada em estudos técnicos que demonstrem a adequação da escolha, o que obrigatoriamente deve ser acompanhado de justificativa de conveniência e oportunidade pelo gestor público responsável pela contratação.⁹ É o que exige, acertada e expressamente, a Lei Federal 11.079/04, em seu artigo 10, ao condicionar a abertura do processo licitatório à presença daqueles elementos, entre outros, como a estimativa do impacto orçamentário-financeiro e a submissão da minuta de edital e de contrato a consulta pública.

3. ASPECTOS DESTACADOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

3.1 A proeminência do *value for money* no confronto de vantagens e desvantagens da parceria público-privada

Os significativos diferenciais da PPP, como já referido são o aporte de contraprestação pelo parceiro público e o compartilhamento de riscos. Detectada a insuficiência do modelo de concessão comum, que no Brasil já era aplicado desde 1995, sobreveio a normatização da fórmula criada na Inglaterra para produzir maior atratividade à iniciativa privada, com consequente injeção de recursos em setores relevantes ao desenvolvimento socioeconômico nacional, que até então eram suportados por financiamento integralmente público (FERNANDEZ *et al.*, 2014).

É justamente a ausência de particulares interessados em investir isoladamente em certas áreas que leva o Poder Público, em primeiro plano, a cogitar a parceria público-privada, onde, diferentemente da concessão comum, haverá dispêndio continuado de recursos públicos e compartilhamento de riscos. Acontece que o descompasso das contas públicas é notório, tanto quanto a carência de investimentos em infraestrutura. Nisso desponta o primado da eficiência administrativa¹⁰, que rege a atividade do

9 Acerca da escolha do arranjo contratual da PPP, Vitor Rhein Schirato (2015) adverte para uma prática ainda verificável no Brasil, de utilização imprópria do modelo objetivando diferimento de investimentos em infraestrutura, o que indubitavelmente propicia contratos mais onerosos e menos eficientes, além de gerar comprometimento indevido do erário no longo prazo.

10 O fato de o princípio da eficiência (administrativa), consagrado no caput do art. 37 da Constituição da República, ter

Poder Público como um todo, obrigando-o a buscar as alternativas que, dentro do espectro de legalidade, viabilizem a captação de recursos privados para obras e serviços públicos, visando ao melhor atendimento das necessidades públicas (MIRAGEM, 2017).

Nessa quadra, cada vez mais ganha proeminência a valoração de eficiência no investimento das verbas públicas. É o chamado *value for money* (VfM), que representa a utilidade retirada de cada compra ou gasto público (BALL; HEAFEY; KING, 2007). É uma medida de utilidade que não se funda no menor custo de aquisição/produção, mas sim na máxima eficiência das despesas públicas, portanto ponderando custo e qualidade (CRUZ e SARMENTO, 2020).

Na vantagem da consecução de *value for money*, estima-se que uma mesma quantidade e qualidade de serviço poderá ser obtida com custo mais baixo, alcançando maior eficiência econômica. Melhor gestão dos recursos, melhor distribuição de riscos e maior eficiência. A esta altura já podemos ter a primeira visualização de uma confluência que será determinante na análise econômica de toda e qualquer PPP, qual seja, o alinhamento entre eficiência administrativa e eficiência econômica.

3.2 Os custos de transação e a meta de convergência dos vetores de eficiência

A circunstância de a parceria público-privada envolver um único contrato geraria, em linha de princípio, maior facilidade de gestão e controle, com redução de custos de transação, se comparada à sistemática tradicional de contratação, *verbi gratia* para construir e operar um aeroporto. Neste caso, a União precisaria contratar diretamente várias empresas, tanto na primeira fase como ao longo do ciclo de vida da estrutura aeroportuária. Doutra norte, uma PPP pode ter o prazo de até trinta e cinco anos em um contrato apenas, levando, em tese, a menores custos de transação.¹¹

sua procedência conectada à ideia de eficiência forjada na Economia, não faz com que os conceitos se confundam ou se equiparem. Bruno Miragem (2017, p. 47-48), ao discorrer sobre o conteúdo jurídico do princípio da eficiência, explica que “a determinação do conceito de eficiência na Administração Pública, em primeiro lugar, não se vincula à obtenção de menores custos financeiros. Não há identidade entre menor custo financeiro e maior eficiência. (...) A eficiência de que se trata quando se refere ao princípio jurídico-constitucional da eficiência, embora tenha origens nas ciências econômicas, é conceito jurídico, daí porque não se admite – sob qualquer alegação – mera transposição de conceitos econômicos para definição do princípio. Certamente exercem influência, porém não determinam. O conceito jurídico de eficiência da Administração Pública, então, abrange a organização da estrutura administrativa, assim como a conduta concreta dos agentes públicos, vinculados à promoção das finalidades da Administração Pública em favor dos administrados, devendo para tanto coordenar os esforços relativos aos custos financeiros da atuação administrativa com os interesses legítimos das partes envolvidas e de toda a coletividade, de modo a realizar tais fins da forma mais satisfatória possível. Implica, naturalmente, no dever de atualização da Administração em relação a métodos e conhecimentos técnico-científicos acreditados, visando ao oferecimento dos melhores esforços com vistas à realização do interesse público, em acordo com a juridicidade da ação administrativa.”

11 Marcos Nóbrega (2019, p. 418) relembra que “tanto mais custoso será o processo quanto mais custos de transação existirem. Logo, esses custos serão absorvidos de alguma forma e, na maior parte das vezes, serão repassados para

Enfocando a questão pelo ângulo inverso, a exigência legal de constituição de sociedade de propósito específico (SPE) para implantar e gerir o objeto contratual, consubstancia, por si só, custos de transação maiores do que a incorporação do projeto em empresa já existente. A complexidade relacional entre os gestores da SPE e o ente público, comparativamente às contratações comuns, é algo que precisa ser ponderado e que potencialmente incrementa custos de transação (CRUZ e SARMENTO, 2020).

Do ponto de vista do parceiro público, a maior complexidade do projeto destinado à PPP, desde a fase pré-contratual até a fase executiva, acarretará, ao menos de início, maiores custos de transação. Em um segundo momento, caso à complexidade se acople melhor planejamento, mais preciso ajuste de cláusulas e melhor desempenho do concessionário, é possível que a balança de custos se inverta, ao passo que se evitam renegociações desvantajosas e derrapagens de custos (CRUZ e SARMENTO, 2020).

Pautar a normatividade do Direito, em todos os seus ramos, pelo critério de eficiência (econômica), é uma diretriz que há algum tempo se tornou obsoleta nos estudos de Direito e Economia, ao se reconhecer que há questões jurídicas que necessariamente precisarão ser analisadas sob outros critérios, em especial sob a ótica da filosofia política e da filosofia moral (SALAMA, 2008). Com isso, não se alvitra que um contrato de PPP não deva ser submetido à análise econômica. Ocorre, todavia, que não se pode perder de vista a incidência concomitante de outros vetores, relacionados à natureza e à qualidade do serviço a ser prestado.

É nessa conjuntura que se busca o entrelaçamento de eficiência econômica e eficiência da Administração. Ao mesmo tempo que o contrato, na visão contábil e financeira, possa ser precisamente analisado na perspectiva econômica de eficiência, é igualmente inafastável a observação de que serviços públicos essenciais, como o abastecimento de água, não se aquilatam tão somente pelo correspondente valor monetário, ainda que estejam sendo desempenhados por um particular, eis que a natureza do serviço segue sendo pública, por imposição constitucional. Veja-se que o acesso à água potável, *v.g.*, interliga-se paralelamente ao direito constitucional à saúde e, em última análise, ao sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.¹²

as propostas. Não se sabe ao certo qual o montante desses custos, no entanto, no caso de obras para PPPs, os valores podem ser muito consideráveis. Logo, quanto maiores os trâmites burocráticos, quanto maior a incerteza quanto ao término do certame, maiores os custos de transação envolvidos. Como definir e diminuir esses custos? Esse é um grande desafio àqueles envolvidos em compras governamentais."

12 A obra de Luís Roberto Barroso (2014) sobre a dignidade da pessoa humana veicula importantes ensinamentos acerca da conversão desse valor fundamental em princípio jurídico constitucional, máxime aprofundando a forma como ela se posiciona enquanto elemento argumentativo relevante, deixando de ser simples ornamento retórico.

As circunstâncias concretas de cada projeto, portanto, é que permitirão mensurar os custos de transação e checar o grau de aderência entre eficiência da Administração e eficiência econômica. A possibilidade de alavancagem de um projeto crucial para implantação ou melhoria de um serviço público, indispensável à população e não realizável por outra via, pode redundar em avaliação positiva de eficiência (econômica e administrativa) da PPP, mesmo que os custos de transação inicialmente prospectados pareçam desaconselháveis para serem suportados pelo poder público.

3.3 As dimensões da assimetria informacional: seleção adversa (*adverse selection*) e risco moral (*moral hazard*)

A assimetria de informações entre as partes é imanente à dinâmica das parcerias público-privadas. De um lado, o Estado pode ter informações privilegiadas e de alguma forma obter benefício a partir disso. Por outro viés, o parceiro privado também pode ter informações que não estão ao alcance do poder público. São situações de desnivelamento cognitivo que efetivamente ocorrem nessa espécie de relação jurídica.

Pelo lado da empresa, por exemplo, possui com exclusividade o conhecimento preciso de seus processos administrativos e sobre os valores informados nas planilhas de custos relacionados a suas obrigações contratuais. O parceiro privado também detém, normalmente, recursos humanos com conhecimento técnico específico no segmento em que se insere o objeto do contrato, em patamar superior à instrução técnica detida, em média, pela equipe governamental com a qual interage ao longo da relação contratual. Tal conjuntura de assimetria de informações se desdobra em duas dimensões, uma exógena (seleção adversa) e outra endógena (risco moral) (FERNANDEZ *et al.*, 2014).

A seleção adversa (*adverse selection*), na esteira da teoria de Akerlof (1970), aplicada ao contexto da PPP, constata-se na medida em que o Estado não domina a mesma quantidade de informações que a empresa (parceiro privado) tem acerca dos procedimentos que ela vai manejar ao executar o objeto contratual. A toda evidência, uma falha dessa natureza, hipoteticamente considerada, não será exclusividade dos ajustes efetuados no formato de parceria público-privada, constituindo falha comum aos procedimentos de licitação pública (LAFFONT e TIROLE, 1993). Contudo, o vulto operacional inerente a essa categoria, o prazo especialmente prolongado e a complexidade do objeto acentuam sobremaneira os efeitos da seleção adversa. A diferença de grau informacional vai fazer com que o ente público escolha

(preponderantemente) pelo valor apresentado na concorrência, sendo que o montante ofertado por um ou mais concorrentes pode não representar exatamente o cálculo compatível, ocasionando a seleção adversa. No desconhecimento do quadro de informações completo, acontecerá a equalização pelo nível inferior, sagrando-se vencedora do certame uma empresa a partir da disputa centrada no critério de preço (NÓBREGA, 2019).

Inicialmente o contrato poderá transparecer eficiência¹³, mas permanecendo aberta a possibilidade de detecção, ao longo de sua execução, de outra falha, o risco moral (*moral hazard*). Ou seja, no médio prazo poderá afluir a ineficiência, a partir da constatação de que os valores inaugurais se revelaram insustentáveis para fazer frente aos custos reais de manutenção e operação (custos de insumos, por exemplo), razão pela qual o parceiro privado postulará, com elevada probabilidade de êxito, a revisão contratual para “reequilibrar a equação econômico-financeira”, estribado em dados sobre custos que integram seu exclusivo domínio cognitivo e que o ente público não teria condições de aferir, ao menos não pelos procedimentos convencionais (GUASCH, 2004).¹⁴ Nessas circunstâncias, o risco moral estaria, de certo modo, conectado a um problema de agência (agente-principal), de modo que a exposição do principal (Estado) aos custos de agência pode se tornar tão elevada, a ponto de corroborar o quadro de ineficiência econômica (MARTIMORT e POUYET, 2008). Quanto maior a complexidade e o objeto do contrato de PPP, proporcionalmente maior será o risco moral, haja vista a majorada dificuldade de acompanhamento pelo principal (ENGEL; FISCHER; GALETOVIC, 2013).

Ademais, convém observar que o tipo de manifestação do comportamento oportunista, associado à assimetria informacional, pode ser balizado pelo encadeamento temporal do relacionamento. Se incidir antes da assinatura do contrato (*ex ante*), estará caracterizada a seleção adversa; se ocorrer após a celebração (*ex post*), estaremos diante de risco moral (NÓBREGA, 2019).

Uma alternativa para mitigar os riscos relacionados à seleção adversa e ao risco moral é a *sinalização* (*signaling*), preconizada no trabalho semi-

13 Com precisão, Marcos Nóbrega (2020, p. 26) critica a legislação pátria de licitações e consigna que “a busca da proposta mais vantajosa, mascarada, muitas vezes, pelo fetiche do tipo menor preço, está calcada no conceito utilitarista de eficiência. Esse paradigma tem que mudar para uma dimensão de eficiência como maximizadora dos incentivos dos agentes econômicos. Os indivíduos não irão repartir informações privadas ou exercer esforços que não possam ser observados se não houver apropriados incentivos. Assim, a ideia correta de eficiência não é a de Pareto, mas sim, aquela de maximização de incentivos.”

14 Logicamente, condutas fraudulentas praticadas pelo parceiro privado, a depender dos contornos fáticos e dos elementos probatórios, podem desencadear responsabilização nas esferas criminal, cível e administrativa. Tais possibilidades, contudo, ensejam verificações a posteriori, ao passo que o foco primordial, na presente abordagem, é a averiguação dos pontos positivos e negativos do modelo contratual em perspectiva econômica, sopesando elementos empíricos coletados de projetos já contratados/realizados e mirando a composição de base epistemológica sólida.

nal de Andrew Michael Spence (1973). Analisar o portfólio das empresas concorrentes, buscar informações sobre contratos anteriores firmados com outros entes públicos, apurar a qualidade de obras pretéritas, verificar o contexto de eventuais discussões contratuais judicializadas, são exemplos de sinais que podem ser coletados das empresas candidatas, como forma de redução da assimetria informacional (SPENCE, 1973).

Por fim, é imperioso que as cláusulas contratuais sejam cuidadosamente elaboradas, para que se evite outra grave contingência a que fica suscetível uma parceria público-privada, qual seja, o *hold up* (problema do refém), identificado com frequência em projetos vultosos, que envolvem especificidade do ativo e, destarte, custos não reaproveitáveis em outros projetos (*sunk costs*). Essa espécie de falha, que abre margem a condutas oportunistas derivadas da fragilização da posição negocial de uma das partes, pode ser evitada através de mecanismos contratuais eficazes de fiscalização de obras e serviços (ANGELO, 2020).

3.4 Incompletude contratual e a potencial precarização do serviço

Outro aspecto que pode funcionar como indutor de ineficiência no contrato de PPP é o grau de incompletude contratual. Ainda que essa característica seja inerente a (praticamente) qualquer tipo de contrato, como se colhe da percuciente análise de Fernando Araújo (2014), pelo custo desproporcional que acarretaria uma exaustiva regulamentação, prevendo minuciosamente todos os possíveis incidentes e superveniências. Daí porque a incompletude se mostra natural nos contratos concernentes a infraestrutura, na medida em que não é factível prever todas as ocorrências que vão interferir no curso da execução contratual.¹⁵ Tal dificuldade se potencializa em um contrato de parceria público-privada, onde o prazo pode ser definido em até trinta e cinco anos e o objeto é invariavelmente de alta complexidade (CRUZ e SARMENTO, 2020).

Toda essa conjuntura oportuniza o que Maurício Portugal Ribeiro (2014) designou de *falso cumprimento* do contrato de PPP. Determinada empresa manipula os valores de modo a vencer o certame licitatório, adjudica o contrato, obtém exclusividade na oferta de determinado serviço por um interregno amplo, porém, no curso da relação contratual, passa a

15 Interessante reflexão sobre a incompletude nos contratos de PPPs consta do ensaio elaborado por Oliver Hart (2003), no qual são prospectados desenhos contratuais que, pela previsão dos incentivos necessários, atingissem aptidão para resultados satisfatórios, em termos de cumprimento.

precarizar o serviço, descumprindo parte das obrigações de investimentos. Mantém o funcionamento mínimo da estrutura e da prestação, mas deixa de efetuar os investimentos que proporcionariam um nível adequado de suficiência e qualidade na disponibilização dos serviços.

A toda evidência, é uma espécie de comportamento intencionalmente ilícito (planejado)¹⁶, em certa medida subsumível no fenômeno da assimetria de informações, examinado alhures. Acontece que, a despeito da inevitável incompletude, afigura-se viável o ajustamento da contratação de forma a afastar parte das imperfeições e prevenir a deterioração do serviço. Isto se realiza por uma licitação com exigências rigorosas de capacidade financeira e habilitação técnica, um sistema rígido fiscalização e sanções, cláusulas de garantias de execução claras, fixação expressa de responsabilidades, metodologia eficaz de aferição de desempenho da concessionária, fortalecimento das agências reguladoras, etc. (RIBEIRO, 2014).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As parcerias público-privadas figuram como importante ferramenta para possibilitar a expansão de investimentos em infraestrutura. Contudo, uma série de cautelas precisam ser adotadas, para que a opção pelo modelo contratual não se revele economicamente equivocada, ocasionando prejuízos ao erário.

Observada a crescente utilização dos gatilhos constitucionais para a participação privada em setores da infraestrutura nacional, ganham destaque, nesse cenário de colaboração gerencial, as parcerias público-privadas. Dois importantes critérios distintivos, em comparação às concessões comuns, agregam elevada atratividade ao modelo negocial da PPP, quais sejam, a contraprestação paga pelo parceiro público e o compartilhamento de riscos entre as partes.

O levantamento dos custos de transação e a busca de mecanismos para mitigação da assimetria informacional, a exemplo da sinalização obtida por dados das empresas candidatas, devem ser cuidadosamente realizados na etapa de modelagem do negócio (fase pré-contratual), para que a escolha da estrutura de parceria público-privada possa ser corroborada como a alter-

16 No que concerne à análise econômica de determinados comportamentos previamente valorados e direcionados ao descumprimento de normas legais, Robert Cooter (2006, p. 1285) desenvolve a seguinte reflexão: "Good government apparently requires most citizens to value obeying the law intrinsically. Otherwise, the state's coercive mechanism is overtaxed and it succumbs to crippling agency problems. Not much is known about the distributions of the intrinsic value to obey different laws. Demand theory in economics provides techniques for finding answers. The aim is a causal model with power to describe the distribution of good citizenship and predict its consequences".

nativa que mais se aproxime do objetivo, sempre difícil, de alcançar a convergência entre duas vertentes da eficiência: a econômica, a partir da menor geração de custos de transação aos contratantes; e a administrativa, substanciada na concretização do interesse público, ao se lograr, por meio da PPP, alcançar aos usuários serviços acessíveis e de qualidade satisfatória.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, G. A. The Market For Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*. 84(3), p. 488-500, 1970. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1879431?seq=1>>. Acesso em 11 jan. 2020.

ANGELO, Dorival Izidoro. *Coordenação de obras públicas federais: a performance dos contratos fiscalizados em função dos custos de mensuração dos serviços e a probabilidade de existência de hold up*. Fucape Business School. Disponível em: <http://legado.fucape.br/public/producao_cientifica/2/angelo%20-%20coordenacao%20de%20obras%20publicas.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARAÚJO, Fernando. A análise econômica do contrato de trabalho. *Revista do Instituto do Direito do Trabalho*. Ano 3, nº 5, p. 3143-3239, 2014.

ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 97-174.

BALL, R.; HEAFEY, M.; KING, D. The Private Finance Initiative in the UK: A value for Money and economic analysis. *Public Management Review*. 9(2), p. 289-310, 2007. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/14719030701340507?src=recsys&journalCode=rpxm20>>. Acesso em 14 mai. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CÂMARA, Jacintho Arruda. A experiência brasileira nas concessões de serviços públicos e as parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias público-privadas*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 157-179.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Lumen Juris, 2008.

COASE, R. H. *A firma, o mercado e o direito*. Tradução: Heloísa Gonçalves

Barbosa. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

COOTER, Robert. The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint. *Fordham Law Review*. vol. 75, Issue 3, p. 1275-1285, dez., 2006. Disponível em: <<https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4223&context=flr>>. Acesso em 21 mai. 2020.

CRUZ, Carlos Oliveira; SARMENTO, Joaquim Miranda. *Manual de parcerias público-privadas e concessões*. Belo Horizonte: Forum, 2020.

ENGEL, E. M.; FISCHER, R. D.; GALETOVIC, A. The basic public finance of public-private partnerships. *Journal of the European Economic Association*. 11(1), p. 83-111, 2013.

FALCÃO, Joaquim *et al.* *Novas parcerias entre os setores público e privado*. v. 1, 1.ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2011.

FERNANDEZ, Rodrigo Nobre *et al.* Uma abordagem de *Law & Economics* para as Parcerias Público-Privadas no Brasil. *Economic Analysis of Law Review*, v. 5, nº 2, p. 205-219, Jul./Dez., 2014. Disponível em: <<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/205078>>. Acesso em 23. mai. 2020.

GREVE, C.; HODGE, G. A. PPPs: the passage of time permits a sober reflection. *Economic Affairs*, 29(1), p. 33-39, 2009. Disponível em: <[https://www.academia.edu/20342910/PPPs THE PASSAGE OF TIME PERMITS A SOBER REFLECTION](https://www.academia.edu/20342910/PPPs_THE_PASSAGE_OF_TIME_PERMITS_A_SOBER_REFLECTION)>. Acesso em 27 jun. 2020.

GUASCH, J. L. Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing it Right. WorldBank. *WBI Development Studies*. Washington DC, 2004.

HART, O. D. Incomplete contracts and public ownership: remarks and an application to publicprivate partnerships. *Economic Journal*. 119(488), p. 69-76, 2003. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=388760>. Acesso em 19 jun. 2020.

JENSEN, M. C.; MECKLING, W. H. Teoria da Firma: Comportamento dos Administradores, Custos de Agência e Estrutura de Propriedade. *RAE-Revista de Administração de Empresas*, 48(2), p. 87-125, 2008. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rae/v48n2/v48n2a13.pdf>>. Acesso em 30 abr. 2020.

LAFFONT, J.; TIROLE, J. *A Theory of Incentives and Procurement in Regulation*. Cambridge: MIT Press, 1993.

MARTIMORT, David; POUYET, Jerome. To build or not to build: Normative and positive theories of public-private partnerships. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 26, issue 2, p. 393-411, 2008.

MIRAGEM, Bruno. *Direito administrativo aplicado*. 3.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, Egon Bockmann. Prefácio. In: NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Coordenação gerencial na Administração Pública – Administração Pública e autonomia gerencial. Contrato de gestão. Organizações sociais. A gestão associada de serviços públicos: consórcios e convênios de cooperação. *Revista de Direito Administrativo*, n. 214. Rio de Janeiro, out./dez., p. 35-53, 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47265>>. Acesso em 15 jul. 2020.

NAKAMURA, André Luiz dos Santos. As parcerias público-privadas e a infraestrutura no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, p. 131-147, maio/ago., 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Análise Econômica do Direito Administrativo*. In: Timm, L. B. (Org.). *Direito e Economia no Brasil*. 3. ed. São Paulo: Editora Foco, 2019.

NÓBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO, Gabriela Miniussi Engler. O advogado e a estruturação de projetos de concessão e PPP. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mário Engler (Coord.). *Direito da Infraestrutura*. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 197-254.

RIBEIRO, Maurício Portugal. *20 anos da lei de concessões, 10 anos da lei de PPPs: viabilizando a implantação e melhoria de infraestruturas para o desenvolvimento econômico-social*. 2014. E-book. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks>>. Acesso em: 17 jun. 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é “Direito e Economia”? In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito & Economia*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 49-61.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As parcerias público-privadas e políticas públicas de infraestrutura. In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Walbach (coord.). *Parceria-Público Privadas: Reflexões sobre os 10 Anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 73-97.

SPENCE, A. M. Job Market Signaling. *The Quarterly Journal of Economics*. 87(3), p. 355-374, 1973. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/1882010?seq=1>>. Acesso em 02 jul. 2020.

“

Art. 23 – Ao Procurador do Estado, sem prejuízo de outras atribuições, compete:

I – representar o Estado, privativamente, ativa e passivamente, em qualquer juízo ou instância e extrajudicialmente nos assuntos jurídicos de seu interesse;

”



AMAZONAS
GOVERNO DO ESTADO

O logo do CEJUR, consistindo de um ícone de um livro aberto com as páginas curvadas para cima, seguido pelo texto 'CEJUR' em uma fonte sans-serif.
CEJUR



imprensa oficial
GOVERNO DO ESTADO DO AMAZONAS